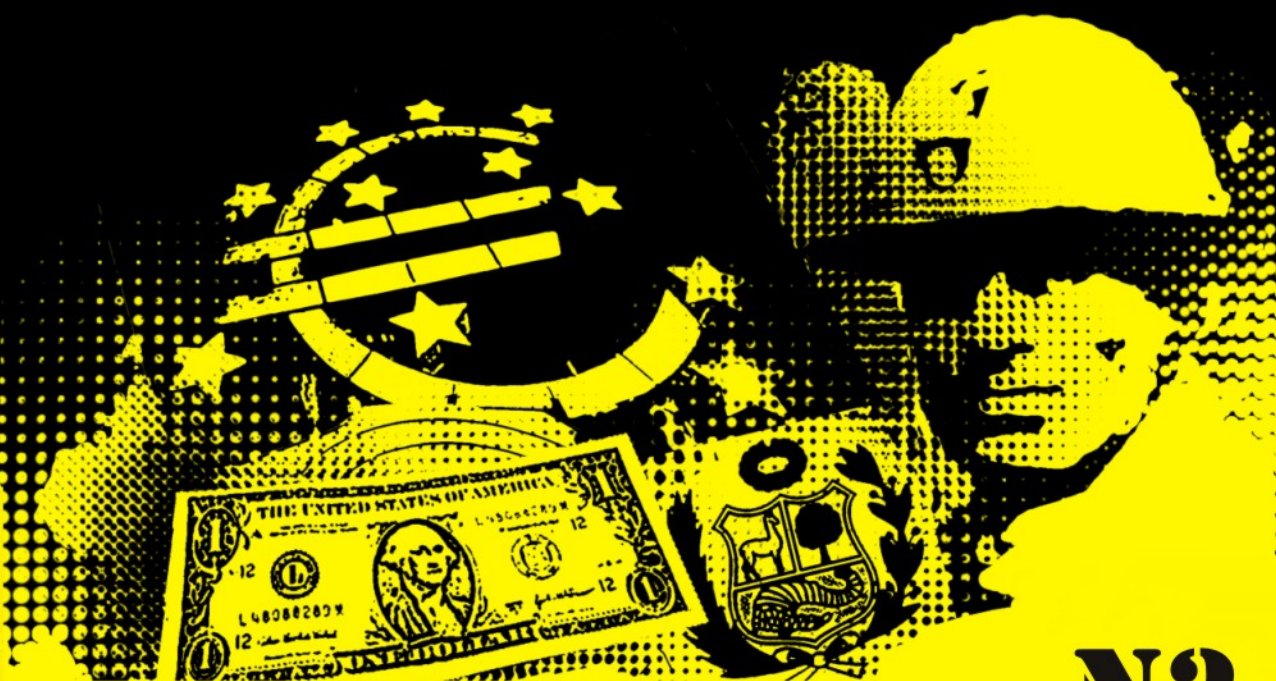


# TLC: BLINDANDO LA INVERSIÓN EXTRANJERA

Tratamiento de las Inversiones en el TLC y Acuerdo  
de Asociación Comunidad Andina-Unión Europea







**Red Peruana por una Globalización con Equidad**

# **TLC: BLINDANDO LA INVERSIÓN EXTRANJERA**

**Tratamiento de las Inversiones en el Tratado de Libre Comercio y  
Acuerdo de Asociación Comunidad Andina - Unión Europea CAN-UE**

**Armando Mendoza Nava**

**Lima, Junio de 2008**

Son socios de la RedGE: Acción Internacional por la Salud – AIS, Asociación Pro Derechos Humanos – APRODEH, Centro de Asesoría Laboral del Perú – CEDAL, Centro Peruano de Estudios Sociales – CEPES, Convención Nacional del Agro Peruano – CONVEAGRO, Acción Solidaria para el Desarrollo- CooperAcción, Grupo Propuesta Ciudadana – GPC y el Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo – DESCO.

© Centro Peruano de Estudios Sociales  
Red Peruana por una Globalización con Equidad  
Av. Salaverry N° 818 Jesús María, Lima 11 - Perú.  
Teléfono: (+511) 433 6610 / Fax: (511) 433 1744  
[www.redge.org.pe](http://www.redge.org.pe)

ISBN: 978-9972-722-08-0

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2008-08309

Primera edición

Tirada 1000 ejemplares

Junio, 2008

Autor:

Armando Mendoza Nava

Diseño de carátula:

Gabriel Alayza

Diagramación e impresión:

Roble Rojo Grupo de Negocios S.A.C.

Américo Vespucio 110 COVIMA, La Molina

Teléfonos: 349-6636 / 348-5571

# ÍNDICE

|                                                                                                           |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| <b>PRÓLOGO</b>                                                                                            | 7  |
| <b>PRESENTACIÓN</b>                                                                                       | 11 |
| <b>1. LA PERSPECTIVA PERUANA EN EL CAMPO DE LAS INVERSIONES:<br/>QUINCE AÑOS DE APERTURA</b>              | 13 |
| 1.1. EL TLC con los Estados Unidos y su Relevancia                                                        | 15 |
| 1.2. El Tratamiento a las Inversiones en el Marco del Tratado de Libre<br>Comercio con los Estados Unidos | 17 |
| 1.2.1. Las Definiciones Generales                                                                         | 19 |
| 1.2.2. El Principio de la Nación Más Favorecida                                                           | 23 |
| 1.2.3. El Principio del Trato Nacional                                                                    | 25 |
| 1.2.4. El Principio del Nivel Mínimo de Trato                                                             | 27 |
| 1.2.5. Requisitos de Desempeño                                                                            | 28 |
| 1.2.6. Expropiación e Indemnización                                                                       | 31 |
| 1.2.7. Controversias Inversionista-Estado                                                                 | 33 |
| 1.2.8. Implicancias del TLC Perú-Estados Unidos                                                           | 39 |
| <b>2. EL PROCESO CAN-UE</b>                                                                               | 43 |
| <b>3. LA RELACIÓN CAN-UE: EL PESO ECONÓMICO</b>                                                           | 51 |
| <b>4. LA PERSPECTIVA DE LA UNIÓN EUROPEA</b>                                                              | 59 |
| 4.1. Marco General                                                                                        | 59 |
| 4.2. El Acuerdo de Cotonou                                                                                | 60 |
| 4.3. Las Inversiones del Acuerdo de Cotonou                                                               | 62 |
| 4.4. La Promoción de la IED en las Políticas de la UE                                                     | 65 |
| 4.5. Post Cotonou: Los Acuerdos de Asociación Económica (EPA)                                             | 66 |
| 4.6. Esquema General y Situación Actual de la Negociación de los<br>EPA                                   | 67 |
| 4.7. El Tratamiento de las Inversiones en los Acuerdos de Asociación<br>Económica (EPA)                   | 71 |
| 4.8. Los Acuerdos de Integración Económica de la Unión Europea:<br>Los Antecedentes Latinoamericanos      | 74 |
| 4.9. El Acuerdo Chile-UE: Lineamientos e Implicancias en el Rubro<br>de Inversiones                       | 75 |
| 4.9.1. Disposiciones Generales sobre Promoción de Inversiones                                             | 76 |
| 4.9.2. Trato Nacional y Otros                                                                             | 77 |
| 4.9.3. Movimiento de Capitales y Salvaguardias                                                            | 80 |
| 4.9.4. Vinculación a Acuerdos Bilaterales                                                                 | 84 |
| 4.9.5. Régimen Tributario y Aplicación de Impuestos                                                       | 84 |
| 4.9.6. Conclusión: El Acuerdo Chile-UE como una Estructura<br>Marco                                       | 86 |
| 4.10. El Acuerdo México-UE: Lineamientos e Implicancias en<br>el Rubro de Inversiones                     | 88 |

|                                                                                                   |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 4.10.1. Disposiciones Generales sobre Inversiones                                                 | 88  |
| 4.10.2. Pagos y Movimiento de Capitales Relacionados con Inversiones                              | 92  |
| 4.10.3. Salvaguardias al Movimiento de Capitales                                                  | 93  |
| 4.10.4. Conclusión: El Acuerdo México-UE como una Estructura Marco                                | 95  |
| 4.11.A modo de Conclusión                                                                         | 96  |
| <b>5. LA PERSPECTIVA DE LA COMUNIDAD ANDINA</b>                                                   | 99  |
| 5.1. Los Acuerdos Bilaterales de Inversión (BIT) entre la UE y la CAN: Tendencias y Consecuencias | 99  |
| 5.2. Panorama de los BIT entre los países de la CAN y la UE                                       | 101 |
| 5.3. Los BIT entre los países andinos                                                             | 106 |
| 5.4. Una variante: El Tratado Comercial de los Pueblos                                            | 107 |
| 5.5. Principales Características de los BIT entre la UE y la CAN                                  | 110 |
| 5.6. BIT entre España y países miembros de la CAN                                                 | 111 |
| 5.6.1. Marco y Estructura General                                                                 | 113 |
| 5.6.2. Temas Tratados                                                                             | 115 |
| 5.6.3. Definiciones Generales                                                                     | 115 |
| 5.6.4. Tratamiento al Inversionista                                                               | 117 |
| 5.6.5. Tratamiento de Casos de Expropiación y Nacionalización                                     | 122 |
| 5.6.6. Solución de Controversias Estado-Estado y Estado-Inversionista                             | 125 |
| 5.6.7. Facilidades para Transferencias de Fondos                                                  | 128 |
| 5.7. A Modo de Conclusión sobre los BIT                                                           | 131 |
| <b>6. CONCLUSIÓN: LA REALIDAD EN EL TRATAMIENTO DE INVERSIONES</b>                                | 133 |
| 6.1. El Desbalance en Favor del Interés Privado: Casos Ilustrativos                               | 134 |
| 6.1.1. México: Caso Metalclad                                                                     | 134 |
| 6.1.2. Chile: Caso Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende                               | 135 |
| 6.1.3. Bolivia: Caso Bechtel – Aguas del Tunari                                                   | 137 |
| 6.1.4. Ecuador: Caso Occidental Petroleum                                                         | 140 |
| 6.1.5. Perú: Caso Lucchetti                                                                       | 142 |
| 6.1.6. En Resumen                                                                                 | 143 |
| 6.2. Lineamientos para una Política de Promoción de Inversiones más Equitativa y Transparente     | 145 |
| <b>7. BIBLIOGRAFÍA</b>                                                                            | 153 |

## PRÓLOGO

Desde la firma del Tratado de Libre Comercio (TLC) con los Estados Unidos, el Perú está inscrito en un proceso que busca lograr nuevos acuerdos con varios países y bloques económicos. Destacan los de Canadá, Chile, China y, por supuesto, el acuerdo de integración entre la Comunidad Andina de Naciones y la Unión Europea; entre otras iniciativas emprendidas por el gobierno peruano.

Los trabajos realizados en torno a los costos y beneficios de este tipo de acuerdos muestran una elevada dispersión en los resultados y el debate sigue abierto. El premio Nobel Joseph Stiglitz ha señalado que, por ejemplo, los TLC que viene firmando los Estados Unidos «minan el trabajo que por años ha intentado hacer la Organización Mundial del Comercio, pues se pierden los acuerdos multilaterales y se hacen otros en donde una sola parte tiene el poder»; además, «los países que firman tratados de libre comercio creen que les van a traer inversión y no hay evidencia de que eso pase. Es solo un sueño».

Brasil, por ejemplo, es uno de los principales receptores de inversiones en el mundo; sin embargo, no tiene como prioridad firmar acuerdos bilaterales de inversión. En cambio, los países africanos han firmado más de un millar de estos acuerdos, pero reciben menos del 4% de las inversiones en el mundo.

Dentro de los diferentes temas que se abordan en los acuerdos comerciales, uno al que no se le ha prestado la debida atención es el referido a las inversiones. Tres aspectos vinculados a este punto resultan particularmente preocupantes en los acuerdos que se vienen promoviendo.

El primero se refiere a las medidas de «expropiación indirecta», que supuestamente podría realizar el gobierno del país sede de una inversión y que es una cláusula omnipresente en los TLC y en los Tratados Bilaterales de Inversión. Esta forma tan difusa de entender la «expropiación» rompe con el espíritu que tradicionalmente le ha asignado la legislación

internacional, que consiste en proteger la propiedad privada de extranjeros contra medidas abiertas de incautación por parte del Estado anfitrión.

Otro de los asuntos que generan cuestionamientos tiene que ver con la solución de controversias «inversionista-Estado» mediante tribunales arbitrales internacionales y la abdicación que ello implica de la soberanía de los Estados para legislar sobre temas internos vinculados a la protección de la salud y del medio ambiente, entre otros.

Finalmente, un acápite de los TLC, novedoso en materia de protección a las inversiones extranjeras y de preocupantes consecuencias para los países, se refiere a la prohibición de los llamados «requisitos de desempeño». Estos requisitos buscaban empatar la presencia de las inversiones extranjeras con algunos objetivos de desarrollo para generar complemento con las economías locales y regionales de un país. Con la prohibición de los requisitos de desempeño, los Estados de los países en desarrollo se atan de manos y dependen únicamente de la buena voluntad de las empresas inversionistas.

En el trabajo que nos presenta Armando Mendoza se analizan estos y otros temas relacionados con el tratamiento de la inversión extranjera en los acuerdos comerciales y tratados de inversión. Este análisis se hace, además, tomando como perspectiva la negociación en curso entre la Comunidad Andina y la Unión Europea: no sólo se busca ahondar en el diagnóstico y en el tratamiento de las inversiones en los acuerdos de asociación económica, sino también en casos concretos y antecedentes latinoamericanos.

Pero así como este trabajo subraya temas específicos de los capítulos de inversión en los acuerdos de asociación comercial, también nos recuerda algunas de las ideas fuerza planteadas por el colectivo de instituciones que vienen trabajando estos temas en el caso peruano:

(1) El Perú no puede aislarse de la economía mundial, pero debe buscar insertarse en condiciones adecuadas.

(2) Las exportaciones deben ser promovidas al mismo tiempo que se fortalecen los mercados internos como base del desarrollo.

(3) No es equitativo aceptar importaciones subsidiadas que compiten de manera desleal con productores nacionales.

(4) El Perú debe enfrentar el desafío de redefinir sus políticas nacionales, orientándolas hacia la reducción de las diferencias internas.

(5) Se debe fortalecer el capital humano mediante adecuadas y agresivas políticas de educación y salud.

(7) Sigue siendo una tarea impostergable promover un desarrollo económico y social que beneficie a todos; que integre a los más pobres y a todas las regiones del país.

Frente a las precipitaciones, la falta de transparencia y las estrategias que buscan aislarnos de la Comunidad Andina de Naciones, las tareas de alertar, vigilar, darle seguimiento a las nuevas negociaciones y evaluar los impactos, siguen siendo necesarias. Ese es, en parte, el aporte de esta publicación; además de sacar las lecciones necesarias para no repetir los mismos errores en los procesos de negociación que se vienen implementando.

José De Echave  
Programa de Minería y Comunidades  
CooperAcción



## **PRESENTACIÓN**

La globalización económica es un proceso en el que el Perú y América Latina se encuentran profundamente inmersos, más allá de las voluntades y posiciones a favor o en contra de dicho proceso, por parte de los diversos actores políticos y sociales de nuestros países. Por ello, los desafíos que tal proceso nos presenta exigen una posición que siendo crítica, no rehúse el debate. Al mismo tiempo que, mientras reafirme los derechos e intereses nacionales y rechace el deterioro o la renuncia de los mismos, tenga también la capacidad de construir y promover propuestas y viables; que se sustenten en una visión del desarrollo económico y social que sea inclusiva y equitativa.

En este esfuerzo, el tratamiento de la inversión extranjera es un tema fundamental, que merece la mayor atención y preocupación por parte de la sociedad civil; en especial, en relación con los acuerdos y tratados internacionales que nuestro país ha suscrito en épocas recientes y, más aún, en relación con los posibles acuerdos y tratados que actualmente se encuentran en fase de negociación.

El presente estudio apunta, por ello, a ofrecer una somera visión sobre el tratamiento de la inversión extranjera por parte de los países andinos, las garantías y facilidades que hasta el momento se han otorgado mediante convenios bilaterales y multilaterales, los «techos» y parámetros que nuestros países se han impuesto, y –en especial– las perspectivas que la negociación en curso entre la Comunidad Andina (CAN) y la Unión Europea (UE) ofrece en el campo del tratamiento de las inversiones foráneas y la defensa y fortalecimiento de los derechos nacionales.



## 1. LA PERSPECTIVA PERUANA EN EL CAMPO DE LAS INVERSIONES: QUINCE AÑOS DE APERTURA

A partir del primer periodo de gobierno de Alberto Fujimori (1990-1995) en el Perú se instauró e impuso un conjunto de políticas de Estado de corte neoliberal, enmarcadas dentro de lo que ha sido llamado el «Consenso de Washington»; diseñado y promovido por los organismos financieros multilaterales<sup>1</sup> como la receta para que los países en vías de desarrollo alcancen la estabilidad y el progreso económico y social.

En el Perú –como en muchos otros países de la región– las propuestas del «Consenso de Washington» fueron ampliamente asumidas y adoptadas, especialmente en lo referente al tratamiento de las inversiones foráneas. Estas contenían postulados como la liberalización a la entrada de inversionistas, el fortalecimiento de las garantías jurídicas y legales, y el sistemático establecimiento de facilidades promocionales; entre otros que se constituyeron en elementos centrales de las políticas de Estado. Uno de los planteamientos centrales que ha impulsado este proceso de captación de la inversión extranjera ha sido la eliminación de las distinciones existentes con respecto a la inversión doméstica. De esta manera, en el Perú se ha realizado un esfuerzo sostenido por equiparar la situación del inversor foráneo a la del nacional; e, incluso, en algunos casos, ofreciéndole un tratamiento superior al otorgado a las inversiones e inversionistas peruanos.

De esta forma, el Perú –a partir de los años 90– se embarcó en un agresivo proceso de liberalización de su régimen de inversiones, otorgando facilidades y garantías al inversionista extranjero en los más diversos rubros: legales, laborales, tributarios, ambientales, etc. Esta promoción de la inversión foránea se desarrolló con una visión sesgada, concentrada en destacar únicamente sus beneficios y ventajas para el país, pero careciendo de una visión crítica y realista sobre los inevitables costos que también produciría.

---

<sup>1</sup> Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial y Banco Interamericano de Desarrollo, principalmente.

Como resultado, se asumió en la práctica que la inversión extranjera era positiva y beneficiosa bajo virtualmente cualquier circunstancia, condición y coyuntura; dejándose de lado un análisis balanceado e integral de los pros y contras, y los reales costos y beneficios. De esta forma, se generaron y alimentaron profundos desequilibrios en el reparto de las responsabilidades, obligaciones, atribuciones y ganancias entre inversionista extranjero, Estado y sociedad; en los cuales, a menudo, las ventajas y facilidades acordadas al inversionista foráneo –a costa del interés público– han resultado excesivas e injustificables.

Este desequilibrio, percibido en el desarrollo de diversos proyectos, ha generado y genera constantes demandas provenientes de la sociedad civil; la cual reclama la revisión y reforma de los términos otorgados en favor de la inversión extranjera, apuntando al establecimiento de acuerdos más transparentes, justos y equitativos.

Debe señalarse que, pese a los cuestionamientos existentes, esta política de apertura ha trascendido los cambios de regímenes habidos desde 1990; pues los gobiernos que han ocupado sucesivamente el poder en el Perú en los últimos 15 años han mantenido en lo esencial similar postura de claro apoyo y promoción de la inversión privada extranjera<sup>2</sup>. Lo anterior se ha reflejado en múltiples facetas: desde reformas constitucionales que han otorgado al foráneo la misma calidad y nivel que al nacional, hasta el establecimiento de convenios privados de estabilidad y garantías inversionista-Estado, pasando por la adhesión a acuerdos y tratados internacionales de protección a estos.

En tal panorama, las negociaciones de acuerdos bilaterales y multilaterales –tales como el Acuerdo de Asociación con la Unión Europea– han ocupado y ocupan un lugar preponderante en las políticas de promoción de la inversión extranjera por su trascendencia, al ser el ámbito en que se establecen parámetros y compromisos de largo plazo que luego van a condicionar decisivamente su desarrollo en el país.

---

<sup>2</sup> Considerando los periodos de Alberto Fujimori (1990-1995, 1995-2000), el periodo de Alejandro Toledo (2001-2006) y el actual periodo vigente de Alan García Pérez (2006-2011).

Por lo anterior, la posición peruana en el marco de la negociación del Acuerdo de Asociación entre la Comunidad Andina y la Unión Europea CAN-UE en curso, lejos de considerarse como una creación ad hoc, debe en realidad considerarse como adscrita a una tendencia de más largo plazo; tendencia que ha dominado las políticas económicas y sociales del país desde inicios de la década de los 90 y que apunta a favorecer y facilitar la inversión extranjera, percibida como un catalizador fundamental para el desarrollo del país.

### **1.1. EL TLC con los Estados Unidos y su Relevancia**

Como es natural, los lineamientos generales en las políticas del Estado Peruano en pro de la atracción de capitales foráneos han encontrado su expresión más específica en un conjunto de acuerdos suscritos en años recientes; los cuales establecen una serie de compromisos fundamentales que condicionan y encuadran no sólo el actual régimen de tratamiento de las inversiones. Y que también establecen los parámetros sobre los cuales podrán desenvolverse aquellos acuerdos y compromisos que el Perú asuma en el futuro; entre los cuales figura, naturalmente, el posible Acuerdo de Asociación CAN-UE.

Del conjunto de instrumentos jurídicos establecidos o suscritos por el Estado Peruano, pueden ser considerados como particularmente relevantes –en especial con vista a un Acuerdo con la Unión Europea– los siguientes: los Acuerdos Bilaterales de Inversión (BIT), especialmente los establecidos con países miembros de la UE; los Convenios de Estabilidad Jurídica, suscritos directamente entre el Perú e inversionistas individuales; y, muy especialmente, el régimen de tratamiento a las inversiones impuesto en el marco de del Tratado de Libre Comercio (TLC) entre el Perú y los Estados Unidos<sup>3</sup>.

En ese sentido, hay que señalar que se comete a menudo el error de asumir que la negociación del Acuerdo CAN-UE es una mera réplica del

---

<sup>3</sup> Este tratado, que fue suscrito oficialmente por los gobiernos peruano y estadounidense en 2006, ya fue ratificado por los Congresos de ambos países y entrará en vigencia en 2009.

TLC con Estados Unidos; lo cual es incorrecto, pues si bien hay similitudes entre ambos procesos, también hay diferencias entre los alcances, condiciones y perspectivas de los mismos.

**Contraste entre el Acuerdo CAN-UE y el Tratado de Libre Comercio (TLC) entre el Perú y los Estados Unidos**

| CAN- UE                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | TLC en Estados Unidos                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <ul style="list-style-type: none"><li>• Compromisos económicos, políticos y sociales</li><li>• Beneficios para los Andinos: Sistema Generalizado de Preferencias</li><li>• Ya existen acuerdos bilaterales de protección a las inversiones</li><li>• Negociación unificada entre bloque de países</li></ul> | <ul style="list-style-type: none"><li>• Principalmente establece compromisos económicos</li><li>• Beneficios para los Andinos: ATPDEA</li><li>• No acuerdos bilaterales de protección a las inversiones</li><li>• Negociación inicialmente unificada , que terminó en procesos individuales</li></ul> |

Así, debe señalarse que el Acuerdo CAN-UE tiene un carácter extensivo, incluyendo compromisos políticos y sociales –tales como la defensa de los derechos humanos o la lucha contra el terrorismo internacional– aparte de los meramente económicos; mientras que el TLC se supedita fundamentalmente a temas económicos (levantamiento de barreras al comercio, régimen para la inversión extranjera, libre flujo de capitales, etc.).

Otra diferencia importante, por sus implicancias para los países andinos, se relaciona con la dinámica del proceso del TLC en contraste con el proceso CAN-UE. Mientras que la negociación del TLC con Estados Unidos fue asumida, inicialmente, como un proceso en bloque (de hecho, al comienzo y oficialmente se hablaba del «TLC Estados Unidos-Países

Andinos»), las profundas diferencias en posiciones, prioridades, urgencias y requerimientos de cada uno de los países andinos resultaron insalvables; y, a la larga, la negociación unificada colapsó, con cada país andino asumiendo su propio proceso particular de negociación directa con los Estados Unidos.

De la misma forma, debe señalarse que, en el caso de la Unión Europea, el proceso con la CAN tiene un carácter más genérico y de referencia general sobre el tratamiento de las inversiones, debido a la existencia de toda una estructura de convenios bilaterales y multilaterales sobre el particular establecidos directamente entre países andinos y europeos. En el caso del TLC con los Estados Unidos, tal situación no sucede, pues más allá de los marcos establecidos por convenios y acuerdos globales – como los avanzados por la Organización Mundial del Comercio (OMC)– y las disposiciones establecidas alrededor de facilidades comerciales unilateralmente ofrecidas por Estados Unidos –como es el caso del ATPDEA– usualmente no existen acuerdos u convenios específicos sobre temas económicos; lo que significa que el contenido del TLC –por compensación– ha tendido a ser mucho más preciso y extenso en temas tales como el tratamiento de inversiones.

En este contexto, los compromisos asumidos mediante el TLC Perú-Estados Unidos cobran particular peso y relevancia de cara a la negociación CAN-UE; ya que dichos compromisos establecen en la práctica un « piso mínimo » de obligaciones y restricciones que el Perú está obligado a respetar en virtud de haber suscrito y ratificado el citado TLC. De esta forma, nuestro país ha entrado al proceso de negociación con la Unión Europea con una capacidad de maniobra y decisión restringida, no sólo de cara a las contrapartes europeas, sino también con respecto a los otros países integrantes de la Comunidad Andina.

## **1.2. El Tratamiento a las Inversiones en el Marco del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos**

Entre los muchos temas controversiales que abarca el TLC, uno de los más neurálgicos es el tratamiento a las inversiones; ello debido a las

extensas y profundas implicancias y secuelas que se derivan de los términos aceptados por el Perú durante el proceso de negociación y aprobación del citado acuerdo comercial.

Al respecto, resulta importante destacar como un primer factor crítico el carácter de supremacía jurídica que disfrutaban dichas disposiciones ante la legislación interna del país. En efecto, los términos y condiciones acordadas en el marco del TLC, al haber sido ratificados por el Congreso Nacional y contar con estatus legal de tratado internacional, resulta de rango superior a la leyes peruanas; no pudiendo ser modificados estos términos y condiciones mediante iniciativas legales nacionales o por decisiones autónomas del Estado peruano<sup>4</sup>.

Lo anterior basta para dar cuenta del enorme peso y trascendencia de los compromisos reconocidos por nuestro país en el marco del TLC, los cuales establecen cortapisas y limitaciones al Estado peruano para adoptar y desarrollar políticas autónomas en áreas claves como la promoción de la producción interna, la defensa de intereses nacionales, la regulación de mercados, la equidad y justicia tributaria, etc.

A lo anterior debe agregarse el hecho de que estas cortapisas y limitaciones se superponen y extienden a los posibles acuerdos y tratados que en el futuro pueda suscribir el Perú –como sería en el caso de un Acuerdo con la Unión Europea– reduciendo y condicionando su capacidad de negociación ante otros Estados. Más aún, las condiciones aceptadas por nuestro país en este tratado inclusive afectarían acuerdos y compromisos ya vigentes, tales como los que se tiene con la misma Comunidad Andina; siendo que el Perú, a fin de cumplir con los términos del TLC, tendría que lograr la modificación o suspensión de determinados consensos que la CAN ya había alcanzado en temas tan críticos, como el régimen de la propiedad intelectual<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Debe señalarse, sin embargo, que existe el derecho universalmente reconocido a los estados soberanos de denunciar un tratado y retirarse del mismo.

<sup>5</sup> Al respecto, debe señalarse que en diciembre de 2007, las autoridades peruanas anunciaron que solicitarían a la Comunidad Andina la revisión de los compromisos establecidos alrededor de las decisiones 345 (Régimen Común de Protección a los.../

De esta forma, rubros críticos para el adecuado desarrollo de las políticas nacionales de tratamiento y promoción de las inversiones foráneas – como son el establecimiento de requisitos de desempeño o la resolución de disputas– han sido encuadradas y parametradas por el TLC con Estados Unidos, con implicancias económicas y sociales de consideración para nuestro país.

### 1.2.1. Las Definiciones Generales

Como se observa en el análisis de otros acuerdos y compromisos internacionales, la explicación oficial de conceptos tales como «inversión», «inversionista» o «empresa», resultan claves debido a las consecuencias legales que se derivan de la mayor o menor precisión con que son definidos y diferenciados.

Así, la inversión es definida de forma amplia, abarcando no sólo expresiones tangibles, sino también intangibles –tales como licencias, autorizaciones, permisos, etc.–, que no necesariamente podrían significar un desembolso efectivamente concretado por parte del inversionista; sino también la promesa o compromiso de un futuro posible desembolso, según se indica en el Artículo 10.28 del TLC con los Estados Unidos:

Esta definición resalta por su amplitud, ya que comprende no sólo a la inversión extranjera directa, sino también a la indirecta; pues, por ejemplo, incluye instrumentos financieros tales como bonos y préstamos. Ello tiene implicancias preocupantes para nuestro país, ya que mediante lo dispuesto por esta definición, en el marco del TLC se consideraría como inversión los préstamos y créditos otorgados al Estado peruano –o incluso a particulares– por parte de personas naturales y jurídicas de origen norteamericano; así como las operaciones financieras, cambiarias y bursátiles efectuadas por entidades y personas de nacionalidad estadounidense en los mercados nacionales, a menudo con fines especulativos.

---

/...Derechos para la Obtención de Variedades Vegetales), 486 (Régimen Común en Propiedad Industrial) y 391 (Régimen Común de Acceso a los Recursos Genéticos), para hacerlas compatibles con los compromisos asumidos por el Perú en el TLC con Estados Unidos.

(...)

*inversión significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgo. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen:*

*(a) una empresa;*

*(b) acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa;*

*(c) bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos;*

*(d) futuros, opciones y otros derivados;*

*(e) contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares;*

*(f) derechos de propiedad intelectual: licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna<sup>18 19</sup>; y*

*(h) otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos relacionados con la propiedad, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda;*

(...)

Considerando los cuestionamientos que existen sobre porciones importantes de la deuda pública peruana por su origen ilegítimo, fines irregulares y manejos indebidos, resulta preocupante la posibilidad de que mediante el TLC se puedan blindar deudas y obligaciones del Estado

peruano –al calificarlas como «inversiones»– que podrían ser objeto de denuncias y revisión<sup>6</sup>.

De la misma forma, el concepto de «inversionista» es interpretado en un sentido amplio en el marco del referido TLC:

(...)

*inversionista de una Parte significa una Parte o una empresa del Estado de la misma, o un nacional o empresa de la Parte, que intenta realizar, a través de acciones concretas, está realizando o ha realizado una inversión en el territorio de otra Parte; considerando, sin embargo, que una persona natural que tiene doble nacionalidad se considerará exclusivamente un nacional del Estado de su nacionalidad dominante y efectiva.*

(...)

Esta definición llama a la atención por diversas razones:

- Considera tanto personas naturales como jurídicas. En el caso de estas últimas, no sólo se refiere a empresas propiamente constituidas, sino que asume el concepto mucho más difuso de «parte», que podría inclusive interpretarse como una asociación informal, un cartel, un grupo de entidades no relacionadas legalmente, etc.
- Asimismo, esta noción se aplica con un carácter de trascendencia en el tiempo, pues no sólo se califica como inversionistas a aquellos que estén o tengan inversiones efectivas y vigentes en el presente, sino también a aquellos que hayan realizado en el pasado alguna inversión; sin clarificar las consecuencias que ello pueda tener para el caso de reclamaciones o demandas contra el Estado peruano por parte de naturales o entidades cuyas inversiones fueron realizadas y finiquitadas tiempo atrás, antes de la entrada en vigencia del TLC.

<sup>6</sup> Como sería del caso de la llamada «deuda odiosa» (compras de armamento, créditos bajo términos leoninos, etc.).

- Otro punto de preocupación es el otorgamiento de la condición de inversionista no sólo a aquel que efectivamente ha realizado una inversión, sino también a aquel que pretende realizarla, incluso si aún no ha sido concretada. Esta definición tan amplia y difusa no establece mayores parámetros sobre cómo determinar la veracidad, seriedad y legitimidad del «intento de invertir»; y establece preocupantes paralelos con el concepto de «lucro cesante» (ganancias aún no concretadas), con similares y serias implicaciones para el Estado Peruano. El que, por ejemplo, podría ser demandado por un supuesto «inversionista» de origen estadounidense, a cuenta de supuestas inversiones que no llegaron a efectuarse y supuestas ganancias que no llegaron a producirse.

Finalmente, debe de señalarse también los alcances que se le atribuyen al «Acuerdo de Inversión» en su definición. Allí se menciona explícitamente los derechos que el Estado puede otorgar en rubros estratégicos como recursos naturales, servicios públicos y grandes obras de infraestructura:

(...)

*...acuerdo de inversión significa un acuerdo escrito entre una autoridad nacional de una Parte y una inversión cubierta o un inversionista de otra Parte, en virtud del cual la inversión cubierta o el inversionista se base para establecer o adquirir una inversión cubierta diferente al acuerdo escrito en sí mismo, que otorga derechos a la inversión cubierta o al inversionista:*

*(a) respecto a los recursos naturales que una autoridad nacional controla, como para su explotación, extracción, refinamiento, transporte distribución o venta;*

*(b) para proveer servicios al público en representación de la Parte, como generación o distribución de energía, tratamiento o distribución de agua o telecomunicaciones; o*

*(c) para realizar proyectos de infraestructura, tales como construcción de vías, puentes, canales, presas u oleoductos o gasoductos que no sean de uso y beneficio exclusivo o predominante del gobierno.*

(...)

Es necesario reiterar el énfasis que se ha puesto en el capítulo de inversiones a la inclusión de los recursos naturales, y las inversiones relacionadas a los mismos, como elementos centrales de los acuerdos Estado-inversionista. Lo anterior no debe sorprender, si consideramos que muchas de las más importantes y mayores inversiones realizadas en suelo peruano por empresas estadounidenses y de otros países han sido en sectores dedicados a la extracción y aprovechamiento de nuestros recursos naturales (minerales, hidrocarburos, etc.); siendo cierto, asimismo, que muchos de los principales conflictos y controversias entre Estado, sociedad e inversionistas foráneos que se han dado en años recientes, han girado alrededor de temas relacionados con el control y distribución de la renta generada por la explotación de dichos recursos naturales<sup>7</sup>.

Finalmente, debe señalarse que la aplicación de definiciones tan amplias y difusas para «inversionista» e «inversión» podrían –a juicio de algunos analistas– dar lugar a interpretaciones y usos arbitrarios y especulativos, generando situaciones controversiales y absurdas. Así, por ejemplo, se especula que podría darse el caso de que los recursos de los pueblos indígenas –tales como tierras y territorios– así como sus licencias y concesiones para el uso de recursos hídricos y forestales sean definidos como «inversiones»; y que, de la misma manera, las organizaciones económicas, productivas y de servicios de comunidades campesinas e indígenas sean caracterizadas como «inversionistas». De ser tal el caso, se abriría la puerta a controversias y demandas por parte de inversionistas extranjeros por supuesta discriminación en base al trato nacional, condiciones de excepción, subsidios especiales, etc.

### **1.2.2. El Principio de la Nación Más Favorecida**

Otro tema neurálgico, cuidadosamente incluido en el capítulo de inversión, es el concepto de «Nación Más Favorecida» (NMF); estableciéndose de manera clara y detallada que los inversionistas y las inversiones de origen estadounidense disfrutarán en el Perú de un trato por lo menos

---

<sup>7</sup> Por citar algunos casos recientes basta mencionar la negativa de diversas grandes empresas mineras a pagar regalías, o la controversia alrededor del establecimiento de un impuesto a las sobreganancias mineras, o la renegociación de la concesión del gas de Camisea y su posible exportación a Chile; como ejemplos de conflictos alrededor del control y aprovechamiento de nuestros recursos naturales.

similar al mejor trato posible que se le pueda dar a nacionales de otros países:

*Artículo 10.4: Trato de Nación Más Favorecida*

*1. Cada Parte concederá a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio.*

*2. Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a las inversiones en su territorio de inversionistas de cualquier otra Parte o de cualquier país que no sea Parte en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones.*

La consagración de este principio de Nación Más Favorecida en el TLC entre Perú y Estados Unidos forma parte de una tendencia global a imponer dicho principio como un estándar entre las garantías y facilidades normalmente otorgadas a las inversiones foráneas. Ello se refleja –al nivel multilateral– en las disposiciones y acuerdos establecidos por la Organización Mundial del Comercio, que en su Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversión, así como en las disposiciones del Acuerdo General sobre Tarifas y Comercio (GATT), establecidas en 1994, hace hincapié sobre la necesidad de eliminar las diferenciaciones y preferencias establecidas por el trato nacional, haciéndolo extensivo al comercio y la inversión extranjera.

Así, no sólo en el TLC con los Estados Unidos, sino en una diversidad de acuerdos bilaterales y multilaterales, nuestro país ya ha reconocido y establecido dicho principio.

### 1.2.3. El Principio del Trato Nacional

Complementario al principio de la Nación Más Favorecida, el principio del «Trato Nacional» (TN) es otro de los paradigmas impuestos en los últimos años. Así, el Perú ya tiene un número apreciable de acuerdos y convenios establecidos con otros países, en los que se establece que los inversionistas y las inversiones de las naciones que son contraparte de nuestro país en los acuerdos, recibirán un trato por lo menos tan favorable como el que reciban los inversionistas y las inversiones peruanas. Tal es el caso del Acuerdo de Libre Comercio con los Estados Unidos:

#### *Artículo 10.3: Trato Nacional*

*1. Cada Parte concederá a los inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de las inversiones en su territorio.*

*2. Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que conceda, en circunstancias similares, a las inversiones en su territorio de sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de las inversiones.*

*3. El trato concedido por una Parte de conformidad con los párrafos 1 y 2 significa, respecto a un gobierno de nivel regional, un trato no menos favorable que el trato más favorable que ese gobierno de nivel regional conceda, en circunstancias similares, a los inversionistas e inversiones de inversionistas de la Parte de la que forma parte.*

Debe recalcar que la adhesión del Perú al principio del Trato Nacional no surge con el establecimiento del TLC; sino que, por el contrario, le antecede largamente. Así, desde principios de los años 90, el Estado peruano ha asumido, sistemática y explícitamente, numerosos compromisos en relación al Trato Nacional, no sólo mediante la suscripción de

acuerdos y convenios multilaterales y bilaterales, sino también por razón de normas y disposiciones internas.

Así, este principio incluso está claramente establecido en la Constitución Política de 1993, que consagra la igualdad ante la ley del nacional y el extranjero, tanto en lo referente al tratamiento de sus inversiones, como en lo referente al derecho de propiedad; si bien, en este último caso, existen determinadas excepciones relacionadas con propiedades en zonas de frontera:

*Artículo 63°.*

*La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.*

*Artículo 71°. En cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática.*

*Sin embargo, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley.*

De esta forma, el Perú es en efecto uno de los escasos países donde el concepto del Trato Nacional ha alcanzado oficialmente rango constitucional. Debido a ello, este punto fue negociado y aprobado en el transcurso de la negociación del TLC con los Estados Unidos con relativa facilidad.

Las implicancias de la supremacía de esta noción en la legislación nacional y en los acuerdos comerciales adoptados por el Estado peruano son evidentes: al consagrar la igualdad absoluta, irrestricta e indefinida entre el inversionista nacional y el extranjero, en la práctica nuestro país hace una renuncia formal a asumir y desarrollar políticas propias de promoción y fortalecimiento de los agentes económicos nacionales; siendo legalmente inviable para el Estado aplicar medidas que favorezcan únicamente a los productores, industriales y comerciantes locales. Como resultado, los diversos sectores de la economía peruana encaran una situación en donde les están negadas las posibilidades de acceder a un trato diferenciado que los potencie ante la competencia y la presencia foránea, mediante la percepción de compensaciones, exoneraciones, subsidios, etc.

A la luz de la paulatina internacionalización –o, equivalentemente, desnacionalización– de la economía peruana, y la creciente presencia de la inversión extranjera en áreas críticas, estratégicas o controversiales, estas cortapisas y barreras que el Estado voluntariamente se ha impuesto, y que le impiden desarrollar políticas diferenciadas y autónomas de fortalecimiento económico, resultan temas particularmente sensibles, que trascienden largamente los alcances del TLC con los Estados Unidos.

#### **1.2.4. El Principio del Nivel Mínimo de Trato**

Otro principio que igualmente es explícitamente desarrollado en el capítulo de inversiones del TLC con Estados Unidos, es el referido al «Nivel Mínimo de Trato», entendido como el cumplimiento de estándares básicos –reconocidos internacionalmente– de protección, seguridad y acceso a la justicia:

Este principio opera sobre todo como un complemento de los ya citados Trato Nacional y el de Nación Más Favorecida. Es importante señalar que mediante el mismo se establece una suerte de « piso mínimo » a los derechos que se puedan conceder a las inversiones extranjeras que son consideradas en el marco del TLC. Estos derechos no podrán ser –bajo ningún concepto– inferiores a los que son internacionalmente reconocidos.

**Artículo 10.5: Nivel Mínimo de Trato**

1. Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.

2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros, según el derecho internacional consuetudinario, es el nivel mínimo de trato que pueda ser proporcionado a las inversiones cubiertas. Los conceptos de «trato justo y equitativo» y «protección y seguridad plenas» no requieren un trato adicional o más allá del requerido por ese estándar y no crean derechos adicionales significativos. La obligación en el párrafo 1 de proveer:

(a) «trato justo y equitativo» incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; y

(b) «protección y seguridad plenas» exige a cada Parte proveer el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario.

3. La determinación de que se ha violado otra disposición de este Acuerdo o de otro acuerdo internacional separado, no establece que se haya violado este Artículo.

**1.2.5. Requisitos de Desempeño**

Quizás el tema más controversial y cuestionable sea el tema de los requisitos de desempeño, considerando cómo estos han sido fuertemente recortados y minimizados. Así, el artículo 10.9 establece claramente la prohibición de fijar requerimientos o condiciones especiales a las inversiones foráneas en una diversidad de temas, incluyendo el uso de componentes e insumos nacionales, la atención a proveedores nacionales, el abastecimiento de los mercados internos o la transferencia tecnológica:

*Artículo 10.9: Requisitos de Desempeño*

*1. Ninguna Parte podrá, en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de una inversión de un inversionista de una Parte o de un país que no sea Parte en su territorio, imponer ni hacer cumplir cualquier requisito o hacer cumplir cualquier obligación o compromiso de:*

*(a) exportar un determinado nivel o porcentaje de mercancías o servicios;*

*(b) alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional;*

*(c) comprar, utilizar u otorgar preferencia a las mercancías producidas en su territorio, o comprar mercancías de personas en su territorio;*

*(d) relacionar en cualquier forma el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas con dicha inversión;*

*(e) restringir las ventas en su territorio de las mercancías o los servicios que tal inversión produce o presta, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a las ganancias que generen en divisas;*

*(f) transferir a una persona en su territorio una tecnología particular, un proceso productivo u otro conocimiento de su propiedad; o*

*(g) proveer exclusivamente del territorio de una Parte las mercancías que produce la inversión o los servicios que presta para un mercado específico regional o al mercado mundial.*

*(...)*

Si bien el TLC preserva la validez de los requisitos de desempeño para casos especiales, tales como la contratación de mano de obra nacional o la realización de actividades de investigación y capacitación, lo cierto es que dicho tratado establece una efectiva y profunda restricción al Estado peruano para emprender políticas que aseguren y optimicen el aporte de la inversión extranjera al desarrollo nacional. En ese sentido, es importante destacar que la oposición a los requisitos de desempeño llega al

punto de explicitar en el texto del TLC cuáles de estos requisitos quedan expresamente prohibidos.

Este abandono de los requisitos de desempeño, aparentemente no sólo sería válido para los inversionistas estadounidenses, sino también para los de otros países; dada la mención que se hace de «inversión de un inversionista de una Parte o de un país que no sea Parte en su territorio». Así, supuestamente, el Perú al conceder a Estados Unidos la suspensión de los requisitos de desempeño se ha impuesto un «techo mínimo» que le impediría aplicar requisitos de desempeño a inversionistas de otros países.

Los posibles riesgos y consecuencias para nuestro país de este desmantelamiento de los requisitos de desempeño son evidentes. Un ejemplo es la pérdida de control sobre el destino de la producción generada mediante inversiones extranjeras, lo cual es particularmente importante en el caso de recursos naturales de carácter estratégico, como el gas o el petróleo; sobre todo por que existe una real necesidad de garantizar el abastecimiento interno, así como regular los destinos de la exportación, considerando su importante impacto geopolítico.

De la misma forma, este artículo significa en la práctica un respaldo evidente al establecimiento de aquellas industrias denominadas «de maquila» o «maquilas»: fenómeno que ya se ha visto en otros países de la región –como México o los de Centroamérica– con el establecimiento de industrias que se reducen al ensamblaje de productos a partir de insumos importados en su casi totalidad, con un mínimo componente nacional, con escasa creación de valor agregado, nula generación de encadenamientos productivos y reducida transferencia de tecnología<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Para mayor información sobre la problemática de las industrias maquiladoras, se recomienda consultar «Maquiladora en el área de libre comercio de América del Norte» (en [http://meme.phpwebhosting.com/~migracion/primer\\_coloquio/2\\_2.pdf](http://meme.phpwebhosting.com/~migracion/primer_coloquio/2_2.pdf)), «Las mujeres de las maquiladoras» (en <http://movimasp.org/pdf/167.pdf>), «Globalización y maquilas» (en <http://www.sudnordnews.org/trabajo.html>), «Las maquilas de Juárez: una nueva revolución industrial» (en <http://www.ropalimpia.org/upload/MAKILAS.PDF>), así como el artículo «Mujeres de las maquiladoras de Tijuana» (en <http://www.jornada.unam.mx/2007/06/08/index.php?section=opinion&article=024a2pol>).

En suma, la reducción/eliminación de los requisitos de desempeño es uno de los elementos más preocupantes y cuestionables del régimen de tratamiento de inversiones en el TLC, pues debilita y disminuye las posibilidades para maximizar y optimizar el aporte realizado por la inversión extranjera.

### 1.2.6. Expropiación e Indemnización

La expropiación/nacionalización de las propiedades y activos de los inversionistas extranjeros ha recibido especial consideración dentro del capítulo respectivo de este tratado. Así, en su contenido se indica claramente que, como regla general, un Estado está impedido de realizar expropiaciones y nacionalizaciones; además, se especifica que sólo será posible realizar dichas acciones, excepcionalmente, por motivos de propósito público:

#### *Artículo 10.7: Expropiación e Indemnización*

*1. Ninguna de las Partes puede expropiar ni nacionalizar una inversión cubierta, sea directa o indirectamente mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización («expropiación»), salvo que sea:*

- (a) por motivos de propósito público;*
- (b) de una manera no discriminatoria;*
- (c) mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización;*
- y*
- (d) con apego al principio del debido proceso y al Artículo 10.5.*

*2. La indemnización referida en el párrafo 1(c) deberá:*

- (a) ser pagada sin demora;*
  - (b) ser equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la expropiación se haya llevado a cabo («fecha de expropiación»);*
  - (c) no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación; y*
  - (d) ser completamente liquidable y libremente transferible.*
- (...)*

En ese mismo sentido, se pone especial cuidado en detallar las condiciones y requerimientos que debe cumplir la expropiación/nacionalización para ser considerada «legítima» (incluyendo el pago «pronto, adecuado y efectivo» de una indemnización); así como se especifican las características y condiciones que debe cumplir la susodicha indemnización.

Este tema resulta de particular interés y preocupación por sus posibles consecuencias para los intereses nacionales; primero por la exigencia de que dicha indemnización sea pagada «sin demora», lo que podría, en situaciones de emergencia o necesidad nacional, resultar extremadamente oneroso –social y económicamente– para el país. Pero aún más preocupante es la especificación de que la indemnización sea equivalente al «valor justo de mercado», sin dar mayores parámetros o referencias sobre cual es la forma neutral, acertada y transparente de calcularlo.

La ambigüedad que rodea el concepto de «valor justo de mercado» es un riesgo latente para los intereses nacionales, pues da pie para el surgimiento de controversias Estado-inversionista alrededor de la correcta compensación a recibir. La valoración y cálculo de dicha compensación podría terminar siendo dependiente de la aplicación de conceptos cuestionables como «lucro cesante», «expectativas de ganancias», «costos colaterales», «ingresos futuros», etc.; con lo que podría darse una situación donde el Estado podría terminar compensado a un inversionista foráneo no sólo por el valor real y actual de su inversión, sino también por supuestas riquezas que no existen o que sólo existen como expectativas y esperanzas.

A lo anterior, debe –sin embargo– agregarse lo que posiblemente es el mayor riesgo y problema con la estructura establecida mediante el TLC para el tratamiento de expropiaciones y nacionalizaciones: nos referimos a la consagración del principio de la «expropiación indirecta», según consta en el primer párrafo del artículo 10.7. Allí se especifica que el Estado no podrá «directa o indirectamente» expropiar/nacionalizar o, más aún, adoptar medidas que sean equivalentes a una expropiación/nacionalización.

Las implicancias de este párrafo no pueden ser soslayadas. El uso de términos ambiguos y difusos como «expropiación indirecta» y «medidas equivalentes» representa un serio problema, pues abre las puertas para interpretaciones antojadizas y distorsionadas en favor de los inversionistas extranjeros y en contra del Estado peruano.

En efecto, el concepto de «expropiación indirecta» en su visión más amplia abarcaría a cualquier acción que afecte al inversionista y a sus expectativas de ganancia; es decir, no sólo incluiría la pérdida real de activos o de ingresos, sino también la pérdida de supuestos ingresos futuros o la imposibilidad de realizar supuestas futuras inversiones.

Así, cabe la posibilidad de que el Estado peruano –al usar sus facultades soberanas– se vea en el futuro envuelto en controversias sustentadas en el uso distorsionado de este concepto. La instauración de un impuesto, la declaratoria de una zona como reserva nacional o zona arqueológica intangible, o la aplicación de derechos laborales/sociales/ambientales, etc., podrían eventualmente dar pie para que un inversionista desafecto denuncie al Estado por supuestamente afectar sus expectativas de ganancias.

De esta forma, el artículo 10.7 del capítulo de inversiones resulta ser uno de los más controversiales y preocupantes en relación con la defensa y avance de los intereses nacionales; pues al consagrar los principios de la expropiación indirecta y las medidas equivalentes, se supedita el accionar y la autonomía del Estado en temas de necesidad pública a los intereses particulares de los inversionistas.

### **1.2.7. Controversias Inversionista-Estado**

Para tener una idea de la enorme importancia que los inversionistas internacionales dan a asegurar sus intereses de cara a los intereses públicos, basta con verificar el peso que se ha dado en el marco del TLC al tema del tratamiento y resolución de controversias inversionista-Estado.

En efecto, justamente como complemento y correspondencia con el artículo que trata sobre las expropiaciones/nacionalizaciones, el capítulo

10 de ese tratado dedica toda una sección especial al tema de la solución de controversias entre los inversionistas y el Estado, cubriendo los más diversos tópicos: desde los arreglos previos, hasta el establecimiento y desarrollo de procesos de arbitraje entre las partes.

Y es precisamente este tema el que debe ser considerado como el elemento central y decisivo en la resolución de controversias inversionista-Estado; tanto por el peso que el mecanismo de arbitrajes ha ganado internacionalmente en los últimos años, como la herramienta paradigmática para resolver las disputas que involucren inversiones foráneas, como por sus profundas implicancias y consecuencias en lo referente a la soberanía del Estado, la supremacía jurídica de las leyes internas y la defensa de los intereses nacionales.

La preeminencia y peso que se da al uso de arbitrajes como principal – por no decir exclusivo– mecanismo para la resolución de estas controversias, es un asunto que resulta extremadamente preocupante si consideramos, por un lado, la naturaleza y las características propias de dichos mecanismos –los cuales ponen en clara desventaja al Estado– y, por otro lado, los antecedentes de controversias inversionista-Estado que fueron llevadas a arbitraje bajo condiciones y criterios cuestionables, y cuyos resultados fueron frecuentemente negativos para el interés público.

En la práctica, el arbitraje resulta una privatización de la justicia pública, lo cual tiene sentido y justificación cuando las partes (demandante y demandado) son agentes privados y los asuntos e intereses que son llevados a arbitraje son primordialmente de competencia privada (por ejemplo, una disputa entre socios de una empresa por el control de la misma o entre miembros de una familia por el reparto del patrimonio común). Sin embargo, la tendencia que se ha desarrollado al nivel internacional durante los últimos años, especialmente por impulso de las políticas económicas neoliberales, ha sido el adscribir cada vez más la resolución de controversias inversionista-Estado –que son fundamentalmente un conflicto entre intereses públicos y privados– al ámbito de los tribunales internacionales de arbitraje; ya sean estas entidades privadas

u instituciones multilaterales, como es el caso del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)<sup>9</sup>.

Lo anterior resulta enormemente cuestionable, pues equivale a supeditar intereses fundamentalmente públicos –los que defiende el Estado– a un mecanismo privado de análisis y resolución, lo que resulta en la privatización unilateral, inopinada y sin consentimiento ciudadano, de asuntos de interés para el bienestar de la sociedad.

En ese sentido, preocupa la existencia de una serie de antecedentes donde el uso de los mecanismos de arbitrajes fue perjudicial para el Estado en vista al logro de decisiones y resoluciones de conflictos de manera justa, transparente y equitativa. Tal ha sido la experiencia de Bolivia en sus litigios por la cancelación de la concesión de la empresa «Aguas del Tunari» para el suministro de agua a Cochabamba y la consecuente denuncia e irregular proceso al que fue sometido el Estado boliviano ante el CIADI, por cuenta de la transnacional Bechtel –empresa matriz de «Aguas del Tunari»– lo que a la larga concluyó con el retiro de Bolivia del CIADI<sup>10</sup>.

En Perú tenemos el preocupante antecedente de la empresa chilena Luchetti, la cual demandó y llevó a arbitraje al Estado peruano ante el CIADI por supuestos daños y perjuicios causados por la cancelación de su licencia para operar una plata que había establecido en las cercanías de la reserva ecológica de los Pantanos de Villa. El caso de Luchetti resulta paradigmático, precisamente por los elementos anómalos, irregulares y cuestionables que sustentaban la denuncia de la empresa chilena. Así,

<sup>9</sup> El CIADI fue creado por el «Convenio sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados», abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965. Para mayor información sobre casos de arbitraje inversionista-Estado, consúltese el documento «Derechos Privados, Problemas Públicos: Una Guía sobre el Controvertido Capítulo del TLCAN Referente a los Derechos de los Inversionistas», publicado por el World Wildlife Fund (2001).

<sup>10</sup> Para información más detallada sobre este y otros casos de arbitraje inversionista-Estado, consúltese el documento «La Desregulación de la Inversión Extranjera en los TLC y sus posibles Efectos en la Actividad Minera», elaborado por José de Echave y Víctor Torres, y publicado por Cooperación (disponible en [http://www.oxfamamerica.org/es/noticias/publicaciones/peru\\_TLC\\_mineria\\_may05/peru\\_TLC\\_pdf](http://www.oxfamamerica.org/es/noticias/publicaciones/peru_TLC_mineria_may05/peru_TLC_pdf)).

aunque la justicia peruana había probado más allá de toda duda que la existencia de la planta de Luchetti en una zona ecológica no era viable, que la licencia otorgada no era válida –habiendo sido concedida irregularmente– y que a esa empresa no le asistía razón para exigir compensación, igual el Estado peruano fue llevado a proceso.

Los casos de Bechtel y Luchetti reflejan claramente muchas de las peores deficiencias y defectos del régimen de arbitrajes internacionales, que se basa en estructuras diseñadas para dar preferencia a los intereses privados frente a los intereses públicos. Así, entre las diversas críticas que se han hecho al uso de estos mecanismos para la resolución de conflictos inversionista-Estado, destacan las siguientes:

- Representa una pérdida de soberanía jurídica, pues se dejan de lado los tribunales y la legislación nacional.
- Representa una discriminación en favor del foráneo, pues es concedido únicamente al inversionista extranjero (no al nacional).
- Expresa un privilegio unilateral y carente de reciprocidad, pues mientras el inversionista puede demandar al Estado, no se le reconoce al Estado el derecho a demandar.
- El proceso de arbitraje tiene lugar fuera del país receptor de la inversión, en la sede de los tribunales internacionales, lo que no sólo implica gastos sustanciales para el Estado en lo referente a contratación de abogados, traslado de representantes, etc.; sino que además dificulta sobremanera el seguimiento y control ciudadano para la correcta defensa de los intereses públicos.
- Funciona como un proceso privado y cerrado, con un régimen de audiencias que son usualmente secretas, pues no hay obligación de permitir la participación de ciudadanos y organizaciones sociales que sean partes interesadas.
- Sólo se toma en cuenta el motivo específico de la demanda y no se hace un análisis integral del caso, tal como sucedió en el arbitraje

promovido por Luchetti; donde sólo se vio el tema de la cancelación de la licencia para operar la planta y los supuestos perjuicios para la empresa chilena, pero no se incluyó el tema de las denuncias por tráfico de influencias y posibles actos de corrupción cometidos por funcionarios de esa empresa.

- El laudo del arbitraje es una decisión basada no en leyes claras y específicas, sino en convenciones globales y en el criterio de los árbitros; lo que puede generar resultados cuestionables o poco transparentes.
- El laudo es una decisión terminante y final, sin derecho de apelación, lo que representa un riesgo inaceptable para el Estado, que puede terminar viéndose forzado a aceptar laudos cuestionables y controversiales.

En relación al tratamiento de la resolución de controversias mediante mecanismos de arbitraje en el marco del TLC, debe señalarse que el detalle y prolijidad con que este tema está considerado no es ciertamente un resultado casual; siendo más bien reflejo de la presión e influencia de la inversión internacional de asegurarse condiciones ideales en la resolución de diferendos con el Estado. En este afán, los parámetros establecidos en el TLC resultan altamente cuestionables desde una óptica de defensa y promoción de los intereses públicos, pues las disposiciones establecidas en el acuerdo distan de ser equitativas y neutrales; por el contrario, expresan un sesgo peligroso en favor del inversionista, fortaleciendo su posición negociadora y litigante frente al Estado. Así, una primera observación crítica es la facilidad que tienen los inversionistas privados para forzar al Estado a someterse a un arbitraje de manera inconsulta y unilateral:

*Artículo 10.16: Sometimiento de una Reclamación a Arbitraje*  
*1. En caso de que una parte contendiente considere que no puede resolverse una controversia relativa a una inversión mediante consultas y negociación:*  
*(a) el demandante, por cuenta propia, puede someter a arbitraje una reclamación en la que se alegue*

(i) que el demandado ha violado  
 (A) una obligación de conformidad con la Sección A,  
 (B) una autorización de inversión, o  
 (C) un acuerdo de inversión;  
 y  
 (ii) que el demandante ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta;  
 (...)

En similar tendencia, se deja al libre albedrío del demandante la selección del ámbito donde se desarrollará el arbitraje, lo cual es una ventaja evidente para éste; al tener la opción de escoger aquella institución o ámbito donde se maximicen sus posibilidades de éxito:

(...)  
 3. Siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los hechos que motivan la reclamación, el demandante puede someter la reclamación a la que se refiere el párrafo 1:  
 (a) de conformidad con el Convenio del CIADI y las Reglas de Procedimiento para Procedimientos Arbitrales del CIADI, siempre que tanto el demandado como la Parte del demandante sean partes del Convenio del CIADI;  
 (b) de conformidad con las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, siempre que el demandado o la Parte del demandante, sean parte del Convenio del CIADI;  
 (c) de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI; o  
 (d) si el demandante y el demandado lo acuerdan, ante cualquier otra institución de arbitraje o bajo cualesquiera otras reglas de arbitraje.  
 (...)

Complementariamente, se indica que las decisiones (o laudos) que emita la entidad o tribunal encargado del arbitraje no sólo tendrán carácter

definitivo, sino que además disfrutarán de prerrogativas terminantes y extensivas para decidir y asignar el pago de compensaciones, restituciones, intereses, etc.:

*Artículo 10.26: Laudos*

*1. Cuando un tribunal dicte un laudo definitivo desfavorable al demandado, el tribunal puede otorgar, por separado o en combinación, únicamente:*

- (a) daños pecuniarios y los intereses que procedan; y*
- (b) restitución de la propiedad, en cuyo caso el laudo dispondrá que el demandado puede pagar daños pecuniarios, más los intereses que procedan en lugar de la restitución.*

*Un tribunal puede también conceder costas y honorarios de abogado de conformidad con esta Sección y con las reglas de arbitraje aplicables (...)*

Como se ve, la supremacía del arbitraje como mecanismo preferente – por no decir exclusivo – para la resolución de disputas inversionista-Estado ha quedado firmemente establecida en este tratado; en desmedro de soluciones más soberanas, legítimas y transparentes, tales como la recurrancia a los tribunales y leyes nacionales. Las consecuencias para el Perú en cuanto a pérdida de autonomía y creciente riesgo de denuncias y procesos especulativos y/o caprichosos, de resultas de la aplicación de políticas y disposiciones ambientales, laborales, tributarias, etc., son un real perjuicio que debilita su posición y la supremacía del interés nacional.

### **1.2.8. Implicancias del TLC Perú-Estados Unidos**

De los países sudamericanos que iniciaron el proceso de negociación del TLC con los Estados Unidos, sólo Perú y Colombia lo concluyeron, y sólo nuestro país ha logrado la efectiva ratificación del Tratado en el Congreso estadounidense (véase cuadro). La ratificación del TLC entre

Colombia y Estados Unidos ha sido bloqueada en el Capitolio, quedando en suspenso al menos por lo que resta de 2008, con serias posibilidades de que a larga el proceso sea revisado e incluso anulado<sup>11</sup>.

### **Situación de los Países Andinos en Relación al TLC con los Estados Unidos**



*Perú*

*Logró la ratificación del Congreso Norteamericano en 2007, con lo que el TLC entrará en vigencia el 2008.*



*Colombia*

*Concluyó la negociación, pero el tratado no ha sido ratificado en el Congreso norteamericano, quedando en suspenso hasta pasadas las elecciones presidenciales estadounidenses.*



*Ecuador*

*EE.UU. suspendió unilateralmente la negociación en mayo de 2006, debido a la decisión del gobierno ecuatoriano de rescindir contrato con la empresa petrolífera Occidental (OXY).*



*Bolivia*

*Se limitó a ser observador del proceso y adscribe la prolongación de las preferencias establecidas por el ATPDEA.*

En ese sentido, se podría pretender establecer un paralelismo entre el proceso de negociación del TLC con Estados Unidos y el proceso entre la CAN y la UE, si bien es necesario indicar que pese a ciertas similitudes, en realidad son procesos que tienen significativas diferencias de origen, objetivos, procedimientos, etc. Así, aunque el proceso CAN-UE en principio se ha planteado como una negociación estrictamente entre blo-

<sup>11</sup> Las perspectivas de que el acuerdo pueda concretarse o cancelarse a partir de 2009 dependen principalmente de los resultados de las elecciones presidenciales en Estados Unidos (programadas para noviembre de 2008) y la asunción de una nueva administración en la Casa Blanca, con su propia agenda –que puede ser favorable o no– en relación a los acuerdos comerciales internacionales.

ques de países, podría eventualmente replicarse lo sucedido en el proceso del TLC, desarrollándose negociaciones independientes, con plazos, objetivos y contenidos diferentes para cada uno de los países andinos.

Las probabilidades de que negociaciones separadas ocurriesen parecían mínimas al comienzo, dado que la Unión Europea había inicialmente dejado en claro su apuesta por una negociación en bloque, con posiciones comunes de los países andinos, y que no estaba interesada en desarrollar acuerdos separados. Sin embargo, tras la tercera ronda de negociaciones –desarrollada en Quito, Ecuador, en mayo de 2008– y ante las cada vez más crecientes dificultades para coordinar y conciliar las posiciones andinas, la UE ha abierto la posibilidad de desarrollar negociaciones bilaterales con subgrupos de países andinos, e incluso con países individuales.

Si bien todavía no está resuelta del todo la fórmula para este nuevo esquema de negociación, sí está claro que la posición inicial de la UE, que insistía en la negociación en bloque, se habría ido debilitando gradualmente ante la evidencia de la dificultad (y eventual imposibilidad) para los países andinos de alcanzar posiciones comunes en temas críticos, entre los cuales figura el tratamiento de las inversiones extranjeras.

En ese sentido, es indudable que la existencia del TLC entre el Perú y los Estados Unidos hace aún más difícil el alcanzar una posición andina común, considerando que el Gobierno peruano ha otorgado importantes concesiones en rubros claves como, por ejemplo, los requisitos de desempeño en el capítulo de inversiones.

Así, los términos de dicho tratado imponen un «piso» para cualquier futura negociación comercial o de integración, como es el caso del Acuerdo CAN-UE. Más aún, los términos establecidos en el TLC tienen profundas implicancias para la Comunidad Andina, tanto para la negociación con la UE, como para su misma existencia, dada la colisión que existe entre algunos de los compromisos asumidos por el Perú ante la CAN y los asumidos ante Estados Unidos; por ejemplo, el Perú ya ha solicitado a la CAN modificaciones a sus acuerdos en materia de propiedad intelectual para no afectar la implementación de su TLC.

La revisión del contenido del capítulo de inversiones del TLC deja la clara impresión de ser un esfuerzo sistemático y decidido por asegurar las mayores libertades y prerrogativas posibles a las inversiones extranjeras; incluso en los casos en que ello significase una contradicción potencial o factual con los derechos y los intereses nacionales. Mediante este tratado, Estados Unidos ha logrado una efectiva herramienta para la defensa de las inversiones de sus connacionales en el Perú, que lo equipara al tratamiento y facilidades ya establecido para otros países. En ese sentido, los principios establecidos para el tratamiento de las inversiones en el TLC distan de ser excepcionales; por el contrario, se adhieren a los principios y mecanismos que desde diversos frentes se vienen promoviendo e imponiendo en aras de la supremacía de los intereses privados de las transnacionales ante las naciones receptoras de las inversiones.

Así, más allá de diferencias específicas y puntuales de concepción, contenido e interpretación, los principios de Trato Nacional, Nación Más Favorecida o de Resolución de Controversias en el texto del TLC no difieren sustancialmente de lo establecido en convenios bilaterales, convenios multilaterales o convenios individuales inversionista-Estado. Por ello, pese a los riesgos y consecuencias negativas que puedan surgir a partir de la aplicación de este tratado en el campo de las inversiones extranjeras, la realidad es que dicho instrumento jurídico no hace más que seguir la tendencia marcada desde inicios de los años 90 de debilitamiento de los intereses nacionales y reducción de la autoridad soberana del Estado peruano.

## 2. EL PROCESO DE NEGOCIACIÓN DEL ACUERDO DE ASOCIACIÓN ENTRE LA CAN Y LA UE

El proceso de negociación de un acuerdo de asociación entre la Unión Europea (UE) y la Comunidad Andina (CAN), iniciado oficialmente durante el segundo semestre de 2007<sup>12</sup>, es un acontecimiento fundamental para el desarrollo de la región, no sólo por sus implicancias económicas, sino también por el impacto social y político que el acuerdo, de concretarse, tendrá en nuestros países.

La negociación de un acuerdo CAN-UE también resulta clave para los países andinos debido a que representa, de alguna manera, una oportunidad y un reto para galvanizar y reflatar un proceso de integración que ha venido arrastrándose por más de 35 años sin llegar a consolidarse definitivamente y que en los últimos años parecía virtualmente caduco. Como se señala, la UE tiene un significativo peso económico en la región andina, que se expresa no sólo por ser una de nuestras mayores contrapartes comerciales, sino, además, por ser el origen de importantes flujos de inversiones directas en nuestros países; lo que se refleja en la propiedad –por empresas provenientes países miembros de la UE– de muchos de los principales proyectos empresariales en nuestras naciones, en especial vinculados a la explotación de recursos naturales: minerales, hidrocarburos, etc.

Por lo anterior, la cuestión de las facilidades y garantías que sean otorgadas a la inversión extranjera resulta un tema clave para las perspectivas de desarrollo de los países de la región andina, en conjunto e individualmente. Esto resulta particularmente relevante en momentos en que la región andina viene experimentando una serie de procesos de reivindicación y recuperación de la soberanía nacional sobre los recursos naturales, lo que tiene implicancias económicas y geopolíticas directas y profundas tanto para nuestros países como para la UE.

---

<sup>12</sup> Con la suscripción del Acta de Tarija, con ocasión de la Cumbre Presidencial de los Países Andinos, el 14 de junio de 2007, mediante la cual la Comunidad Andina y la Unión Europea anunciaron formalmente su voluntad de iniciar negociaciones conducentes a un acuerdo de integración.

En este contexto, resulta inevitable mencionar y analizar la actuación e impacto que las acciones de los gobiernos de los diversos países miembros y ex miembros (como es el caso de Venezuela) han tenido y tienen sobre la situación general de la CAN y las posibilidades de acordar e implementar un efectivo acuerdo de integración con la UE.

Así, un tema a considerar es la fractura que actualmente existe al interior de la Comunidad Andina, alimentada por las diferencias ideológicas y políticas existentes entre sus integrantes. En ese sentido, puede hablarse de la existencia de dos «bloques» de países, cuyos respectivos gobiernos mantienen profundas diferencias en lo referente a sus objetivos y acciones en relación con el desarrollo económico y social de la región, en general, y en relación a la integración económica con la Unión Europea, en particular.

Un primer bloque, compuesto por los gobiernos de Perú y Colombia, podría describirse como «pro mercado», habiendo asumido y aplicado mayormente políticas económicas de corte liberal, apostando por la apertura comercial, la desregulación de los mercados, la reducción del papel del Estado, la entrada en los grandes mercados internacionales y la preeminencia de la inversión privada.

El segundo bloque, integrado por Bolivia y Ecuador –así como por Venezuela antes de su retiro de la CAN–, puede ser definido como vinculado a políticas de corte socialista; con un discurso reivindicacionista que da mayor peso a la búsqueda de mecanismos e instancias de desarrollo alternativo, una presencia directa del Estado en las actividades productivas y la preeminencia del interés público sobre el interés privado.

Las diferencias de posición entre ambos bloques han quedado reflejadas durante los últimos años en numerosos episodios de desencuentros y públicas controversias, que expresan la dificultad por parte de los países andinos de avanzar en su proceso de integración y desarrollo conjunto. Estas diferencias han derivado, en algunos casos, en situaciones irreconciliables, que han provocado episodios de crisis y ruptura en la CAN, tal como sucedió con retiro de Venezuela –ocurrido en abril de

2006– en medio de una pública controversia a partir de las declaraciones del presidente venezolano Hugo Chávez<sup>13</sup>.

Otros recientes desarrollos, tales como los incidentes fronterizos entre Colombia y Ecuador –debido a la invasión del territorio ecuatoriano por parte de tropas colombianas– y la consiguiente pugna diplomática entre estos países y Venezuela, alrededor del supuesto apoyo prestado por Ecuador y Venezuela a grupos insurgentes colombianos<sup>14</sup>, no han hecho más que alimentar y exacerbar las divisiones y enfrentamientos al interior de la Comunidad Andina, dificultando aún más la construcción de posiciones y propuestas comunes.

Lo anterior ha generado una situación compleja para el grupo de países andinos, en donde la negociación en bloque de un acuerdo con la Unión Europea resulta particularmente difícil, considerando la necesidad de resolver primero las diferencias y discrepancias existentes al interior del mismo grupo andino. Por lo anterior no resultan extrañas las iniciativas que determinados gobiernos han tomado en contra de una negociación conjunta, apostando en cambio por negociaciones separadas y por la postergación de políticas andinas comunes.

Tal es el caso de Colombia, y en especial del Perú, donde el presidente Alan García en repetidas oportunidades ha expresado públicamente una posición de alejamiento con respecto a la Comunidad Andina, propugnando el desarrollo de negociaciones individuales, y ya no por bloques,

---

<sup>13</sup> Al anunciar el retiro de Venezuela de la CAN, Hugo Chávez declaró que esta entidad había perdido su sentido de ser y traicionado sus principios debido a la negociación del TLC con los Estados Unidos, afirmando que «la Comunidad Andina de Naciones está herida de muerte (...) está muerta, la mataron. No existe, y nos estamos preparando para denunciarla: Venezuela se sale de la Comunidad Andina, no tiene sentido, hay que hacer otra cosa (...) le sirve a las élites, a las trasnacionales, pero no le sirve a los indios, a los negros, a los blancos o a los pobres. No le sirve a nuestro pueblo y no sólo no le sirve, lo afecta».

<sup>14</sup> Este hecho ocurrió el 1 de marzo de 2008, a partir de una operación contra subversiva del gobierno colombiano en territorio ecuatoriano, que incluyó ataques aéreos y terrestres a un campamento militar de las FARC ubicado en la zona fronteriza del Ecuador con Colombia.

entre la CAN y la UE, denunciando a los gobiernos de Bolivia y Ecuador como supuestamente hostiles a un acuerdo con la UE, así como declarando la posibilidad del retiro del Perú de la Comunidad Andina<sup>15</sup>.

De la misma forma, las dificultades y trabas en la construcción de una agenda común para la Comunidad Andina también han alimentado posiciones individuales en otros países, los cuales vienen expresando su creciente preferencia por mecanismos e instancias alternativas de desarrollo e integración económica. Tal es, por ejemplo, el caso de Bolivia; cuyo gobierno, ante la percepción de una posición contraria a sus intereses y objetivos de Estado por parte de Perú y Colombia, está apostando por el establecimiento de acuerdos de integración con gobiernos políticamente más afines<sup>16</sup>.

Debe señalarse que la dificultad central para construir una posición andina común ante la UE provendría fundamentalmente de una percepción de carácter general –más que discrepancias en puntos o cuestiones precisas– sobre la necesidad de una negociación con «diferentes velocidades» o «con reservas»; en la cual cada país del grupo andino pueda ajustar el ritmo y el alcance de la negociación a sus propias prioridades y objetivos. Evidentemente, el reclamo por la posibilidad de negociaciones diferenciadas, tanto en ámbito como en velocidad, justamente atenta contra la construcción de propuestas comunes.

Lo anterior resulta un factor aún más crítico si se considera que la Unión Europea ha indicado, en principio, su preferencia por negociaciones en bloque; no sólo mediante declaraciones oficiales y extraoficiales, sino, asimismo, por los antecedentes de acuerdos similares de integración con otros países. Casos en los que este bloque regional apuntó a promo-

---

<sup>15</sup>Al respecto consúltese: «No descartan analizar posible retiro del Perú de la CAN» (en: [www.rpp.com.pe/portada/economia/81420\\_1.php](http://www.rpp.com.pe/portada/economia/81420_1.php)), «Perú analiza eventual retiro de Comunidad Andina: García» (en: [www.tribuna-us.com/americalatina/7-retiro.htm](http://www.tribuna-us.com/americalatina/7-retiro.htm)), «Mandatario no descarta eventual retiro del Perú de la CAN» (en: [www.agenciaperu.com/actualidad/2007/jun/garcia\\_can.html](http://www.agenciaperu.com/actualidad/2007/jun/garcia_can.html)).

<sup>16</sup>Al respecto consúltese: «Bolivia se aleja más de la CAN y apuesta por el TCP» (en: [www.lostiempos.com/noticias/26-04-06/26\\_04\\_06\\_eco5.php](http://www.lostiempos.com/noticias/26-04-06/26_04_06_eco5.php)).

ver el establecimiento de acuerdos globales entre bloques, rechazando acuerdos individuales entre la UE y múltiples países.

No obstante, la misma evidencia de las negociaciones de la UE con otros bloques de países en desarrollo, revela que, de ser necesario, la Unión Europea estaría dispuesta a conceder cierto grado de flexibilidad transitoria a fin de mantener en marcha el proceso negociador y alcanzar acuerdos, aun en el caso de que estos sean parciales y temporales. Tal ha sido la experiencia en la negociación de Acuerdos de Asociación Económica (EPA) de la UE con los países africanos. Negociaciones que, si bien se iniciaron bajo un esquema de negociación entre bloques de países, han derivado actualmente en un esquema mixto con la UE negociando directamente con subgrupos de países, e incluso países individuales; estableciendo arreglos bilaterales de carácter transitorio e interino, a fin de mantener viable el proceso de negociación oficial entre bloques.

En ese sentido, vale la pena resaltar que al momento de redactarse el presente documento –mayo de 2008– las dificultades respecto al proceso de negociación entre bloques para el Acuerdo CAN-UE, han sido parcial y temporalmente superadas gracias a una fórmula de compromiso alcanzada entre la dirigencia de la Unión Europea y los gobiernos de los diversos países andinos; aprovechando la coyuntura de la V Cumbre de América Latina, el Caribe y la Unión Europea (ALC-UE) desarrollada en Lima a mediados de mayo de 2008.

En dicha cumbre, los representantes de ambos bloques de países acordaron una serie de compromisos y acuerdos que en principio permitirían salvar el proceso de negociación evitando que el mismo quede bloqueado debido a diferencias insalvables entre las posiciones de los diversos países miembros de la CAN.

Así, a partir de las declaraciones de los representantes de los gobiernos involucrados, entre las disposiciones centrales acordadas en Lima en relación a la negociación CAN-UE figuran las siguientes:

- Se mantiene la meta de concluir la negociación del acuerdo en el transcurso de 2009.
- Se reafirma, por parte de la CAN y de la UE, la negociación en bloque, pero reconociendo diferencias y excepciones entre los países.
- Se asume el acuerdo CAN-UE como un acuerdo marco, que podría ser flexibilizado para adaptarse a la realidad de cada uno de los países de la CAN.
- Los países europeos aceptan la posibilidad de desarrollar la negociación del Acuerdo a distintas velocidades; con lo cual Bolivia y Ecuador podrían optar por una negociación «lenta», pudiendo adherirse a determinadas partes del Acuerdo o solicitar plazos alargados de adecuación e incorporación<sup>17</sup>.

Los países andinos deberán definir en junio de 2008 una propuesta común de negociación que respete sus intereses y derechos individuales y que a la vez sea aceptable para la UE.

Es importante señalar que, pese a las facilidades aparentemente propuestas, a fin de superar el riesgo de un temprano impasse en la negociación del Acuerdo CAN-UE, la posición de la Unión Europea es todavía (al menos oficialmente) en favor de una negociación en bloque. Más aún, algunas de las principales demandas planteadas por ciertos países de la CAN respecto a las reservas y limitaciones en la negociación no han sido resueltas todavía. Tal es el caso, por ejemplo, de la posición boliviana, que demanda excluir los sectores de su economía vinculados a los recursos naturales (hidrocarburos, minerales, etc.), propiedad intelectual y servicios públicos de los compromisos que se puedan establecer en el marco del Acuerdo CAN-UE. La posición boliviana ha sido expre-

---

<sup>17</sup> Al respecto, debe indicarse que declaraciones posteriores a la cumbre ALC-UE por parte de representantes de ambos bloques, parecen apuntar al establecimiento definitivo de un esquema de negociación separada, con dos procesos con diferentes velocidades.

samente rechazada por los representantes de la UE, que consideran inaceptable tal exclusión.

Por otro lado, también es importante recordar que las diferencias existentes entre los gobiernos andinos en temas claves para la negociación con la UE persisten, y bajo el actual panorama social y político de la región no existen señales de que dichas diferencias vayan efectivamente a superarse; al menos en el corto y mediano plazo.

Por ello, más allá de la solución temporal que han representado los compromisos de Lima, de cara a mantener viable la negociación del acuerdo CAN-UE, todavía está por verificarse la real capacidad de dichos compromisos para flexibilizar y dinamizar el proceso negociador del Acuerdo de Asociación, a fin de que éste pueda efectivamente desarrollarse.



3. LA RELACIÓN CAN-UE: EL PESO ECONÓMICO

Mientras que la Unión Europea es uno de los principales bloques políticos y económicos a nivel mundial, con una larga y fructífera historia de integración y desarrollo de estructuras comunitarias, la Comunidad Andina, también tiene una larga, pero –lamentablemente– mucho menos exitosa historia.

La expansión de la Unión Europea hacia el Este, para incluir a los países que formaron parte del desaparecido bloque soviético, le ha permitido incrementar de manera dramática su peso, hasta alcanzar los 27 miembros y casi 500 millones de habitantes; lo que contrasta enormemente con el insatisfactorio nivel de consolidación de la Comunidad Andina. De esta forma, al comparar el peso económico de ambos bloques, la evidencia indica que la economía de la Unión Europea es aproximadamente 50 veces mayor a la de la CAN.

|                                                 | Unión Europea | Comunidad Andina | Comparación UE - CAN |
|-------------------------------------------------|---------------|------------------|----------------------|
| Países miembros                                 | 27            | 4                | 7 veces              |
| Población (millones de habitantes)              | 497           | 97               | 5 veces              |
| PBI y total (miles de millones de US\$ dólares) | 15,846        | 280              | 57 veces             |
| PBI per capita (US\$ dólares)                   | 31,883        | 2,887            | 11 veces             |

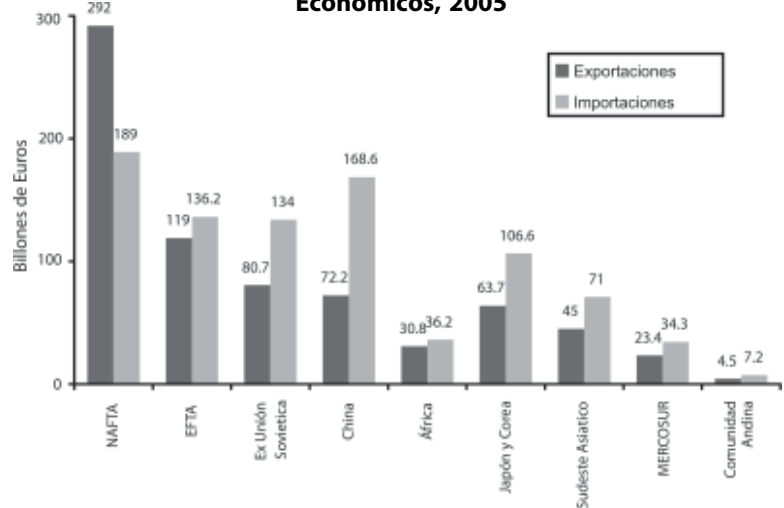
Fuente: MINCETUR/CAN.

Esta enorme disparidad se refleja también en la importancia que cada bloque tiene para el otro en términos comerciales. Así, mientras que para la Comunidad Andina, la Unión Europea es uno de sus principales destinos de exportaciones y de origen de importaciones, para la Unión Europea la región andina es sólo un socio menor.

En efecto, según las estadísticas oficiales, el intercambio con la Comunidad Andina apenas absorbe el 0.5% de las exportaciones europeas, en tanto que nuestros países apenas proporcionan a Europa el 0.7% de sus importaciones totales.

Por el contrario, la Unión Europea sí tiene un significativo peso para las economías andinas, dado que con un total de más de US\$ 15 mil millones de dólares de intercambio –entre exportaciones e importaciones– para el año 2006, se constituyó en el segundo socio comercial para la CAN, sólo por detrás de los Estados Unidos.

**Comercio de la Unión Europea con los Principales Bloques Económicos, 2005**



En el rubro de las inversiones se observa también el considerable peso que la Unión Europea tiene –virtualmente sin contrapartida– para las economías andinas, al constituirse como uno de los principales orígenes para las inversiones extranjeras directas para el Perú y los demás países andinos.

Así, se ha estimado que para el año 2003, el total de la Inversión Extranjera Directa (IED) de Europa en Latinoamérica ascendía a no menos de

US\$ 400 mil millones de dólares; siendo España el principal inversionista para la región, con US\$ 64 mil millones de dólares acumulados.

Para tener una idea del peso que las inversiones provenientes de los países de la Unión Europea tienen en nuestras economías, basta con ver la participación que tienen dentro del stock de IED del Perú. Acorde a las cifras oficiales, para 2006 el stock acumulado de IED en el Perú ascendía a no menos de US\$ 15 mil millones, de los cuales nada menos el 59% correspondía a inversiones efectuadas por empresas procedentes de la Unión Europea.

**Composición de Stock de Inversión Directa Extranjera en el Perú, 2006**

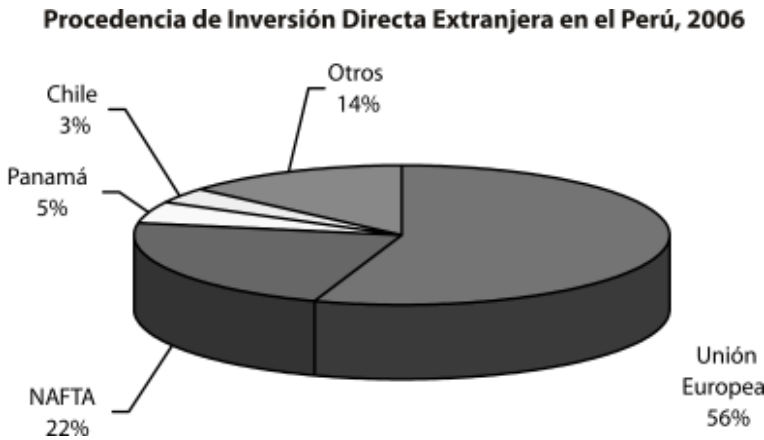
| <b>País</b>    | <b>Stock de Inversión</b> | <b>Porcentaje</b> |
|----------------|---------------------------|-------------------|
| ESPAÑA *       | 4.732                     | 31%               |
| REINO UNIDO *  | 2.716                     | 18%               |
| ESTADOS UNIDOS | 2.716                     | 18%               |
| PAÍSES BAJOS * | 820                       | 5%                |
| PANAMÁ         | 812                       | 5%                |
| CHILE          | 529                       | 3%                |
| MÉXICO         | 452                       | 3%                |
| BRASIL         | 336                       | 2%                |
| COLOMBIA       | 335                       | 2%                |
| CANADÁ         | 280                       | 2%                |
| SUIZA          | 273                       | 2%                |
| JAPÓN          | 233                       | 2%                |
| URUGUAY        | 164                       | 1%                |
| ITALIA *       | 159                       | 1%                |
| CHINA          | 122                       | 1%                |
| SINGAPUR       | 120                       | 1%                |
| BÉLGICA *      | 114                       | 1%                |
| OTROS          | 528                       | 3%                |
| <b>TOTAL</b>   | <b>15.442</b>             | <b>100%</b>       |

\*Países pertenecientes a la Unión Europea.

Fuente: PROMPERÚ.

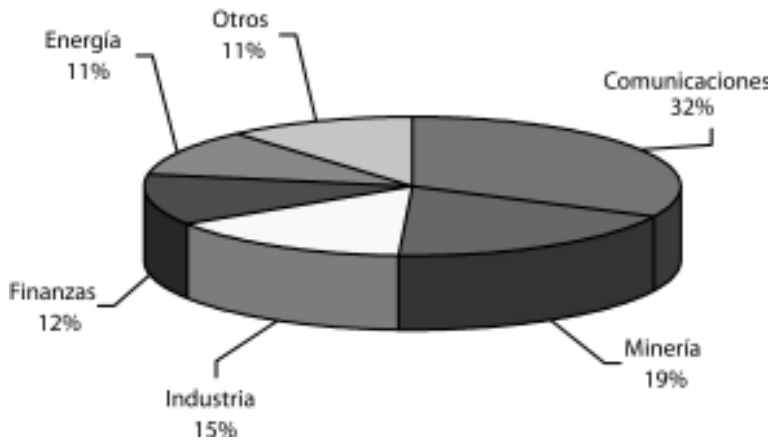
En este panorama, España destaca nítidamente como el principal inversionista extranjero en el Perú, con un stock acumulado de inversión de US\$ 4,732 millones, que equivale al 31% del total de la IED para 2006.

Más importante aún es que, si consideramos las inversiones provenientes de otros países integrantes de la Unión Europea, su peso dentro del stock total de inversiones asciende al 56%, muy por encima de cualquier otro bloque económico.



Finalmente, para los fines del presente estudio, resulta pertinente considerar cuáles son los rubros en donde se concentra la Inversión Extranjera Directa. Para el caso del Perú, merece resaltarse que los sectores económicos que han absorbido la mayor parte de estas inversiones son: Comunicaciones (con US\$ 4,974 millones de dólares), Minería (US\$ 2,882 millones), Industria (US\$ 2,302 millones), Finanzas (US\$ 1,865 millones) y Energía (con US\$ 1,650 millones).

**Distribución de la Inversión Directa Extranjera en el Perú  
por Sectores, 2006**



En suma, la información existente sobre los flujos comerciales y de inversiones entre la región andina y la Unión Europea nos presenta un panorama de profunda asimetría, tanto por los montos como por la naturaleza de la relación existente entre ambos bloques.

Así, para la CAN el comercio con los países de la UE es un componente clave de su economía; lo que no es el caso de la UE, pues la CAN es un socio extremadamente marginal para ella, representando menos del 1% de su comercio extracomunitario.

Mayor importancia representan los países andinos como destino para las inversiones europeas, aunque todavía sigue siendo un porcentaje pequeño. No obstante, deben señalarse algunas salvedades al respecto.

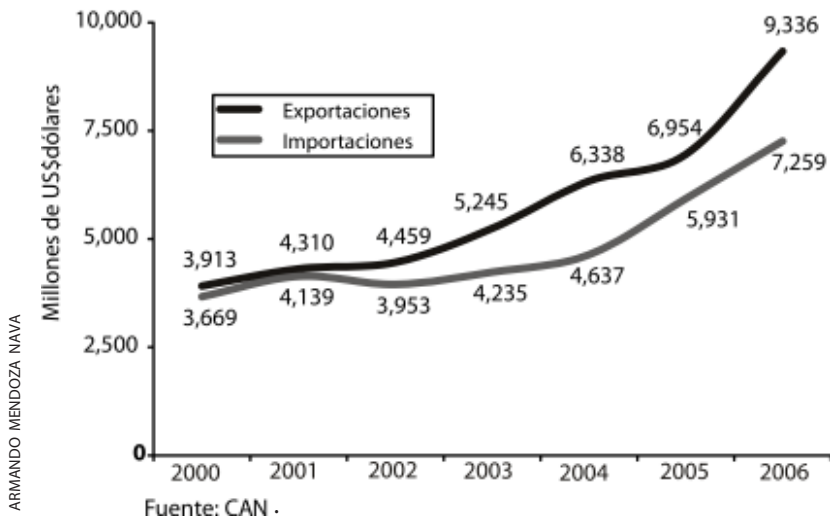
En primer lugar, la disparidad y asimetría entre la CAN y la UE es aún mayor en el tema de los IED, pues mientras las inversiones de las empresas originarias de países miembros de la UE en el área andina alcanzan montos considerables y abarcan áreas de enorme importancia, no sólo económica sino también política, social, cultural, etc.; por el contrario, las

inversiones provenientes de los países andinos en la Unión Europea son sólo marginales.

Por otro lado, es importante señalar que las IED provenientes de la UE proceden de un número relativamente reducido de países, donde algunos como España y Reino Unido son, con mucha ventaja, los más destacados. En efecto, debe resaltarse la situación de España como origen de parte considerable de la IED de la UE en nuestros países –es el principal inversionista en el Perú– lo que podría explicarse, entre otras razones, por una serie de factores tales como identidad histórica, afinidad cultural, idioma común, relativa cercanía geográfica, etc.

Finalmente, aunque la Comunidad Andina es apenas un socio menor para la Unión Europea, el intercambio comercial entre ambos bloques ha venido creciendo de manera sostenida, siendo que el valor acumulado de las exportaciones andinas prácticamente se triplicó entre 2000 y 2006.

**Comercio de la Comunidad Andina con la Unión Europea,  
2000 - 2006**



Más importante aún es el hecho de que este flujo comercial nos ha sido regularmente favorable, con un saldo positivo en la balanza entre exportaciones e importaciones, siendo que para 2006 dicho saldo en nuestro favor ascendió a unos US\$ 2 mil millones de dólares.

Lo anterior establece, entonces, una perspectiva positiva de lo que es la relación económica entre la CAN y la UE, con posibilidades evidentes de crecimiento e integración mutua; si bien dichas expectativas tienen que ser contrastadas contra los beneficios y perjuicios que los países andinos derivaran de los compromisos asumidos en un acuerdo de integración con la UE, especialmente en el campo de las inversiones.



## **4. LA PERSPECTIVA DE LA UNIÓN EUROPEA**

### **4.1. Marco General**

El desarrollo y fortalecimiento de las relaciones comerciales entre la Unión Europea y otros países, bajo un marco coherente e integral, es uno de los temas fundamentales que ha venido propulsando esta organización durante las últimas décadas.

Las razones primordiales que alimentan estos esfuerzos de la UE son tanto de carácter económico –acceso a mercados, protección de inversiones, etc.– como geopolíticos. En la medida en que el cada vez más complejo contexto internacional, marcado por el surgimiento del multilateralismo, exige a la UE el establecimiento de lazos de comunicación y articulación con otros bloques de naciones relevantes; con los cuales pueda aliarse en cuestiones estratégicas, cuyo rango va desde la lucha contra el terrorismo internacional hasta la imposición de estándares ambientales de carácter global.

De esta forma, en el afán de fomentar la integración comercial, la Unión Europea ha acordado y establecido una serie de manifiestos que establecen el marco general bajo el cual se pueden desarrollar acuerdos más específicos; tanto multilaterales (entre la Unión Europea como un todo y un país no miembro) como bilaterales (entre un país miembro de la Unión Europea y algún país no miembro).

Este afán por establecer «reglas de juego» genéricas ha incluido el tema de las inversiones, por lo que en los diversos acuerdos que la Unión Europea ha asumido se consideran –con mayor o menor grado de énfasis– disposiciones que apuntan a promover y crear un clima de seguridad y garantías para las inversiones, permitir el libre flujo de capitales y servicios, asegurar un trato justo para el inversionista extranjero, etc.

El marco general para estas políticas está dado por una serie de acuerdos globales tomados por la UE en el campo de la liberalización comercial, la

lucha contra la pobreza y el desarrollo sostenible; entre los que destaca el acuerdo de intercambio comercial y de asistencia, también conocido como Acuerdo de Cotonou.

## **4.2. El Acuerdo de Cotonou**

Suscrito en junio de 2000 entre la Unión Europea (conformada en ese momento por 15 países) y un conjunto de 79 países del África, Caribe y la cuenca del Pacífico, ex colonias europeas. Este Acuerdo establece, como sus objetivos principales, el contribuir a la erradicación de la pobreza y el fortalecimiento de las políticas de desarrollo sostenible; para lo cual formula un conjunto de principios sobre comercio, cooperación, democracia y buen gobierno, etc.

Estos principios del Acuerdo de Cotonou son particularmente importantes, ya que sirven como parámetro bajo el cual deben enmarcarse – idealmente– acuerdos y convenios más específicos entre la UE y los países desarrollados, tal como el Acuerdo CAN-UE. Así, entre estos principios planteados, destacan los siguientes:

### **● Igualdad de las partes y autonomía en las estrategias de desarrollo**

Implica que las negociaciones y acuerdos deben darse en un ambiente de igualdad entre las partes; pero, más importante, reconoce que los países disfrutan de autonomía para decidir cómo debe ser su desarrollo económico y social.

Este es un punto clave para el caso de los países andinos, considerando las diferentes políticas de desarrollo que actualmente vienen aplicando.

### **● Participación de la sociedad civil**

Lo que significa que las negociaciones deben ser transparentes y abiertas a la sociedad civil, el sector privado y los gobiernos subnacionales. Este es otro principio clave, pues reconocería –para el caso del Perú– que las regiones y municipios son partes interesadas y que deben ser incluidos en los mecanismos de participación.

### ● **Diálogo y obligaciones mutuas**

El espíritu del Acuerdo de Cotonou no está limitado a cuestiones económicas y financieras, sino que también propone obligaciones y objetivos mutuos de desarrollo social y económico: respeto a los derechos humanos, lucha contra la corrupción, difusión de prácticas democráticas, etc., que deben ser verificables.

Este punto es igualmente pertinente para los países andinos, ya que el posible acuerdo CAN-UE no debe ser visto como una mera herramienta comercial, sino también como un medio para avanzar en el campo de los derechos sociales, la participación ciudadana, etc.

### ● **Diferenciación y regionalización**

Se reconoce la necesidad de establecer mecanismos diversos y tratos diferenciados para países que en virtud de sus características económicas, políticas, sociales, geográficas, etc. se consideren que encaran riesgos o dificultades especiales.

Este principio es particularmente importante para el caso de Bolivia, que por diversos factores –económico (una de las naciones más pobres de la región), políticos (incipiente democracia e inestabilidad social) y geográficos (mediterraneidad)– podría reclamar excepción de algunos de los términos y compromisos que se establezcan en el Acuerdo CAN-UE. Al respecto, debe destacarse que actualmente, la Unión Europea ha establecido una clasificación para determinados países ex colonias, que precisamente se basa en las condiciones o características (geográficas, históricas, socioeconómicas, etc.) excepcionales de dichos países, lo que justifica un tratamiento diferenciado y preferencial:

### ● **Países menos desarrollados**

Angola, Benin, Burkina Faso, Burundi, Cabo Verde, República Centroafricana, Chad, Islas Comoro, República Democrática del Congo, Djibouti, Guinea Ecuatorial, Eritrea, Etiopía, Gambia, Guinea, Guinea-Bissau, Haití, Kiribati, Lesotho, Liberia, Madagascar, Malawi, Malí, Mauritania, Mozambique, Níger, Ruanda, Samoa, São Tome y Príncipe, Sierra Leona, Islas Salomón, Somalia, Sudán, Tanzania, Tuvalu, Togo, Uganda, Vanuatu, Zambia.

● **Países mediterráneos**

Botswana, Burkina Faso, Burundi, República Centroafricana, Chad, Etiopía, Lesotho, Malawi, Malí, Níger, Ruanda, Swazilandia, Uganda, Zambia, Zimbabwe.

● **Países islas**

Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Cabo Verde, Comoros, Islas Cook, Dominica, República Dominicana, Fiji, Grenada, Haití, Jamaica, Kiribati, Madagascar, Mauricio, Nauru, Niue, Papúa Nueva Guinea, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y Granadinas, Samoa, São Tomé y Príncipe, Seychelles, Salomón, Islas Tonga, Trinidad y Tobago, Tuvalu, Vanuatu.

Bajo dicha clasificación, los países favorecidos pueden ser receptores de ayuda económica especial, así como acceder a facilidades comerciales excepcionales debido a las condiciones particulares que enfrentan.

### **4.3. Las Inversiones del Acuerdo de Cotonou**

En el Capítulo Cuarto del Acuerdo, que trata sobre la Cooperación Financiera, se incluyen provisiones específicas sobre el tratamiento a las inversiones y el apoyo y garantías que estas deben recibir por parte de los gobiernos.

- Aplicar medidas para fomentar la participación de los inversionistas privados en el proceso de desarrollo.
- Crear y mantener un clima de inversión previsible y seguro.
- Animar a los inversionistas provenientes de la UE a invertir en los países del África, Caribe y la cuenca del Pacífico.
- Facilitar la constitución de asociaciones y sociedades mixtas de inversión.
- Patrocinar foros para la promoción de la inversión extranjera.
- Fomentar la captación de financiamiento privado para inversiones en infraestructura.
- Reforzar las actividades de las agencias nacionales de promoción de inversiones, para atraer la inversión extranjera.

- Difundir información sobre oportunidades de inversión.
- Fomentar el diálogo, la cooperación y la asociación entre empresas privadas de la UE y empresas de los países del África, Caribe y la cuenca del Pacífico.

Así, el artículo 75° establece un marco general de compromisos dirigido a la promoción de inversiones, tanto domésticas como foráneas, a ser adoptados por los países miembros, entre los que se incluye:

Asimismo, en el texto del Acuerdo de Cotonou se incluyen artículos referidos al apoyo y financiamiento de la inversión doméstica y foránea, así como referidos a la protección y las garantías otorgadas a las inversiones.

En lo referente a este último punto, el acuerdo establece que dentro del marco de cooperación con la UE deberán establecerse mecanismos de seguro y reaseguro que cubran a la inversión extranjera frente a los siguientes riesgos:

- Incertidumbre jurídica.
- Expropiaciones.
- Barreras al flujo de capitales.
- Conflictos internos y externos.
- Rescisión de contrato.

Finalmente, la protección a las inversiones es tratada específicamente en el artículo 76°, incluyendo el respaldo al establecimiento de acuerdos bilaterales de inversión y –aparentemente– convenios específicos alrededor de proyectos individuales (como los convenios de estabilidad jurídica del Estado peruano) entre los países suscriptores del Acuerdo de Cotonou; convenios que incorporen mecanismos y dispositivos aceptados internacionalmente para la promoción y protección de las inversiones:

#### ARTÍCULO 78

##### *Protección de las inversiones*

*1. Los Estados ACP y la Comunidad y sus Estados miembros, en el marco de sus competencias respectivas, afirman la necesidad de promover y proteger las inversiones de cada una de las Partes en sus territorios respectivos y, en este contexto, afirman la importancia de celebrar, en interés mutuo, acuerdos de promoción y protección de las inversiones que puedan constituir también la base de sistemas de seguro y garantía.*

*2. Con el fin de fomentar las inversiones europeas en proyectos de desarrollo puestos en marcha por iniciativa de los Estados ACP y que revistan una importancia particular para ellos, la Comunidad y los Estados miembros, por una parte, y los Estados ACP, por otra parte, también podrán celebrar acuerdos relativos a proyectos específicos de interés mutuo, a cuya financiación contribuyan la Comunidad y empresas europeas.*

*3. Las Partes también convienen en introducir, en el marco de los acuerdos de asociación económica y en cumplimiento de las competencias respectivas de la Comunidad y sus Estados miembros, principios generales de protección y promoción de las inversiones, que incorporarán los mejores resultados registrados en las instancias internacionales competentes o bilateralmente.*

En resumen, el Acuerdo de Cotonou resulta ser una declaración seminal, que ha establecido las bases para el desarrollo de las políticas de promoción y difusión de las inversiones entre los países de la UE y sus contrapartes de los países en vías de desarrollo.

Al respecto, debe destacarse que los lineamientos establecidos en Cotonou no sólo son válidos para los países que suscribieron el Acuerdo; sino que Cotonou establece el marco a partir del cual la UE y sus países miembros han negociado y establecido acuerdos comerciales, de cooperación y de promoción y protección a las inversiones, con otras regiones y bloques, como los países andinos.

#### **4.4. La Promoción de la Inversión Extranjera Directa en las Políticas de la UE**

Como ya se ha visto, la Unión Europea considera la promoción y protección a la Inversión Extranjera Directa (IED) como uno de los elementos claves para el desarrollo económico; y, en ese sentido, sus acuerdos y políticas han apuntado consistentemente a mejorar las condiciones para las inversiones de empresas y empresarios pertenecientes a sus países miembros, impulsando el fortalecimiento de la estabilidad legal y la disminución del riesgo para dichas inversiones.

De esta forma, las políticas de la UE con respecto a las inversiones suscriben el establecimiento de reglas claras y universales, enmarcándose en los principios establecidos por la Organización Mundial del Comercio dentro de su Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (GATS), y en los Lineamientos para las Empresas Multinacionales establecidos por la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OECD), entre otros.

En consonancia con lo anterior, las políticas de la UE para las negociaciones y establecimiento de acuerdos apuntan de manera general a los siguientes objetivos:

- Priorización de las inversiones de largo plazo.
- Fortalecimiento de la transparencia.
- Asegurar un marco regulador claro y preservar el derecho de los países a regular.
- Eliminar las barreras a la entrada de inversiones.
- Promover el tratamiento nacional para las inversiones extranjeras.
- Garantizar el libre flujo de capitales y de personal.

La posición de la UE sobre las inversiones mantiene un carácter de superposición y complementariedad respecto a las políticas individuales de cada país miembro. En ese sentido, este bloque regional estable-

ce un marco general al cual se suscriben los países miembros, el cual guía y enmarca sus políticas particulares.

De esta manera los acuerdos que la UE ha suscrito, tales como los Acuerdos de Asociación con Chile, México y otros países, incluyen fundamentalmente lineamientos generales, correspondiéndole a los acuerdos específicos que los países miembros de la UE establecen individualmente, conocidos como Acuerdos o Tratados Bilaterales de Inversión (BIT), las precisiones y disposiciones detalladas para el tratamiento de las inversiones.

#### **4.5. Post Cotonou: Los Acuerdos de Asociación Económica (EPA)**

Los principios para la cooperación e integración económica y comercial que estableció el Acuerdo de Cotonou, son, como ya se ha visto, de naturaleza general. Por ello, la Unión Europea ha establecido –como parte integral de su política hacia los países en vías de desarrollo–, una política de acuerdos y compromisos más precisos, que recojan con mayor fidelidad las necesidades y requerimientos de sus contrapartes y ofrezcan propuestas y soluciones más específicas.

El Acuerdo de Cotonou, que se estableció en 2000, consideraba como uno de sus objetivos fundamentales el facilitar la integración económica y política de los países africanos, caribeños y del Pacífico (Grupo ACP) que eran ex colonias, no sólo con la Unión Europea, sino en general con un mundo crecientemente globalizado.

Bajo esta perspectiva, Cotonou fue el punto de partida para un masivo proceso de negociación de acuerdos sobre temas comerciales, de cooperación, etc., con el objetivo de establecer los ya mencionados Acuerdos de Asociación Económica (Economic Partnership Agreements), también conocidos como EPA; proceso que continúa hasta el momento, aunque con marcados altibajos y dificultades.

#### **4.6. Esquema General y Situación Actual de la Negociación de los EPA**

En el Acuerdo de Cotonou se ha asumido que el proceso de integración económica y política de los países del Grupo ACP al resto del mundo tomará al menos 20 años, periodo a lo largo del cual se debería ir desarrollando y fortaleciendo la apertura comercial, la liberalización económica y la democratización política, entre otras prioridades.

La UE ha considerado que el Grupo ACP, al estar conformado por países que encaran –en su enorme mayoría– graves problemas de pobreza, exclusión social e inestabilidad política, merece acceder a un tratamiento especial, con facilidades e incentivos para su desarrollo económico y social. Y a ello, supuestamente, apuntan los EPA.

Considerando la cantidad de países implicados por ambos lados en el proceso (25 por la Unión Europea y 77 por el Grupo ACP), se ha asumido que la realización de un acuerdo global es inviable, dada la diversidad de países involucrados y su enorme heterogeneidad económica, política, social, etc. Asimismo, y por las mismas razones, la realización de acuerdos individuales con cada país de la ACP también ha sido descartada.

Como el Acuerdo de Cotonou reconoce el principio de diferenciación y regionalización, la negociación de los EPA ha sido establecida como una negociación entre bloques, donde a los países del Grupo ACP se les ha subdividido en subgrupos regionales:

- La Unión Económica y Monetaria del Oeste Africano<sup>18</sup>.
- La Comunidad Económica y Monetaria del África Central<sup>19</sup>.
- La Comunidad del Desarrollo del África del Sur<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Integrada por Benin, Burkina Faso, Costa de Marfil, Ghana, Nigeria, Cabo Verde, Guinea Bissau, Gambia, Guinea, Liberia, Mauritania, Sierra Leona, Malí, Níger, Senegal y Togo.

<sup>19</sup> Conformada por Camerún, República Centroafricana, Congo, Gabón, Guinea Ecuatorial y Chad.

<sup>20</sup> Constituida por Angola, Mozambique, Botswana, Namibia, República Democrática de Congo, Sudáfrica, Lesotho, Swazilandia, Madagascar, Tanzania, Malawi, Mauricio y Zimbabwe.

- La Comunidad del África del Este<sup>21</sup>.
- La Región Pacífico<sup>22</sup>.
- El Foro Caribeño de los Estados Africanos, Caribeños y del Pacífico<sup>23</sup>.

Cada uno de estos subgrupos viene negociando paralelamente su EPA con la Unión Europea. El proceso de negociación, que empezó a finales de 2002, estaba previsto para su conclusión el 31 de diciembre de 2007, fecha en que las preferencias comerciales vigentes entre la UE y el Grupo ACP expirarían; en cumplimiento del marco de la OMC y sus disposiciones contra el tratamiento preferencial, discriminatorio y no recíproco que han recibido los países del Grupo ACP.

Las esperanzas puestas en el establecimiento de los EPA como un marco integral y coherente para la integración económica, política y social entre los países europeos y sus ex colonias, compatible con los dictados de la OMC, hasta el momento no se han concretado. El proceso de negociación ha encarado graves problemas de coordinación y conciliación de posiciones, lo que ha significado que para finales de 2007 imperase la incertidumbre y el desorden respecto al cumplimiento de los plazos y compromisos establecidos en la negociación.

Así, dentro de los bloques regionales, frecuentemente no ha sido posible alcanzar unanimidad en las posiciones y propuestas a plantear frente a la UE; con grupos de países asumiendo posiciones contrarias y manteniéndose divididos respecto al ritmo y la manera de avanzar en el proceso de negociación.

<sup>21</sup> Integrada por Kenya, Uganda, la República Unida de Tanzania, Djibouti, Eritrea, Etiopía, Malawi, Sudán, Zambia, Madagascar, Burundi y Ruanda.

<sup>22</sup> Compuesta por Islas Cook, Fiji, Kiribati, Islas Marshall, Estados Federados de Micronesia, Nauru, Niue, Palau, Papúa Nueva Guinea, Samoa, Islas Salomón, Tonga, Tuvalu y Vanuatu.

<sup>23</sup> Conformado por Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Dominica, Guyana, Haití, Jamaica, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas,

Como resultado, las negociaciones vienen encarando serios retrasos, pues mientras algunos bloques regionales han declarado la imposibilidad de concluir la negociación de su respectivo EPA dentro de los plazos previstos, otros bloques han optado por establecer acuerdos y compromisos parciales. Adicionalmente, al interior de los mismos bloques regionales han surgido «sub bloques» que vienen proponiendo establecer sus propios EPA con la UE, e incluso existen casos de países que pretenden establecer EPA individuales con la Unión Europea.

Una salida provisional al desfase existente en el proceso de negociación fue encontrada en el establecimiento de EPA «interinos» (también conocidos como «EPA-Lite») como compromisos transitorios para mantener vivas las negociaciones. Sin embargo, para mediados de diciembre de 2007 menos de la mitad de los miembros del Grupo ACP (35 países sobre 77) había aceptado suscribir estos EPA «interinos».

Actualmente, el grado de avance en la negociación y acuerdo de los diversos EPA está profundamente marcado por la heterogeneidad y el estancamiento. Sólo la Comunidad Caribeña<sup>24</sup> ha logrado concluir formalmente su EPA con la Unión Europea, estando previsto que dicho acuerdo sea suscrito a mediados de 2008.

Un hecho que debe destacarse es la existencia de un numeroso grupo de países –integrantes de los diversos bloques regionales– que pese a no haber avanzado en el proceso de negociación de los EPA, tanto individual como colectivamente, pueden seguir exportando a la UE gracias a mecanismos preferenciales establecidos ex profeso; entre los cuales el más importante es la asignación del estatus de «País Menos Desarrollado» (Least Developed Country) o LDC, que permite a dichos países acceso a los mercados de la UE y facilidades comerciales excepcionales, sin necesidad de contraprestación.

Es interesante señalar que estos mecanismos de trato comercial preferente, sin contrapartida, pueden equipararse a la figura del ATPDEA<sup>25</sup> que Santa Lucía, Surinam y Trinidad y Tobago.

<sup>24</sup> Conocida como CARICOM.

<sup>25</sup> Andean Trade Preference and Drug Eradication Act.

Estados Unidos estableció en 1991 en favor de los países andinos, y que hasta la fecha se mantiene vigente; el cual permite la entrada de las exportaciones de nuestros países a los mercados estadounidenses, como un mecanismo para promover el desarrollo económico y social, apoyar la lucha antidrogas y el desarrollo sostenible<sup>26</sup>.

**Estatus de las Negociaciones de los EPA entre la Unión Europea y el Grupo de Países ACP**

|                                                                      |                                                                                                                                                                                                                                                               |
|----------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Unión Económica y Monetaria del Oeste Africano                       | No se ha logrado un acuerdo regional y se ha ampliado el periodo de negociacion por 18 meses. Entretanto, se han establecido acuerdos interinos con Costa de Marfil y Ghana, y se han ofrecido facilidades temporales para exportar a los restantes miembros. |
| Comunidad Económica y Monetaria del África Central                   | Ha sido imposible un acuerdo regional. Camerún ha iniciado un acuerdo interno con la UE. Algunos países continúan sus procesos de negociación, otros los han paralizado.                                                                                      |
| Comunidad del Desarrollo del África del Sur                          | Botswana, Mozambique, Swazilandia y Lesotho han suscrito un acuerdo interino. Sudáfrica y los restantes países de la región continúan negociando y exportando bajo facilidades provisionales.                                                                 |
| Comunidad del África del Este                                        | Se han logrado dos acuerdos interinos. Djibouti, Eritrea, Etiopía, Malawi, Sudán y Zambia continúan exportando a la UE bajo facilidades especiales.                                                                                                           |
| Región Pacífico                                                      | Papua Nueva Guinea y Fiji han suscrito un acuerdo interino. los restantes países de la región continúan negociando y exportando bajo facilidades provisionales.                                                                                               |
| El Foro Caribeño de los Estados Africanos, Caribeños y del Pacífico. | Concluyó su proceso de negociación con la UE en diciembre de 2007, aprobando un EPA que será suscrito formalmente a mediados de 2008.                                                                                                                         |

**Fuente: Unión Europea.**

<sup>26</sup>Aunque originalmente el ATPDEA estaba previsto que finalizase en diciembre de 2006, su vigencia ha sido extendida en repetidas oportunidades. A la fecha, su vigencia está prevista hasta diciembre de 2008.

Un hecho que debe destacarse es la existencia de un numeroso grupo de países –integrantes de los diversos bloques regionales– que pese a no haber avanzado en el proceso de negociación de los EPA, tanto individual como colectivamente, pueden seguir exportando a la UE gracias a mecanismos preferenciales establecidos ex profeso; entre los cuales el más importante es la asignación del estatus de «País Menos Desarrollado» (Least Developed Country) o LDC, que permite a dichos países acceso a los mercados de la UE y facilidades comerciales excepcionales, sin necesidad de contraprestación.

Es interesante señalar que estos mecanismos de trato comercial preferente, sin contrapartida, pueden equipararse a la figura del ATPDEA<sup>1</sup> que Estados Unidos estableció en 1991 en favor de los países andinos, y que hasta la fecha se mantiene vigente; el cual permite la entrada de las exportaciones de nuestros países a los mercados estadounidenses, como un mecanismo para promover el desarrollo económico y social, apoyar la lucha antidrogas y el desarrollo sostenible<sup>26</sup>.

#### **4.7. El Tratamiento de las Inversiones en los Acuerdos de Asociación Económica (EPA)**

Aunque hasta el momento no se ha logrado concretar un EPA definitivo con algunas de las regiones de países ex colonias europeas, existen una serie de propuestas y borradores que circulan extraoficialmente, los cuales nos permiten dar alguna visión sobre cuáles son los principales planteamientos que guían a la UE en materia de inversiones.

Los distintos borradores de EPA generalmente coinciden en la mayoría de puntos centrales, mostrando sólo diferencias menores. Así, por ejemplo, revisando los borradores de estos acuerdos entre la UE y la Región Pacífico, la Comunidad del Desarrollo del África del Sur y la Unión Económica y Monetaria del Oeste Africano, encontramos un elevado grado de estandarización, pues las diversas propuestas trabajadas incluyen el tema de las inversiones como un capítulo considerado en la parte que trata sobre «Comercio y Cuestiones Relacionadas con el Comercio». El capítulo de inversiones es más precisamente definido como «Establecimiento, Comercio en Servicios y Comercio Electrónico».

El tema de inversiones en los EPA contiene un conjunto de importantes precisiones y provisiones –en consonancia con los principios planteados por Cotonou– que son relevantes de cara a la negociación del Acuerdo CAN-UE:

- La promoción y atracción de inversiones extranjeras directas no puede sustentarse en la rebaja de los estándares ambientales, laborales, de salud, etc., existentes.

De esta forma, no es admisible que un país ofrezca –como parte de un paquete de incentivos a la inversión– degradar sus requerimientos y estándares legales.

- Se provee flexibilidad a los países en vías de desarrollo para especificar un listado de compromisos –en relación al establecimiento de inversiones y el comercio transfronterizo de servicios– que son considerados fundamentales para su desarrollo nacional, y en donde buscan establecer limitaciones y provisiones especiales.

- En lo referente al principio de Nación Más Favorecida (NMF), los borradores de los EPA incluyen ciertas precisiones que resultan relevantes para la CAN:

- a) Los países ex colonias sólo se verán obligados a ofrecer a los países de la UE trato similar al que estén ofreciendo a los llamados «Principales Países Comerciantes» (Estados Unidos, China, Japón, Brasil, etc.).

Las ex colonias no están obligadas a ofrecer a la UE un trato similar al que estén dando a países con economías menores.

- b) Segundo, se le reconoce a los países ex colonias el derecho a tener –entre ellos– mejores condiciones mutuas, que las ofrecidas a la UE.

Esto es particularmente importante para el caso de la Comunidad Andina, la cual podría defender un trato superior entre sus países miembros, respecto a las condiciones ofrecidas a los países de la UE.

c) Finalmente, se reafirma un principio de homogeneidad: las facilidades y beneficios que un país determinado (por ejemplo, Perú) ofrezca individualmente a la UE, automáticamente serán extensibles a los otros países de la región o bloque (en este caso, la Comunidad Andina).

- El traslado de personas es un punto crítico para la UE, que propone una serie de precisiones para facilitar el movimiento de profesionales claves o de alto nivel: vendedores de servicios, ejecutivos y personal especializado, etc.

Se indica, sin embargo, la opción de establecer restricciones específicas al movimiento de personal en relación con determinados sectores económicos que un país considere como claves.

- Es importante destacar que, en el caso de las propuestas de la UE respecto a inversiones foráneas, sólo se están considerando lo que se denomina «inversiones pro desarrollo»; es decir, inversiones directas y no lo correspondiente a portafolios de inversiones.

Aún más interesante es que no se consideran los temas de expropiaciones, protección contra expropiaciones, adquisición o cesión forzada por el Estado, ni mecanismos de protección del inversionista. Queda entendido que estos temas se reservan para negociación mediante tratados de inversión bilaterales (BIT) individuales entre países ex colonias y países miembros de la UE.

- De la misma forma, es importante señalar que los textos propuestos consideran provisiones en lo referente a regulación y apertura de **sectores claves para el desarrollo**; tales como las telecomunicaciones, servicios financieros, transporte marítimo, etc.

- Particular énfasis se pone en la integración entre los bloques regionales.

En resumen, el contenido de las diversas propuestas de EPA que la UE viene trabajando son –no sorprendentemente– muy similares entre sí;

puesto que se adscriben a los lineamientos generales establecidos por el bloque europeo para sus negociaciones comerciales.

En lo referente al tratamiento de inversiones, los EPA propuestos se centran alrededor del establecimiento de inversiones y el comercio transfronterizo de servicios: financieros, personales, etc.

Entre los temas que son específicamente mencionados figuran: Acceso al Mercado, Trato Nacional, Nación Más Favorecida; así como el establecimiento de compromisos mutuos para revisar progresivamente la legislación de ambas partes, a fin de liberalizar el flujo de inversiones.

De la misma forma, es importante destacar la precisión de la cobertura del acuerdo; pues se indica que los compromisos sobre establecimiento de inversiones comprenden a todas las actividades económicas, con la excepción de:

- Actividades mineras y manufactureras relacionadas con materiales nucleares.
- Producción de armamentos y municiones.
- Servicios audiovisuales.
- Servicios marítimos de cabotaje.
- Servicios de transporte aéreo.

Un último aspecto a resaltar del contenido de estos acuerdos es su complementariedad con otros instrumentos jurídicos, tales como los convenios bilaterales de inversión, los tratados comerciales específicos, los acuerdos individuales Estado-inversionista, etc.; con los cuales se superpone y combina a fin de ofrecer a las empresas y empresarios de origen europeo el máximo de protección y facilidades.

#### **4.8. Los Acuerdos de Integración Económica de la Unión Europea: Los Antecedentes Latinoamericanos**

Más allá de los principios establecidos en el Acuerdo de Cotonou y los EPA en proceso de negociación con los países africanos, caribeños y del

Pacífico ex colonias, los antecedentes más relevantes para el Grupo Andino de lo que sería un acuerdo económico y comercial con la UE están dados por los Acuerdos de Integración ya existentes con otros países latinoamericanos.

En ese sentido, resulta relevante considerar los alcances establecidos por los Acuerdos de Integración que la Unión Europea ha establecido con Chile y México; países que por un conjunto de factores, tales como su cercanía geográfica, características sociopolíticas comunes, etc., resultan relativamente cercanos a los países de la Comunidad Andina.

#### **4.9. El Acuerdo Chile-UE: Lineamientos e Implicancias en el Rubro de Inversiones**

Como una referencia cercana y directa de lo que podría esperarse en el tema de inversiones, de concluirse exitosamente la negociación con la CAN, puede tomarse lo establecido en el Acuerdo de Asociación que la UE suscribió con Chile en 2002, concluyendo un proceso que tomó tres años y 10 rondas de negociación.

El Acuerdo Chile-UE sigue un esquema de «marco general», formulando planteamientos bajo los cuales se establecen compromisos globales que son comunes y válidos para todos los suscriptores. En ese sentido, debe recordarse que por el lado de la UE estamos considerando un total de 27 países miembros, los cuales –a pesar de los grandes esfuerzos de homogenización legal– mantienen diferencias alrededor de temas comerciales y de inversiones.

De esta forma, el acuerdo con Chile pone énfasis en los temas de promoción de inversiones, la creación de un ambiente abierto y amigable para las inversiones y el comercio transfronterizo de servicios, el acceso a trato nacional y trato más favorable, etc. entre otras disposiciones; indicando, asimismo, que acuerdos y compromisos más específicos podrán ser establecidos individualmente entre Chile y los países miembros.

#### 4.9.1. Disposiciones Generales sobre Promoción de Inversiones

En dicho acuerdo existe una sección sobre Promoción de Inversiones, con un sentido general y más bien declarativo.

##### ARTÍCULO 21

##### *Promoción de las inversiones*

*1. El objetivo de la cooperación será ayudar a las Partes a promover, en el marco de sus respectivas competencias, un ambiente atractivo y estable para la inversión recíproca.*

*2. La cooperación incluirá en particular lo siguiente:*

- a) creación de mecanismos de información, identificación y difusión de normas y oportunidades en materia de inversión;*
- b) desarrollo de un marco jurídico para las Partes favorable a la inversión, mediante la celebración, según corresponda, de acuerdos bilaterales entre los Estados miembros y Chile para promover y proteger la inversión y evitar la doble imposición/tributación;*
- c) incorporación de actividades de asistencia técnica para iniciativas de capacitación entre los organismos gubernamentales de las Partes que se ocupan de esta materia; y*
- d) desarrollo de procedimientos administrativos uniformes y simplificados.*

De esta forma, el acuerdo entre la UE y Chile no incluye mayores especificaciones en el campo de las inversiones, sino que establece un marco genérico bajo el cual se puedan desarrollar acuerdos bilaterales de manera directa con los diversos países miembros del bloque europeo. Debe indicarse que las disposiciones sobre promoción de inversiones han sido incluidas dentro del Título I: Cooperación Económica del tratado.

#### 4.9.2. Trato Nacional y Otros

Dentro de las disposiciones de Acuerdo más específicas sobre comercio de bienes y servicios, se incluyen una serie de disposiciones que consagran el principio de trato nacional, así como el respeto a los acuerdos bilaterales establecidos por separado entre Chile y los países integrantes de la Unión Europea.

##### ARTÍCULO 132

###### *Trato nacional*

*En los sectores inscritos en el Anexo X y de conformidad con las condiciones y salvedades previstas en el mismo, con respecto al derecho de establecimiento, cada Parte otorgará a las personas jurídicas y a las personas físicas/naturales de la otra Parte un trato no menos favorable que el otorgado a sus propias personas jurídicas y físicas/naturales que realicen una actividad económica similar.*

##### ARTÍCULO 133

###### *Derecho de reglamentación*

*De conformidad con lo dispuesto en el artículo 132, cada Parte podrá regular el establecimiento de las personas jurídicas y físicas/naturales.*

##### ARTÍCULO 134

###### *Disposiciones finales*

- 1. Por lo que se refiere al presente Capítulo, las Partes confirman sus derechos y obligaciones vigentes en virtud de los acuerdos bilaterales o multilaterales en los que sean parte.*
- 2. Con vistas a la liberalización progresiva de las condiciones de inversión, las Partes confirman su compromiso de revisar el marco jurídico de inversión, el ambiente de inversión y los flujos de inversión entre sí, de conformidad con sus compromisos en acuerdos internacionales de inversión, en un plazo no superior a tres años tras la entrada en vigor del presente Acuerdo.*

El artículo 134 establece específicamente que mientras las partes se comprometen a respetar los acuerdos ya establecidos y vigentes en el área de las inversiones, de la misma forma, se comprometen a revisar las condiciones establecidas con la finalidad de mejorar y flexibilizar las condiciones para las inversiones, fijándose un plazo de tres años para realizar dicho proceso de revisión.

Las excepciones al trato nacional, tanto por parte de Chile como por parte de los diversos países integrantes de la Unión Europea, son listados en el anexo X del Acuerdo de Asociación. Para el caso de Chile, este se ha reservado excepciones para el trato nacional en los siguientes casos:

- Empresas extranjeras sujetas a los regímenes especiales de inversión (Decreto Ley 600<sup>27</sup> y Ley 18657<sup>28</sup>).
- Inversiones en zonas fronterizas y costeras.
- Propiedades y activos de empresas y entidades estatales.
- Requisitos de residencia para posesión de terrenos agrícolas.
- Derechos y preferencias otorgados a los pueblos indígenas.
- Posesión de concesiones y licencias para actividades de acuicultura.
- Actividades de extracción pesquera en el mar territorial<sup>29</sup> y la zona económica exclusiva de Chile<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> El Decreto Ley 600 (promulgado en 1974), establece el Estatuto de la Inversión Extranjera en Chile, que es un régimen especial y voluntario de inversión para extranjeros en Chile.

<sup>28</sup> La Ley 18657, Ley de Fondos de Inversión de Capital Extranjero, establece las condiciones y parámetros específicos que rigen para las inversiones de fondos de inversión de capitales foráneos en Chile.

<sup>29</sup> Corresponde a las primeras 12 millas marinas desde la costa y constituye una proyección del territorio continental o insular por lo que el Estado ejerce soberanía plena.

<sup>30</sup> La Zona Económica Exclusiva, también denominada «Mar Patrimonial», es el área marítima en que un Estado tiene derechos especiales/exclusivos de exploración y explotación de recursos. Esta zona se extiende sobre las 188 millas marinas contiguas más allá de la línea de término del Mar Territorial

- Potestad exclusiva de la Comisión Chilena de Energía Nuclear
- Para producción de energía nuclear con fines pacíficos.
- Establecimiento de empresas dedicadas a la explotación de mi-

Este último acápite es de particular interés y debe ser visto con mayor detalle. Los términos del Acuerdo Chile-UE le reservan a Chile el derecho de aplicar una serie de restricciones para la entrada de empresas foráneas al sector minero, por ejemplo, con relación a la explotación de minerales radioactivos:

*Limitaciones al trato nacional por lo que respecta al establecimiento*  
*C. Explotación de minas y canteras*

*El Estado tiene, al precio y las modalidades habituales del mercado, el derecho de **primera opción de compra de los productos mineros originados en explotaciones desarrolladas en el país en los que el torio o el uranio** tengan presencia significativa.*

*El Estado podrá exigir que los productores separen de los productos mineros la porción de sustancias no concesibles que estén presentes en cantidades significativas en dichos productos y que pueda separarse económica y técnicamente para su entrega o venta en nombre del Estado. A estos efectos, la separación económica y técnica implica que los costos incurridos en la recuperación de las sustancias involucradas, a través de un procedimiento técnico adecuado, así como en su comercialización y entrega, deberá ser menor que el valor comercial de tales sustancias.*

*La exploración, la explotación y el beneficio del litio, yacimientos de cualquier tipo existentes en aguas marítimas sometidas a jurisdicción nacional y yacimientos de cualquier tipo situados total o parcialmente en zonas determinadas de importancia para la seguridad nacional con efectos mineros, cuya calificación será hecha exclusivamente por ley, podrá ser objeto de concesiones administrativas o de contratos espe-*

*ciales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo.*

*Los materiales atómicos naturales y el litio extraído, así como los concentrados, derivados y compuestos de los mismos no podrán ser objeto de acto jurídico alguno, salvo cuando sean ejecutados o celebrados por la Comisión Chilena de Energía Nuclear, con ésta o con su autorización previa. Si la Comisión estima que es aconsejable otorgar tal autorización, deberá determinar sus condiciones.*

*La exploración, la explotación y el beneficio de los hidrocarburos líquidos o gaseosos, yacimientos de cualquier tipo existentes en aguas marítimas sometidas a jurisdicción nacional y aquellas situadas total o parcialmente en determinadas zonas de importancia para la seguridad nacional con efectos mineros, cuya calificación será hecha exclusivamente por ley, podrán ser objeto de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo. Para mayor certeza, se entiende que el término beneficio no incluye el almacenamiento, transporte o refinamiento del material energético a que se hace referencia en este párrafo.*

Así entre las disposiciones que el Estado chileno se ha reservado figuran: la primera opción de compra para productos que contengan torio y uranio, la separación de sustancias no concesibles con presencia significativa en los productos mineros, el tratamiento especial a concesiones mineras y de hidrocarburos ubicadas en zonas estratégicas o en las aguas territoriales, y la potestad de la Comisión Chilena de Energía Nuclear de decidir y autorizar transacciones de materiales atómicos.

#### **4.9.3. Movimiento de Capitales y Salvaguardias**

En términos generales, el Acuerdo Chile-UE enuncia como objetivo central la liberalización progresiva del movimiento de capitales, aunque sin llegar a establecer disposiciones específicas, y reconociendo la existencia de excepciones y medidas de salvaguardia:

#### ARTÍCULO 163

##### *Objetivo y ámbito de aplicación*

*1. Las Partes procurarán la liberalización de los pagos corrientes y los movimientos de capital entre sí, de conformidad con los compromisos contraídos en el marco de las instituciones financieras internacionales y teniendo debidamente en consideración la estabilidad monetaria de cada una de las Partes.*

*2. El presente Título es aplicable a todos los pagos corrientes y movimientos de capital entre las Partes.*

#### ARTÍCULO 164

##### *Cuenta corriente*

*Las Partes permitirán los pagos y transferencias de la Cuenta Corriente entre las Partes en divisas de libre convertibilidad y de conformidad con los artículos del Acuerdo (o Convenio Constitutivo) del Fondo Monetario Internacional.*

#### ARTÍCULO 165

##### *Cuentas de capital*

*Respecto de los movimientos de capital de la Balanza de Pagos, a partir de la entrada en vigor del presente Acuerdo, las Partes permitirán la libre circulación de capitales relacionados con inversiones directas realizadas de conformidad con la legislación del país receptor e inversiones realizadas de conformidad con lo dispuesto en el Título III de la presente Parte, así como la liquidación o repatriación de dichas inversiones y de las ganancias que hayan generado.*

#### ARTÍCULO 166

##### *Excepciones y medidas de salvaguardia*

*1. Cuando, en circunstancias excepcionales, los pagos y movimientos de capital entre las Partes causen, o amenacen causar, serias dificultades para el funcionamiento de la política monetaria o de la política cambiaria de cualquiera de las Partes, la Parte afectada podrá adoptar respecto de los movimientos de capital las medidas de salvaguardia que sean estrictamente necesarias, por un período no superior a un año. La aplicación de las medidas de salvaguardia podrá ser prolongada mediante su renovación formal.*

*2. La Parte que adopte las medidas de salvaguardia informará a la otra Parte sin demora y presentará, lo más pronto posible, un calendario para su eliminación.*

Es importante indicar que las causales para la aplicación de las excepciones al movimiento de capitales no están detalladas, sino que son definidas de manera genérica como «circunstancias excepcionales» que causan o amenazan causar dificultades en la política monetaria y cambiaria de una de las partes. Así, no hay referencias o parámetros técnicos que permitan mayor precisión sobre que se entendería por «serias dificultades para el funcionamiento de la política monetaria o de la política cambiaria».

De la misma forma, no se precisan cuáles son las medidas de salvaguardia específicas que las partes pueden aplicar, con el texto del Acuerdo limitándose a indicar que serán las «estrictamente necesarias» y que la aplicación de estas medidas deberá ser informada de inmediato a la otra parte.

En ese sentido, algunas precisiones adicionales sobre las salvaguardias son presentadas en el artículo 195, donde se señala que si una de las partes experimenta dificultades o amenazas a su balanza de pagos o finanzas externas, podrá adoptar medidas restrictivas bajo las siguientes condiciones:

- Podrán aplicarse sobre el comercio de bienes y servicios, y sobre los pagos y movimientos de capital, incluyendo los relacionados con la inversión extranjera directa.
- Estas medidas restrictivas deberán ser no discriminatorias. Deberán ser de duración limitada y presentar un calendario para su eliminación.
- No deberán ir más allá de lo que sea necesario para remediar la situación de la balanza de pagos y financiera externa.
- Deberán ser conformes a las condiciones establecidas en los Acuerdos de la OMC y/o coherentes con los artículos del Acuerdo (o Convenio Constitutivo) del FMI.

- Las medidas restrictivas serán evaluadas por el Comité de Asociación, que determinara su pertinencia y posibles alternativas.

Un punto a considerar, en relación a lo anterior, es que el texto del Acuerdo especifica que la vigencia de las medidas de salvaguardia no podrá ser superior a un año. Sin embargo, al mismo tiempo, admite su renovación formal una vez terminado dicho plazo; lo que en la práctica abriría la puerta para la aplicación indefinida de salvaguardias por tanto tiempo como la situación de la política monetaria y cambiaria del país lo requiera.

Adicionalmente, el anexo XIV del Acuerdo precisa una serie de excepciones y reservas que Chile establece con respecto al movimiento de capitales, promoción de inversiones, y estabilidad monetaria. Así, entre las principales reservas que Chile ha logrado destacar las siguientes:

- Mantener los requisitos establecidos por la legislación chilena (Decreto Ley 600, Ley 18657) para el traslado de capitales al exterior<sup>31</sup>.
- Dichos dispositivos establecen que los fondos generados por la venta de la inversión de una persona natural o jurídica extranjera que se haya acogido a un plan de inversión voluntaria, no podrán ser transferidos al exterior antes de transcurrir un año (Decreto Ley 600) y cinco años (Ley 18657) desde la fecha de la entrada del capital extranjero a Chile.
- Preservar el derecho a establecer en el futuro programas especiales de inversión de carácter voluntario para la inversión extranjera en Chile.
- Mantener la potestad del Banco Central de Chile de mantener o adoptar medidas que velen por la estabilidad monetaria y financiera.

<sup>31</sup> Así, por ejemplo, la Ley 18657 establece que no podrán efectuarse remesas al exterior del capital aportado antes de cinco años, contados desde la fecha en que se realizó el aporte.

- Entre esas medidas que el Banco Central de Chile se reserva, figuran la regulación de la cantidad de dinero y de crédito en circulación, la ejecución de las operaciones de crédito y cambios internacionales, límites y restricciones a los pagos y transferencias desde o hacia Chile, y el establecimiento de encajes obligatorios a los depósitos, inversiones y créditos que provengan o se destinen al exterior.

Por otro lado, en el mismo anexo, queda nuevamente reafirmado el principio de no discriminación: al aplicar las salvaguardas y reservas, Chile no podrá discriminar entre empresas y personas de la Comunidad Europea y empresas y personas de cualquier tercer país respecto de operaciones de la misma naturaleza.

#### 4.9.4. Vinculación a Acuerdos Bilaterales

Como ya se ha mencionado, el Acuerdo Chile-UE, antes que fijar disposiciones específicas, actúa como un marco que plantea objetivos generales, bajo el cual pueden establecerse y desarrollarse acuerdos directos entre los países suscriptores. Esto queda explícitamente indicado en las disposiciones finales sobre pagos y movimientos de capital (artículos 167 y 168), donde se recalca el compromiso de ambas partes a respetar los acuerdos vigentes.

##### ARTÍCULO 167

##### *Disposiciones finales*

*1. Respecto al presente Título, las Partes confirman los derechos y obligaciones vigentes en virtud de los acuerdos bilaterales o multilaterales en los que sean parte.*

*2. Para fomentar los objetivos del presente Acuerdo las Partes se consultarán con el fin de facilitar los movimientos de capital entre sí.*

#### 4.9.5. Régimen Tributario y Aplicación de Impuestos

El Acuerdo de Asociación Chile-UE establece también una serie de aclaraciones referentes a la aplicación de los regímenes tributarios naciona-

les. Así, el artículo 196 señala en su primer párrafo que queda preservado el derecho de cada país a establecer distinciones entre contribuyentes según su lugar de residencia o según ubicación de la inversión, lo que de alguna forma resguarda parte de la potestad del Estado para desarrollar una política tributaria autónoma.

#### ARTÍCULO 196

##### *Impuestos*

*1. Ninguna de las disposiciones de esta Parte del Acuerdo o de acuerdos adoptados en virtud de éste Acuerdo deberá interpretarse de modo que impida a las Partes, en la aplicación de las disposiciones pertinentes de su legislación tributaria, distinguir entre contribuyentes que no se encuentran en la misma situación, en particular por lo que se refiere a su lugar de residencia o al lugar donde está invertido su capital.*

*2. Ninguna de las disposiciones de esta Parte del Acuerdo ni de cualquier acuerdo adoptado en virtud del presente Acuerdo, podrá interpretarse de modo que impida la adopción o ejecución de cualquier medida destinada a prevenir la evasión o elusión de impuestos conforme a las disposiciones fiscales/tributarias de convenios para evitar la doble tributación/imposición, u otros acuerdos sobre tributación, o de la legislación fiscal/tributaria nacional.*

*3. Ninguna de las disposiciones de esta Parte del Acuerdo afectará a los derechos y obligaciones de cualquiera de las Partes en virtud de un convenio fiscal/tributario. En caso de incompatibilidad entre el presente Acuerdo y un convenio de esa naturaleza prevalecerán las disposiciones de dicho convenio respecto de la incompatibilidad.*

De la misma forma, se consagra la potestad de cada país de aplicar medidas de lucha contra la evasión y elusión de impuestos, acorde a su legislación propia.

Un último e importante acápite es el referido a la preeminencia de los convenios establecidos directamente por los inversionistas con un Estado. Así, se establece que las obligaciones y derechos asumidos median-

te dichos convenios no pueden ser afectados por las disposiciones del Acuerdo.

Las implicancias de lo anterior son considerables para el caso del Perú, donde existe una estructura bien desarrollada de Convenios de Estabilidad Jurídica y Tributaria que viene de los años 90, existiendo actualmente cientos de acuerdos de ese tipo suscritos por el Gobierno peruano y empresas extranjeras, muchas de ellas provenientes de países integrantes de la Unión Europea. Así, bajo el precedente del Acuerdo Chile-UE, un acuerdo similar con la CAN no afectará los términos establecidos en los convenios de estabilidad vigentes que nuestro país haya suscrito con empresas individuales.

#### **4.9.6. Conclusión: El Acuerdo Chile-UE como una Estructura Marco**

Aunque el nivel de detalle y precisiones a que se llega en el texto mismo del Acuerdo es sólo general, por otro lado, los anexos contienen algún mayor nivel de detalle en algunos rubros claves como el trato nacional. Por ejemplo, el anexo X lista la relación de excepciones y reservas que en tal tema tienen, no sólo Chile, sino también los diferentes países que conforman el bloque europeo.

¿Cómo se ubica entonces el Acuerdo de Asociación dentro de la estructura legal que rige las relaciones entre Chile y los países de la UE? En realidad, el Acuerdo debe ser considerado como una herramienta que establece un marco genérico sobre temas comerciales, legales, tratamiento de inversiones, cooperación, etc.

Es justamente dentro de este marco genérico que se firman y desarrollan acuerdos y convenios específicos –por participantes, temas, objetivos, etc.– bajo términos que deben estar en armonía con lo que ha sido establecido en el Acuerdo de Asociación.

**Status de los Países Miembros de la Unión Europea con Chile  
sobre el Tratamiento de Inversiones**

| <b>Países de la Unión Europea</b>                      |                                                        |
|--------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------|
| <b>Con Acuerdos Bilaterales de Inversión con Chile</b> | <b>Sin Acuerdos Bilaterales de Inversión con Chile</b> |
| Alemania                                               | Bulgaria                                               |
| Austria                                                | Chipre                                                 |
| Belgica                                                | Eslovaquia                                             |
| Dinamarca                                              | Eslovenia                                              |
| España                                                 | Estonia                                                |
| Finlandia                                              | Irlanda                                                |
| Francia                                                | Letonia                                                |
| Grecia                                                 | Lituania                                               |
| Holanda                                                | Malta                                                  |
| Hungría                                                |                                                        |
| Italia                                                 |                                                        |
| Luxemburgo                                             |                                                        |
| Polonia                                                |                                                        |
| Portugal                                               |                                                        |
| Reino Unido                                            |                                                        |
| República Checa                                        |                                                        |
| Rumania                                                |                                                        |
| Suecia                                                 |                                                        |

**Fuente: UNCTAD**

Así, puede decirse que la misión del Acuerdo de Asociación es establecer lineamientos generales, claros y entendibles –mínimos y máximos– sobre lo que se puede y no se puede decidir entre Chile y los países de la UE en sus acuerdos individuales. Por otro lado, el Acuerdo de Asociación sirve como equivalente del acuerdo específico, en la medida de lo posible, para el caso de países de la Unión Europea que no hayan firmado tales acuerdos con Chile.

En esta forma, para el caso del tratamiento de inversiones, los países de la Unión Europea se dividen en dos grupos: aquellos cuyos inversionistas, aparte de contar con la protección ofrecida por el Acuerdo de Asociación también gozan de los beneficios y precisiones establecidos mediante convenios específicos con Chile (Acuerdos Bilaterales de Inversión o BIT), y aquellos países integrantes de la UE que no tienen convenios directos con Chile y deben remitirse a lo establecido en el Acuerdo de Asociación –y a instrumentos más globales, como los lineamientos de la OMC– para la protección de sus inversiones.

#### **4.10. El Acuerdo México-UE: Lineamientos e Implicancias en el Rubro de Inversiones**

Otro antecedente relevante sobre los términos y parámetros establecidos por la UE en el tema de inversiones está dado por los compromisos fijados en el Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación con México. Las negociaciones formales se iniciaron en 1998 con la creación del Consejo Conjunto del Acuerdo Interino, y tras nueve rondas de negociación, el Acuerdo fue aprobado a inicios de 2000.

##### **4.10.1. Disposiciones Generales sobre Inversiones**

Al igual que en el caso de Chile, en el Acuerdo México-UE se ha establecido una disposición que sirve como marco general fijando los principales lineamientos a los cuales deben adecuarse las partes en lo referente a la protección y promoción de inversiones:

###### *ARTÍCULO 15*

###### *Fomento de las inversiones*

*Las Partes contribuirán a establecer condiciones atractivas y estables para las inversiones recíprocas.*

*Esta cooperación se traducirá, entre otras cosas, en lo siguiente:*

*a) mecanismos de información, de identificación y de divulgación de las legislaciones y de las oportunidades de inversión;*

- b) apoyo al desarrollo de un entorno jurídico favorable a la inversión entre las Partes, en caso necesario mediante la celebración entre México y los Estados miembros de acuerdos de promoción y de protección de las inversiones y de acuerdos destinados a evitar la doble imposición;*
- c) el desarrollo de procedimientos administrativos armonizados y simplificados;*
- d) el desarrollo de mecanismos de inversión conjunta, en particular con las pequeñas y medianas empresas de las Partes.*

Como se ha señalado, las disposiciones del artículo 15 son fundamentalmente genéricas y declarativas, invocando al trato justo, las reglas de juego claras y la cooperación.

De esta forma, este Acuerdo es –como el chileno– de naturaleza global, sirviendo como el marco bajo el cual se puedan desarrollar convenios específicos con los integrantes del bloque europeo.

Así, en el mismo artículo 15, en su acápite b), se hace mención a la validez y necesidad de acuerdos específicos que precisen y cubran aquellos temas que no están detallados en el Acuerdo Global, como es el caso de la doble tributación.

De la misma forma, el documento establece compromisos generales en el campo de los servicios financieros: cooperación entre las partes, intercambio de información, fomento de la competitividad de los servicios financieros, etc., pero sin entrar en mayores detalles, tarea que es dejada para posteriores dispositivos.

#### **ARTÍCULO 16**

##### *Servicios financieros*

*1. Las Partes se comprometen a establecer una cooperación en el sector de los servicios financieros de conformidad con su legislación, sus reglamentos y políticas y con las normas y disciplinas del AGCS, teniendo en cuenta su interés mutuo y sus objetivos económicos a largo y a mediano plazo.*

2. Las Partes convienen en trabajar juntas, bilateral y multilateralmente, para aumentar su entendimiento y conocimiento mutuo sobre sus respectivos entornos comerciales y para realizar intercambios de información sobre reglamentos financieros, supervisión y control financieros y demás aspectos de interés común.
3. Esta cooperación tendrá, en particular, el objetivo de fomentar el mejoramiento y la diversificación de la productividad y la competitividad en el sector de los servicios financieros.

Precisiones adicionales sobre el tratamiento de las inversiones son señaladas en los anexos y documentos complementarios<sup>32</sup>. Así, la Decisión 2/2001 del Consejo Conjunto Unión Europea-México de febrero de 2001 contiene una serie de disposiciones (artículos 28, 33 y 34) en su Título III, donde se establece la definición de inversión así como lineamientos sobre información y transparencia, entorno legal estable, etc.; así como sobre la adhesión y respeto a los compromisos y acuerdos globales fijados en instancias internacionales:

#### *Título III - Inversión y pagos relacionados*

##### *Artículo 28 - Definiciones*

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

##### *Artículo 33 - Fomento de la inversión entre las Partes*

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

<sup>32</sup> En particular las decisiones establecidas por el Consejo Conjunto Unión Europea-México.

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

*Artículo 34 - Compromisos internacionales sobre inversión*

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

Como colofón a lo anterior, también en los anexos se estableció el compromiso de ambas partes de revisar su legislación vigente sobre tratamiento y promoción de inversiones en un plazo de tres años, a fin de avanzar en una progresiva desregulación y facilitación de inversiones:

*Artículo 35 - Cláusula de Revisión*

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

#### 4.10.2. Pagos y Movimiento de Capitales Relacionados con Inversiones

Aunque las precisiones sobre las facilidades y garantías otorgadas a las inversiones no forman parte del texto central, estas sí se encuentran desarrolladas con mayor profundidad en los compromisos establecidos por el Consejo Conjunto del Acuerdo México-UE; particularmente en el articulado de la Decisión 2/2001. Tal es el caso de las cuestiones referidas a los pagos y movimientos de capital que estén relacionados con inversiones efectuadas por una parte en el territorio de la otra parte.

*Artículo 29 - Pagos relacionados con inversión*

*1. Sin perjuicio de los artículos 30 y 31, las restricciones a los pagos relacionados con inversión entre las Partes serán progresivamente eliminadas. Las Partes se comprometen a no introducir nuevas restricciones a los pagos relacionados con una inversión directa a partir de la entrada en vigor de esta Decisión.*

*2. Las restricciones a los pagos relacionados con inversiones en el sector servicios que han sido liberalizadas de conformidad con el título II de esta Decisión, serán eliminadas conforme al mismo calendario.*

Así, el artículo 29 del Título III de los anexos reconoce la vigencia de determinadas restricciones al movimiento de capitales relacionados con la inversión extranjera directa, pero simultáneamente establece dos claros compromisos para las partes:

- No creación de nuevas imposiciones o restricciones al movimiento de capitales.
- Eliminación progresiva de las restricciones a los pagos relacionados con inversiones en el sector servicios.

### 4.10.3. Salvaguardias al Movimiento de Capitales

De manera similar a lo establecido en el Acuerdo Chile-UE, en el artículo 30 de la Decisión 2/2001 del Consejo Conjunto México-Unión Europea existen disposiciones específicas sobre salvaguardas al movimiento de capitales en circunstancias especiales.

Las excepciones son fundamentalmente las mismas que en el modelo chileno: dificultades de la política monetaria y cambiaria, y en la balanza de pagos. Y al igual que en el caso chileno, se establece un plazo máximo para su aplicación, la obligación de informar a la otra parte y presentar un calendario para su eliminación.

#### *Artículo 30 - Dificultades por políticas cambiaria y monetaria*

*1. Cuando, en circunstancias excepcionales, los pagos relacionados con inversión entre las Partes causen, o amenacen con causar, serias dificultades para la operación de las políticas cambiaria o monetaria de una Parte, esa Parte podrá aplicar las medidas de salvaguarda que sean estrictamente necesarias, por un período no mayor a seis meses. La aplicación de las medidas de salvaguardia podrá ser prolongada mediante su nueva introducción formal.*

*2. La Parte que adopte la medida de salvaguardia informará a la otra Parte sin demora y presentará, lo más pronto posible, un calendario para su eliminación.*

#### *Artículo 31 - Dificultades en la balanza de pagos*

*1. Cuando México o uno o más Estados Miembros enfrenten dificultades fundamentales de balanza de pagos, o una amenaza inminente de la misma, México, o la Comunidad o el Estado Miembro de que se trate, según sea el caso, podrá adoptar medidas restrictivas con respecto a pagos, incluyendo transferencias de montos por concepto de la liquidación total o parcial de la inversión directa. Tales medidas deberán ser equitativas, no discriminatorias, de buena fe, de duración limitada y no irán más allá de lo que sea necesario para remediar la situación de balanza de pagos.*

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

Sin embargo, en el modelo mexicano también se deja una puerta abierta para la extensión de las salvaguardias; pues en el mismo artículo 30 se indica que dichas salvaguardias pueden ser prolongadas mediante su reintroducción formal, sin dar mayores detalles ni establecer requisitos adicionales.

¿Cómo interpretar esto? Considerando que no se dan mayores detalles sobre la validez o la aprobación de la prolongación de las salvaguardias, resulta tentador asumir que esto deja la puerta abierta para mantener de manera prolongada –e incluso indefinida– restricciones al movimiento de capitales.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que esa hipotética posibilidad de abuso de uso irrestricto de las salvaguardias está no sólo mediatizado por la obligación de informar y coordinar con la contraparte –según establece el mismo artículo 30– sino también por las disposiciones establecidas en los acuerdos específicos (BIT) de promoción y protección de inversiones, así como en los acuerdos y parámetros globales fijados por organismos multilaterales como OMC, FMI, BID, etc. Más aún, en los mismos anexos se ha incluido el artículo que específicamente dispone que las transferencias de fondos provenientes de liquidación de inversiones o de ganancias generadas por dichas inversiones, no son afectadas por las salvaguardias.

*Artículo 32 - Transferencias*

*La liquidación y transferencia al exterior de cualquier inversión directa realizada en México por residentes de la Comunidad o en la Co-*

*munidad por residentes de México, y cualesquier ganancias provenientes de tal inversión, no serán afectadas por las disposiciones del artículo 30.*

**4.10.4. Conclusión: El Acuerdo México-UE como una Estructura Marco**

Al igual que en el caso chileno, el Acuerdo con México también tiene la naturaleza de marco general, que establece los límites máximos y mínimos sobre los cuales pueden fijarse compromisos y acuerdos más precisos.

En efecto, México ha firmado acuerdos bilaterales sobre inversiones con buena parte de los países que conforman la UE:

| Países de la Unión Europea                       |                                                  |
|--------------------------------------------------|--------------------------------------------------|
| Con Acuerdos Bilaterales de Inversión con México | Sin Acuerdos Bilaterales de Inversión con México |
| Alemania                                         | Bulgaria                                         |
| Austria                                          | Chipre                                           |
| Bélgica                                          | Dinamarca                                        |
| España                                           | Eslovaquia                                       |
| Finlandia                                        | Eslovenia                                        |
| Francia                                          | Estonia                                          |
| Grecia                                           | Hungría                                          |
| Holanda                                          | Irlanda                                          |
| Luxemburgo                                       | Italia                                           |
| Portugal                                         | Letonia                                          |
| República Checa                                  | Lituania                                         |
| Suecia                                           | Malta                                            |
|                                                  | Polonia                                          |
|                                                  | Reino Unido                                      |
|                                                  | Rumania                                          |

Fuente: UNCTAD.

TLC: BLINDANDO LA INVERSIÓN EXTRANJERA

En el caso de México, el proceso de establecimiento de acuerdos más precisos sobre inversiones no sólo ha estado a cargo de los convenios bilaterales (BIT) sino también a cuenta de compromisos multilaterales que son posteriores y complementarios al Acuerdo México-UE. Los cuales son resultado del trabajo del Consejo Conjunto del Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre los Estados Unidos Mexicanos y la Comunidad Europea y sus Estados miembros (también conocido como Consejo Conjunto México-Unión Europea); entidad de carácter permanente que tiene como misión armonizar y negociar temas accesorios y suplementarios al Acuerdo, así como resolver consultas, y que fue establecida en marzo de 2000.

Como ya se ha visto, este Consejo Conjunto ha alcanzado una serie de acuerdos, tales como la Decisión 2/2001, que tratan sobre temas claves para la inversión; como, por ejemplo, las restricciones al movimiento de capitales o la doble tributación.

De esta forma, puede decirse que la vinculación entre México y la Unión Europea en temas comerciales y de inversión se da sobre tres niveles: un primer nivel –global– dispuesto por el Acuerdo de Asociación mismo; un segundo nivel –intermedio– establecido por las decisiones del Consejo Conjunto, tras la suscripción del Acuerdo de Asociación; y, finalmente, un tercer nivel –más directo y específico– conformado por los acuerdos bilaterales de inversión que México ha firmado individualmente con diversos países de la UE.

#### **4.11. A modo de Conclusión**

La Unión Europea viene desarrollando una política de integración con otros bloques de países, la cual busca trascender lo meramente económico, a partir de los lineamientos impuestos por Cotonou y diversos compromisos internacionales (los acuerdos del GATT, principios OMC, etc.); e impulsando avances políticos y sociales que son de interés para la Comunidad Andina.

Los casos precedentes de México y Chile indican una estructura definida para la negociación de dichos acuerdos de integración, que tienen un

sentido mayormente general, y que se complementan con acuerdos más específicos de protección y promoción de inversiones.

Para el caso de los países andinos, resulta relevante señalar que tanto los enunciados del Acuerdo de Cotonou, como los contenidos de los Acuerdos de la UE con Chile y México, dejan lugar para diferencias en los tratamientos y excepciones a partir de la realidad de cada país. Esto ofrece perspectivas interesantes para implementar/mantener tratos diferenciados, en especial para países con economías menos desarrolladas o condiciones excepcionales (por ejemplo, la mediterraneidad de Bolivia o el estado de guerra interna de Colombia).

Sin embargo, lo anterior no debe ser asumido de manera exagerada, pues los Acuerdos de Integración de la Unión Europea apuntan precisamente a lo contrario: a establecer parámetros y posiciones comunes y homogéneas, especialmente en lo referente al tratamiento de inversiones. De esta forma, el proceso de negociación de la Comunidad Andina con la Unión Europea puede permitir matices y salvedades, pero no el excepcionalismo como regla; pues ello, en realidad, equivaldría a –y sería incluso más complicado que– negociar simultáneamente cuatro acuerdos separados.



## 5. LA PERSPECTIVA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Para los países andinos la negociación del Acuerdo con la UE representa un doble y simultáneo desafío. Por un lado, está el complejo proceso de alcanzar compromisos razonables con el bloque europeo, llegando a un equilibrio entre los beneficios y obligaciones que imponga el Acuerdo. Pero, por otro lado, existe el desafío «interno»: la necesidad de alcanzar posiciones comunes y unificadas entre los miembros de la Comunidad Andina. Esta tarea no es nada fácil, si consideramos las diferencias que se vienen arrastrando de muchos años en temas comerciales y otros; divergencias que se han visto exacerbadas por los desarrollos y procesos políticos de los últimos años.

De esta forma, el bloque andino no presenta una posición común y coherente, lo que es particularmente problemático en un tema complejo como el tratamiento de las inversiones. En consecuencia, el primer y quizás principal reto que nuestros países enfrentan son las dificultades para poder alcanzar compromisos al interior del bloque, de tal manera de presentar un frente común; o, en todo caso, establecer adecuadas diferencias y salvedades en la negociación.

¿Por dónde empezar a hallar tal espacio común? Un primer elemento es lo que ya existe avanzado por cada país en el campo de las garantías y facilidades ofrecidas a la inversión extranjera y consagrado mediante convenios con otras naciones. En ese sentido, la referencia más común y difundida son los Acuerdos Bilaterales de Inversión, que desde hace varios años los países de la región –sin excepción– han venido negociando y suscribiendo.

### 5.1. Los Acuerdos Bilaterales de Inversión (BIT) entre la UE y la CAN: Tendencias y Consecuencias

Como se vio en el capítulo anterior, los acuerdos de asociación establecidos entre la UE y un país determinado forman –idealmente– marcos generales bajo los cuales se ubican convenios más específicos establecidos individualmente por los integrantes de la UE. Tal ha sido la experien-

cia de los acuerdos Chile-UE y México-UE, por citar un par de ejemplos, en su proceso de vinculación con la Unión Europea; por lo que cabe esperar que tal situación se replique en el caso de concretarse el Acuerdo CAN-UE.

Lo anterior es especialmente relevante si se considera la heterogeneidad legal, administrativa y política de los países miembros de la CAN; entre los cuales hay profundas diferencias en las posiciones sobre temas fundamentales, como apertura de mercados o tratamiento de la inversión extranjera, lo que hace extremadamente arduo el alcanzar posiciones andinas comunes.

Bajo este contexto, una hipótesis que podría asumirse sería que el contenido de un posible Acuerdo CAN-UE procuraría –en la medida de lo posible– concentrarse en incidir en temas generales, sin entrar en excesivas precisiones, procurando eludir o mediatizar los puntos de conflictos. Los temas más precisos y controversiales serían relegados al campo de los convenios bilaterales que serían negociados país a país.

¿Qué podemos esperar entonces de un Acuerdo con la UE? Para tener una perspectiva de lo que se viene, es necesario considerar el precedente que establecen los acuerdos de asociación de la UE con otros países; tales como el de Chile o México, que por cercanía y afinidad geopolítica e histórica resultan los más relevantes para los países de la CAN.

Pero una segunda e importante referencia proviene de los BIT vigentes entre los diversos países miembros de la CAN con integrantes de la Unión Europea.

Así, el análisis de los términos establecidos en dichos BIT permite tener una idea de cuales serán las tendencias y objetivos que podrían prevalecer en la negociación con la UE; asumiendo que las excepciones y reservas que países específicos puedan tener y expresar durante el proceso de negociación no impidan el consenso y sean mediatizadas en la medida de lo posible a fin de lograr alcanzar un acuerdo entre ambos bloques.

## 5.2. Panorama de los BIT entre los Países de la CAN y la UE

Sí algo debe destacarse al analizar la situación de los BIT entre la UE y los países de la CAN es lo numeroso de estos, reflejo de muchos años de una intensa diplomacia económica entre Europa y la Región Andina. Así, a diciembre de 2007 el total de acuerdos de inversión establecidos individualmente entre países miembros de la Unión Europea y países miembros de la CAN ascendía a un total de 34 BIT<sup>32</sup>.

Esta cifra incluye tanto acuerdos vigentes como no vigentes, dado que por diversas razones algunos de estos BIT suscritos, o bien no han entrado en vigencia aún, o bien han sido sustituidos por acuerdos más recientes, o incluso han sido suspendidos o han encontrado dificultades en su aplicación por diversas razones legales. Tal fue, por ejemplo, el caso del Acuerdo de Protección y Promoción a las Inversiones, firmado entre los gobiernos de Colombia y Reino Unido en 1994; el cual fue declarado parcialmente *inexequible* –en otras palabras, inviable e inejecutable– por la Corte Constitucional de Colombia.

De los países actualmente miembros de la Comunidad Andina, Perú y Bolivia encabezan la lista de acuerdos establecidos, con 13 y 11 BIT firmados, respectivamente, y seguidos por Ecuador. Por otra parte, Colombia representa el caso opuesto, con apenas 3 BIT suscritos; lo que de alguna manera representa una situación paradójica, si consideramos el peso y desarrollo de la economía colombiana. Sin embargo, debe señalarse que dicho país, pese a haber asumido y desarrollado políticas públicas «pro mercado» y de tendencia neoliberal desde los años 90, no llegó a los extremos que dichas políticas alcanzaron en Perú, donde implicaron un profundo debilitamiento y desmantelamiento del Estado.

Hay que señalar que a estos acuerdos entre los países de la UE y la CAN deben agregarse –para fines del presente estudio– los acuerdos estable-

---

<sup>33</sup> Debe tenerse en cuenta que algunos de estos Acuerdos Bilaterales de Inversión si bien han sido suscritos, aún no han sido oficialmente ratificados y/o entrado en vigencia, por diversas razones.

cidos por otros países que están vinculados a la Comunidad Andina; como es el caso de Chile y Venezuela, quienes en su momento fueron miembros plenos de la CAN y aún hoy mantienen determinado grado de relación con la comunidad, con posibilidades de reingreso en el futuro<sup>34</sup>.

**BIT Establecidos entre Países Miembros y Ex – Miembros de la CAN y la UE**

| País                 | BIT suscritos con países de la UE |
|----------------------|-----------------------------------|
| Bolivia              | 8                                 |
| Colombia             | 3                                 |
| Ecuador              | 7                                 |
| Perú                 | 13                                |
| <b>Total CAN</b>     | <b>31</b>                         |
| <b>Chile</b>         | <b>18</b>                         |
| <b>Venezuela</b>     | <b>10</b>                         |
| <b>Total General</b> | <b>59</b>                         |

Fuente : UNCTAD.

De esta forma el total de BIT establecidos entre países miembros de la UE y países miembros o ex - miembros de la CAN asciende a 62. De estos países, Chile tiene el más alto grado de integración económica y comercial con la Unión Europea, no sólo por el Acuerdo de Asociación firmado en 2002, sino también por el considerable número de BIT (18) que ha suscrito con los diversos países de dicho bloque.

<sup>34</sup> Actualmente, Chile disfruta del estatus de «Miembro Asociado», al cual accedió en septiembre de 2006 mediante la Decisión 645 de la Comunidad Andina. Acorde a la citada Decisión, las materias de interés entre la CAN y Chile son el Desarrollo Humano y Social, el Fomento a la Educación, Salud, Energía, el Fomento a la Cooperación para el Comercio y la Inversión, la Coordinación frente al Asia-Pacífico, Medio Ambiente, Impulso a la Ciencia y Tecnología, Democracia y Derechos Humanos y, en particular, la profundización de las relaciones CAN-UE. Como «Miembro Asociado», Chile tiene un estatus inferior en la Comunidad Andina, sin las obligaciones de un «Miembro Pleno» (como el Perú, por ejemplo).

Por el lado de la Unión Europea, las naciones más activas en el desarrollo de BIT con la comunidad andina son, lógicamente, aquellas que tienen mayor peso económico y financiero y, por ende, mayores intereses en la región.

Así, dentro del bloque europeo los que registran mayor número de acuerdos bilaterales firmados (cuatro o más) con la Comunidad Andina son Francia, Italia, Alemania, Suecia y Holanda; a los que deben agregarse España y Reino Unido, que encabezan esta relación. Estos últimos son los únicos países de la UE que tienen acuerdos firmados con todas las naciones andinas o ex CAN (con seis BIT cada uno).

El proceso de suscripción de BIT es un fenómeno relativamente reciente, que está vinculado al establecimiento de políticas de liberalización económica y comercial, bajo el marco del «Consenso de Washington», el cual ganó hegemonía como directriz para las políticas de Estado durante los años 90. De esta forma, la mayoría de los procesos de negociación y establecimiento de BIT por parte de los países andinos tuvo lugar entre 1990 y 1999.

Es interesante constatar que fue Bolivia la pionera regional en el establecimiento de BIT con países de la UE, puesto que ya para finales de los años 80 esa nación había establecido sus primeros acuerdos para protección de inversiones con diversos países del bloque europeo, mientras que las restantes naciones andinas recién establecieron sus propios BIT a partir de la década de los 90.

Para finales de dicha década, el ritmo de negociación de los BIT UE-CAN había menguado a niveles mínimos, probablemente reflejando la ausencia de necesidad de nuevos acuerdos por parte de los países europeos interesados<sup>35</sup>. Más concretamente: para finales de los 90 prácticamente todos los países europeos con interés en establecer BIT en el área andina, o habían logrado dicho objetivo, o habían abandonado el proceso, por distintas razones.

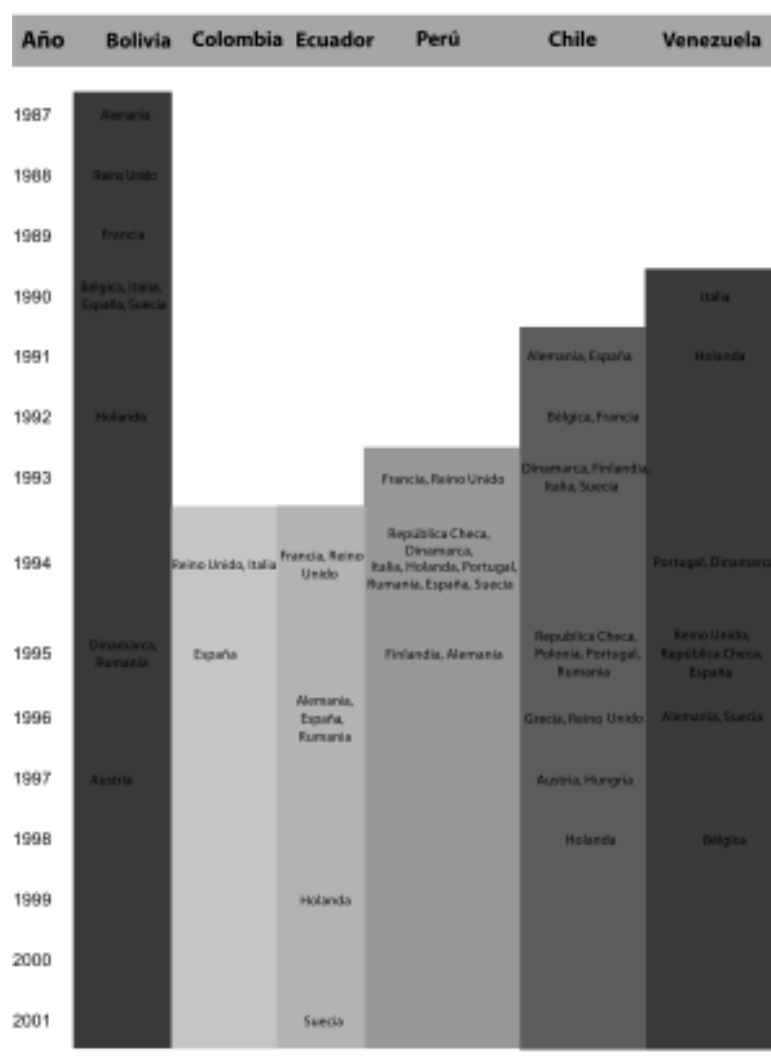
<sup>35</sup> Sin embargo, existen algunas excepciones, tal como es el caso del BIT entre Perú y Bélgica, negociado y suscrito en 2005 – 2006.

BIT entre países miembros y ex – miembros de la CAN y la UE

| País                   | Bolivia | Colombia | Ecuador | Perú | Chile | Venezuela |
|------------------------|---------|----------|---------|------|-------|-----------|
| 1 Alemania             | X       |          | X       | X    | X     | X         |
| 2 Austria              | X       |          |         |      | X     |           |
| 3 Bélgica              | X       |          |         | X    | X     |           |
| 4 Bulgaria             |         |          |         |      |       |           |
| 5 Chipre               | X       |          |         | X    | X     | X         |
| 6 Dinamarca            |         |          |         |      |       |           |
| 7 Eslovaquia           |         |          |         |      |       |           |
| 8 Eslovenia            |         |          |         |      |       |           |
| 9 España               | X       | X        | X       | X    | X     | X         |
| 10 Estonia             |         |          |         |      |       |           |
| 11 Finlandia           | X       |          | X       | X    | X     |           |
| 12 Francia             |         |          |         | X    | X     |           |
| 13 Grecia              |         |          |         | X    | X     |           |
| 14 Holanda             | X       |          | X       | X    | X     | X         |
| 15 Hungría             |         |          |         |      |       |           |
| 16 Irlanda             |         |          |         |      | X     |           |
| 17 Italia              | X       | X        |         | X    | X     | X         |
| 18 Letonia             |         |          |         |      |       |           |
| 19 Lituania            |         |          |         |      |       | X         |
| 20 Luxemburgo          |         |          |         |      | X     |           |
| 21 Malta               |         |          |         |      |       |           |
| 22 Polonia             |         |          |         |      | X     |           |
| 23 Portugal            |         |          |         | X    | X     | X         |
| 24 Reino Unido         | X       | X        | X       | X    | X     | X         |
| 25 República Checa     |         |          |         | X    | X     |           |
| 26 Rumanía             | X       |          | X       | X    | X     | X         |
| 27 Suecia              | X       |          | X       | X    | X     |           |
| Total de BIT suscritos | 11      | 3        | 7       | 13   | 18    | 10        |

Fuente: UNCTAD.

**Cronología del Proceso de Negociación y Establecimiento de BIT entre miembros de la UE y la CAN**



Fuente: UNCTAD.

TLC: BLINDANDO LA INVERSIÓN EXTRANJERA

De esta forma, el Acuerdo de Asociación entre la UE y la Comunidad Andina establecería un marco general a cuyos parámetros deberán ceñirse los países suscriptores al Acuerdo de uno y otro bloque. Y es bajo este marco general que se ubicarán los BIT que firmen individualmente los países de ambos bloques.

5.3. Los BIT entre los países andinos

Estos acuerdos bilaterales de inversión no sólo se han dado entre los países de la CAN y los países europeos, sino que, asimismo, existen al interior de la misma Comunidad Andina. En efecto, a la fecha se han firmado un total de 11 convenios bilaterales de inversión entre los diversos integrantes de la CAN.

BIT Suscritos entre Países de la Comunidad Andina, por Año de Suscripción

| País      | Bolivia | Colombia | Ecuador | Perú | Chile | Venezuela |
|-----------|---------|----------|---------|------|-------|-----------|
| Bolivia   |         |          | 1995    | 1993 | 1994  |           |
| Colombia  |         |          |         | 1994 | 2000  |           |
| Ecuador   | 1995    |          |         | 1999 | 1993  | 1993      |
| Perú      | 1993    | 1994     | 1999    |      | 2000  | 1996      |
| Chile     | 1994    | 2000     | 1993    | 2000 |       | 1993      |
| Venezuela |         |          | 1993    | 1996 | 1993  |           |

Fuente: SICE.

Al igual que en el caso de los acuerdos con los países de la Unión Europea, son Chile y Perú los que tienen mayor grado de consolidación en sus negociaciones sobre inversiones, puesto que cuentan con acuerdos establecidos con todo el grupo andino<sup>36</sup>. Similarmente, Colombia es el

<sup>36</sup> Incluyendo a Venezuela, país que actualmente está en proceso de retiro de la Comunidad Andina, el cual se anunció en abril de 2006. De acuerdo a la normatividad.../

país con menos avances en ese tema, dado que sólo ha suscrito un acuerdo con el Perú.

#### **5.4 Una Variante: El Tratado Comercial de los Pueblos**

Dentro del marco de acuerdos comerciales y económicos bilaterales y multilaterales existentes en la región andina, merece mencionarse, como fenómeno reciente y de trascendencia, el llamado Tratado Comercial de los Pueblos (TCP) firmado por un país miembro de la CAN (Bolivia), un ex país miembro de la CAN (Venezuela) y un tercer país (Cuba), no perteneciente al ámbito andino, pero que históricamente ha mantenido estrechos lazos con la región.

El TCP, también conocido como «Tratado de los Pueblos», es una iniciativa comercial lanzada como alternativa a los tratados de libre comercio impulsados y firmados por los Estados Unidos con los países latinoamericanos. El TCP fue formalmente suscrito por los gobiernos de Bolivia, Cuba y Venezuela en abril de 2006, y se encuentra en fase de implementación.

El TCP tiene un fuerte componente social y político al ser entendido como una herramienta de comercio e integración alternativa a los acuerdos y convenios tradicionales. Así, temas como la complementación productiva, intercambio de tecnología, reducción del analfabetismo, desarrollos culturales, provisión de servicios médicos, etc., que raramente son considerados en los acuerdos tradicionales, tienen un lugar destacado dentro de las disposiciones del Tratado.

---

/...de la CAN, desde el momento en que Venezuela anunció su renuncia, han cesado los derechos y obligaciones que se derivaban de su condición de Miembro, con la excepción de las ventajas recibidas y otorgadas de conformidad con el Programa de Liberación de la Subregión, las cuales permanecerán en vigencia por un plazo de cinco años a partir de la renuncia. Debe señalarse, sin embargo, que en agosto de 2006 la CAN y Venezuela suscribieron un Memorando de Entendimiento acordando mantener la plena vigencia de las ventajas comerciales recibidas y otorgadas mediante el Programa de Liberación de la Subregión Andina.

En lo referente al tratamiento de las inversiones, el TCP ha establecido una serie de provisiones y acuerdos dirigidos a la facilitación y fortalecimiento de inversiones recíprocas y complementarias en los diversos países; especialmente de inversiones que tengan un carácter mixto, público-privado. De la misma forma, la promoción de las empresas estatales en actividades internas y externas es otro componente de gran interés para los países miembros.

De esta manera, el texto oficial del Tratado Comercial de los Pueblos ha incorporado las siguientes disposiciones generales que apuntan a favorecer las inversiones conjuntas, garantizar el control de dichas inversiones por parte del país anfitrión, así como facilitar el establecimiento de entidades bancarias:

*Artículo 5: Las países acuerdan ejecutar inversiones de interés mutuo que pueden adoptar la forma de empresas públicas, binacionales, mixtas, cooperativas, proyectos de administración conjunta y otras modalidades de asociación que decidan establecer. Se priorizarán las iniciativas que fortalezcan las capacidades de inclusión social, la industrialización de los recursos, la seguridad alimentaria, en el marco del respeto y la preservación del medio ambiente.*

*Artículo 6: En los casos de empresas binacionales o trinacionales de connotación estratégica, las partes harán lo posible, siempre que la naturaleza y costo de la inversión lo permitan, para que el país sede posea al menos el 51 % de las acciones.*

*Artículo 7: Los países podrán acordar la apertura de subsidiarias de bancos de propiedad estatal de un país en el territorio nacional de otro país.*

Debe destacarse que los beneficios y ventajas acordados se dirigen – literalmente y en exclusividad – a las actividades estatales, mixtas, cooperativas y comunitarias. Disposiciones dirigidas a la inversión privada no han sido ni consideradas ni incluidas.

Lo anterior resulta más saltante si consideramos las facilidades tributarias recíprocas establecidas entre los países miembros, pues estas se circunscriben a las empresas públicas y mixtas, también obviándose a las empresas privadas:

*Acciones a desarrollar por Cuba en sus relaciones con Bolivia en el marco del ALBA y el TCP*

*UNDÉCIMO: Se exime de impuestos sobre utilidades a toda inversión estatal y de empresas mixtas bolivianas e incluso de capital privado boliviano en Cuba, durante el período de recuperación de la inversión.*

*Acciones a desarrollar por Venezuela en sus relaciones con Bolivia en el marco del ALBA y el TCP*

*SEGUNDO: Se exime de impuestos sobre utilidades a toda inversión estatal y de empresas mixtas bolivianas en Venezuela durante el período de recuperación de la inversión.*

*UNDÉCIMO: Venezuela otorgará facilidades para que empresas bolivianas públicas o mixtas puedan establecerse para la transformación, aguas abajo, de materias primas.*

*Acciones a desarrollar por Bolivia en sus relaciones con Cuba y Venezuela en el marco del ALBA y el TCP*

*TERCERO: Bolivia eximirá de impuesto sobre utilidades a toda inversión estatal y de empresas mixtas que se formen entre Bolivia y los Estados de Venezuela y Cuba.*

De esta forma, el TCP es fundamentalmente –en su componente sobre tratamiento de las inversiones– una herramienta exclusivamente centrada en defender y promover la actividad empresarial y las inversiones del Estado. Así, la carencia de disposiciones específicas sobre las inversiones transfronterizas de carácter privado –tanto de carácter promocional como regulatorio– es un elemento que diferencia decisivamente al TCP de los acuerdos bilaterales de inversión (BIT) suscritos en la región andina.

En suma, acuerdos de este tipo deben ser vistos bajo una óptica diferente a los tradicionales, pues se tratan, antes que nada, de instrumentos de cooperación política, social, cultural y económica entre Estados. En tal sentido, el TCP no está muy vinculado al desarrollo de procesos económicos, mercados, inversiones, etc. de naturaleza privada. En consecuencia, estos acuerdos –al circunscribirse casi totalmente al ámbito de la acción estatal– por sus limitaciones intrínsecas no resultan ser una verdadera estrategia alternativa a los acuerdos comerciales más tradicionales, de carácter más amplio, pues incluyen la actividad privada, y que tienen acción e impacto sobre la totalidad de la sociedad.

### **5.5. Principales Características de los BIT entre la UE y la CAN**

Por lo general, los BIT individualmente acordados entre países miembros de la UE y países de la CAN, siguen un patrón común en el establecimiento de garantías y beneficios para las inversiones. Lo anterior no implica que todos los BIT sean idénticos; por el contrario, existen numerosas variaciones de forma y contenido, no sólo entre los establecidos por diferentes países, sino inclusive entre los suscritos por un mismo país.

Dichas variaciones de contenido pueden ser explicadas por una serie de razones: procesos de negociación dispares, que lógicamente generan diferentes resultados; BIT desarrollados en diferentes años y que muestran diferencias que reflejan el proceso de evolución y optimización de esta clase de acuerdos; diferentes requerimientos y necesidades por las contrapartes, etc.

Sin embargo, más allá de dichas diferencias, la revisión de estos acuerdos demuestra que existen un conjunto de puntos o temas comunes que son normalmente incluidos en su texto. Estos temas comunes interpretan y representan las principales exigencias y reclamos de los inversionistas por seguridad jurídica, protección legal, trato justo, etc.

Para los fines del presente estudio, resulta conveniente dar un vistazo a los puntos comunes de los BIT, para lo cual, lógicamente, deben seleccionarse casos relevantes y representativos de las demandas más comunes de la UE en el capítulo de inversiones.

En ese sentido, debe destacarse nuevamente que España y el Reino Unido son los únicos países miembros de la UE que han establecido BIT con la totalidad de los países integrantes de la CAN; lo que reflejaría no sólo su peso económico, sino también su ligazón histórica con la región andina.

De lo anterior, resulta ilustrativo ver cuáles son los principales elementos componentes de los BIT establecidos por España, no sólo con los países de la CAN, sino con países que fueron anteriormente miembros de este bloque, que mantienen algún grado de vinculación (Chile)<sup>37</sup> o que se encuentran en proceso de retiro de la Comunidad (Venezuela)<sup>38</sup>.

## **5.6. Acuerdos Bilaterales de Inversión (BIT) entre España y Países Miembros de la CAN**

En general, los términos establecidos en los distintos acuerdos entre España y los países andinos siguen un modelo estándar, con ligeras variaciones que evidencian la evolución en el tiempo, así como en la teoría y práctica de las negociaciones comerciales; reflejando asimismo las adaptaciones a especificidades existentes en la legislación de alguna de las contrapartes.

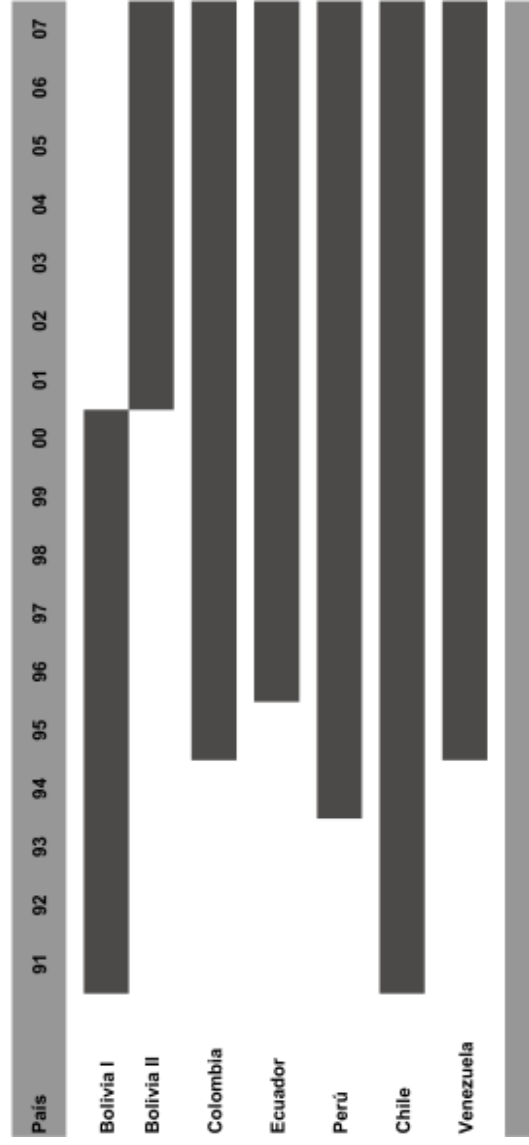
De cualquier manera, más allá de estas variaciones mencionadas, estos BIT pueden ser considerados como un conjunto homogéneo de instrumentos jurídicos para la promoción de las inversiones extranjeras y están en armonía con las políticas del Estado Español en relación a la protección y facilidades otorgadas a sus empresarios y empresas.

---

<sup>37</sup> Ver nota 34.

<sup>38</sup> Ver nota 35.

**Cronología de los Acuerdos para la Promoción y Protección de Inversiones entre países miembros/vinculados a la CAN y España**



### 5.6.1. Marco y Estructura General

Los acuerdos bilaterales de inversión suscritos entre España y países miembros o ex miembros de la CAN son fenómenos relativamente recientes, siendo el acuerdo suscrito entre Bolivia y España en 1990, y el establecido entre Chile y España en 1991, los más antiguos; en tanto que el acuerdo firmado por España con Bolivia en 2002 –que reemplazó al ya mencionado acuerdo suscrito en 1990– resulta ser el más reciente.

Los casos de modificaciones o revisiones sobre los acuerdos han sido escasos: el principal ha sido la sustitución del original con Bolivia –establecido en 1990– por uno nuevo en 2001.

Los diversos acuerdos suscritos entre España y el grupo de países vinculados a la CAN (incluyendo los ex miembros Chile y Venezuela) han seguido una estructura bien definida, con un marco general que engloba temas críticos como el caso de compensaciones por pérdidas, trato nacional, etc. Asimismo, dejan margen para variaciones específicas en los acuerdos con determinados países

De esta forma, el articulado de un acuerdo típico tiene aproximadamente la siguiente estructura:

- Definiciones.
- Promoción y admisión de inversiones.
- Protección
- Tratamiento.
- Nacionalización y expropiación.
- Compensación por pérdidas.
- Transferencias.
- Condiciones más favorables.
- Principio de subrogación.
- Controversias entre las partes.
- Controversias entre una de las partes e inversionistas.
- Entrada en vigor, prórroga, denuncia.
- Disposiciones adicionales.

| Sección/<br>Artículo                                | Bolivia<br>2001                                     | Colombia<br>1995                           | Ecuador<br>1998                            | Perú<br>1994                               | Chile<br>1991                                      | Venezuela<br>1992                            |
|-----------------------------------------------------|-----------------------------------------------------|--------------------------------------------|--------------------------------------------|--------------------------------------------|----------------------------------------------------|----------------------------------------------|
| Definiciones                                        | Definiciones                                        | Definiciones                               | Definiciones                               | Definiciones                               | Definiciones                                       | Definiciones                                 |
| Promoción y emisión de las inversiones              | Promoción y emisión de las inversiones              | Promoción, admisión                        | Promoción, admisión                        | Fomento, admisión                          | Fomento, admisión                                  | Promoción, admisión y análisis de aplicación |
| Protección                                          | Protección                                          | Protección                                 | Protección                                 | Protección                                 | Protección                                         | Protección                                   |
| Tarifa nacional y cláusula de nación más favorecida | Tarifa nacional y cláusula de nación más favorecida | Tratamiento                                | Tratamiento                                | Tratamiento                                | Tratamiento                                        | Tratamiento                                  |
| Nacionalización y expropiación                      | Nacionalización y expropiación                      | Nacionalización y expropiación             | Nacionalización y expropiación             | Nacionalización y expropiación             | Nacionalización y expropiación                     | Nacionalización y expropiación               |
| Compensación por pérdidas                           | Compensación por pérdidas                           | Compensación por pérdidas                  | Compensación por pérdidas                  | Compensación por pérdidas                  | Compensación por pérdidas                          | Compensación por pérdidas                    |
| Transferencia                                       | Transferencia                                       | Transferencia                              | Transferencia                              | Transferencia                              | Transferencia                                      | Transferencia                                |
| Otras disposiciones                                 | Otras disposiciones                                 | Condiciones más favorables                 | Condiciones más favorables                 | Condiciones más favorables                 | Condiciones más favorables                         | Condiciones más favorables                   |
|                                                     |                                                     | Principio de subrogación                   |                                            | Principio de subrogación                   | Principio de subrogación                           | Principio de subrogación                     |
| Solución de controversias entre las partes          | Solución de controversias entre las partes          | Controversias entre las partes             | Controversias entre las partes             | Conflictos entre las partes                | Conflictos entre las partes                        | Controversias entre las partes               |
| Controversias entre una parte e inversores          | Controversias entre una parte e inversores          | Controversias entre una parte e inversores | Controversias entre una parte e inversores | Conflicto entre una parte e inversionistas | Conflicto entre una parte e inversionistas         | Controversias entre una parte e inversores   |
| Ámbito de aplicación                                | Ámbito de aplicación                                |                                            |                                            |                                            |                                                    |                                              |
| Entrada en vigor, prórroga, denuncia                | Entrada en vigor, prórroga, denuncia                | Entrada en vigor, prórroga, denuncia       | Entrada en vigor, prórroga, denuncia       | Entrada en vigor, prórroga, denuncia       | Entrada en vigor, prórroga, denuncia               | Entrada en vigor, prórroga, denuncia         |
| ADICIONAL: Sustitución acuerdo anterior (1990)      | ADICIONAL: Sustitución acuerdo anterior (1990)      |                                            |                                            |                                            | ADICIONAL: Restricciones a repatriación de capital |                                              |

### 5.6.2. Temas tratados

Los diversos acuerdos, más allá de diferencias en su articulado y redacción, coinciden casi totalmente en tratar los mismos temas: protección contra medidas discriminatorias, compensación contra expropiaciones, libertad para mover capitales, etc. Salvo por algunas pocas variaciones, la realidad es que estos acuerdos están altamente estandarizados, permitiendo así que las inversiones españolas en la zona de influencia de la CAN disfruten de un tratamiento relativamente homogéneo; más allá de las diferencias que puedan darse entre las diversas políticas y legislaciones nacionales.

### 5.6.3. Definiciones Generales

Los diversos acuerdos bilaterales de inversión establecidos entre España y los países de la CAN siguen un esquema similar, que incluye una primera sección introductoria y explicativa, donde se mencionan las definiciones de los términos relevantes para el acuerdo. Las tres definiciones centrales son «inversionista», «inversión» y «renta de inversión»; las cuales establecen precisiones importantes por sus implicancias para los países andinos.

En el caso de la definición de «inversionistas», se usa un criterio amplio, asumiéndose que el acuerdo cubre no sólo a personas naturales y jurídicas de origen español, sino también a empresas de otros países, siempre que cuenten con una subsidiaria y representante constituida en España de acuerdo a la ley. Esto implica un riesgo en caso de controversias, pues podría darse el caso de empresas de países no cubiertos por el BIT que canalizan su inversión en un país andino a través de una subsidiaria constituida artificialmente en España con el único objeto de poder acceder a los beneficios del Acuerdo Bilateral<sup>39</sup>.

<sup>39</sup> Tal habría sido el caso en la disputa entre el Estado boliviano y la empresa Aguas del Tunari, conformada por una empresa norteamericana que cambia su dirección legal de las Islas Caimán a Holanda, para así poder demandar a Bolivia ante el CIADI, amparándose en el Convenio de Protección a las Inversiones que estaba vigente entre Holanda y Bolivia.

**Temática de los Acuerdos para la Promoción y Protección de  
Inversiones entre Países Miembros/Vinculados a la CAN y España**

| Tema                                                                    | Bolivia<br>2001 | Colombia<br>1995 | Ecuador<br>1998 | Perú<br>1994 | Chile<br>1991         | Venezuela<br>1995 |
|-------------------------------------------------------------------------|-----------------|------------------|-----------------|--------------|-----------------------|-------------------|
| Definiciones Generales                                                  | SI              | SI               | SI              | SI           | SI                    | SI                |
| Promoción de inversiones y facilidades para entrada                     | SI              | SI               | SI              | SI           | SI                    | SI                |
| Protección contra medidas injustificadas o discriminatorias             | SI              | SI               | SI              | SI           | SI                    | SI                |
| Trato justo y equitativo, trato nacional y nación más favorecida        | SI              | SI               | SI              | SI           | SI                    | SI                |
| Mercaderes de nacionalización, expropiación y pago de compensación      | SI              | SI               | SI              | SI           | SI                    | SI                |
| Compensación por pérdidas (guerra, emergencia nacional, rebelión, etc.) | SI              | SI               | SI              | SI           | No                    | SI                |
| Libertad y facilidades para transferir pagos, fondos, rentas, etc.      | SI              | SI               | SI              | SI           | SI, con restricciones | SI                |
| Acceso a condiciones más favorables que las establecidas en el acuerdo  | SI              | SI               | SI              | No           | SI                    | SI                |
| Establece el Principio de subrogación                                   | No              | SI               | No              | SI           | SI                    | SI                |
| Solución de controversias entre las partes                              | SI              | SI               | SI              | SI           | SI                    | SI                |
| Solución de controversias entre una parte e inversionistas              | SI              | SI               | SI              | SI           | SI                    | SI                |
| Retroactividad del acuerdo (ámbito de aplicación)                       | SI              | SI               | SI              | SI           | SI                    | SI                |
| Entrada en vigor, prórroga, denuncia del acuerdo                        | SI              | SI               | SI              | SI           | SI                    | SI                |
| ADICIONAL: Restricciones a repatriación de capital invertido            | No              | No               | No              | No           | SI                    | No                |
| ADICIONAL: Sustitución acuerdo anterior                                 | SI              | No               | No              | No           | No                    | No                |

Para el caso de la definición de «Inversión», también se usa un concepto muy amplio –superando la definición tradicional de inversión directa y tangible– pues comprende todos los activos (bienes y derechos de toda naturaleza) adquiridos, incluyendo acciones y otras formas de participación en sociedades; derechos derivados de todo tipo de aportaciones, préstamos, etc. En suma, todo tipo de aporte o adquisición realizado con el fin de obtener un beneficio económico.

Finalmente, para el caso «Rentas de Inversión», igualmente se aplica una definición amplia, pues incluye todos los rendimientos directa e indirectamente derivados de una inversión: beneficios, dividendos, intereses, plusvalías, cánones, honorarios y cualquier renta proveniente de excedentes de explotación.

#### **5.6.4. Tratamiento al Inversionista**

La parte de los diversos BIT dedicada al tratamiento a los inversionistas no trae mayores diferencias al comparar textos, pues más allá de determinadas disposiciones y variaciones en la redacción, hay dos temas claves que quedan reafirmados claramente y sin excepción: los principios del Trato Nacional (TN) y de Nación Más Favorecida (NMF), que ciertamente están en el centro de las motivaciones para el establecimiento de los BIT.

Esto debe traer a reflexión un hecho significativo: en el entramado de acuerdos de promoción y apoyo que se han aplicado entre países y bloques de países con las naciones de la Comunidad Andina, los principios de Trato Nacional y Nación Más Favorecida han sido usados reiterada y extensivamente, con lo que la capacidad de nuestros países para aplicar políticas estratégicas de integración y apoyo a determinadas inversiones ha quedado seriamente restringida.

En efecto, bajo los términos de TN y NMF, cualquier beneficio que se desee otorgar a un sector específico provoca una reacción en cadena, en la cual ese beneficio tendría que hacerse extensible –de grado o fuerza– a otros países y bloques, como resultado de la existencia de esta

Definiciones Generales en los Acuerdos Bilaterales de Inversión entre España y Países Miembros y Ex Miembros de la CAN

| Bolivia<br>2001                                                                                                                                                                                                                                                                                              | Colombia<br>1995                                                                                                                                                                                                                                                                                             | Ecuador<br>1996                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | Por "inversionistas" se entenderá: a) Personas naturales que, en el caso del Reino de España, son considerados sus                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
|                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | Por "inversionistas" se entenderá: a) nacionales con arreglo a su legislación y, Personas físicas que sean nacionales de una de las Partes Contratantes con las personas naturales que, de                                                                                                                   | a) nacionales con arreglo a su legislación y, Personas físicas que sean nacionales de con respecto a la República del Ecuador, una de las Partes Contratantes con las personas naturales que, de                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| Por «inversor» se entenderá cualquier nacional o cualquier sociedad de una de las Partes Contratantes que realice inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante                                                                                                                                  | arreglo a su legislación y realicen inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante; b) Personas jurídicas, incluidas compañías, sociedades mercantiles y otras organizaciones que se encuentren constituidas o, en cualquier caso, debidamente organizadas (...)                                  | conformidad con la legislación ecuatoriana, son considerados nacionales del Ecuador. b) Personas jurídicas, incluidas compañías, sociedades mercantiles y otras organizaciones que se encuentren constituidas o, en cualquier caso, debidamente organizadas según el derecho de esa Parte Contratante y tengan su sede en el territorio de esa misma Parte Contratante.                                                                                                                                                  |
|                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | Por "inversiones" se designa todo tipo de haberes, tales como bienes y derechos de toda naturaleza, adquiridos de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión y en particular, aunque no exclusivamente, los siguientes: - acciones y otras formas de participación en sociedades; derechos derivados de todo tipo de aportaciones realizadas con el propósito de crear valor económico: se incluyen expresamente todos aquellos préstamos concedidos con este fin, hayan sido o no capitalizados (...) |
| Por «inversiones» se designa todo tipo de activos y en particular, aunque no exclusivamente, los siguientes: Acciones inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante de sociedades, Derechos a dinero o a prestaciones bajo contrato que tengan un valor financiero (...) | Por "inversiones" se designa todo tipo de activos y en particular, aunque no exclusivamente, los siguientes: Acciones inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante de sociedades, Derechos a dinero o a prestaciones bajo contrato que tengan un valor financiero (...) |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
| Por «rentas de inversión» se entenderán los importes producidos por una inversión , en particular, aunque no exclusivamente, beneficios, dividendos, intereses, plusvalías, y cánones, honorarios y cualquier renta proveniente de excedentes de explotación.                                                | Por "rentas de inversión" se entienden los rendimientos derivados de una inversión de acuerdo con la definición contenida en el punto anterior e incluye, en particular, aunque no exclusivamente, beneficios, dividendos, intereses, ganancias de capital, regalías y cánones.                              | El término "rentas de inversión" se refiere a los rendimientos derivados de una inversión de acuerdo con la definición contenida en el punto anterior; e incluye, expresamente, beneficios, dividendos e intereses.                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |

Definiciones Generales en los Acuerdos Bilaterales de Inversión entre España y Países Miembros y Ex Miembros de la CAN

| Perú<br>1994                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | Chile<br>1991                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  | Venezuela<br>1995                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>Por "inversores" se entenderá: A) Personas físicas que, en el caso de la República del Perú, tengan la nacionalidad peruana de conformidad con su legislación, y en el caso del reino de España, sean residentes en España con arreglo al derecho español. B) Personas jurídicas, incluidas compañías, sociedades mercantiles y otras organizaciones que se encuentren constituidas o, en cualquier caso, debidamente organizadas según el derecho de esa Parte y tengan su sede caso, debidamente organizadas según el derecho de esa parte contratante y estén controladas efectivamente en el territorio de esa misma parte contratante.</p> | <p>Por "inversionistas o inversores" se entenderán: Las personas físicas o naturales nacionales, según el derecho de la Parte correspondiente y las personas jurídicas, incluidas compañías, sociedades mercantiles y otras organizaciones que se encuentren constituidas o, en cualquier caso, debidamente organizadas según el derecho de esa Parte y tengan su sede en el territorio de la misma, no obstante pertenezcan a personas naturales o jurídicas extranjeras.</p> | <p>Por inversores se entenderá: Personas físicas que tengan la nacionalidad de una de las Partes Contratantes con arreglo a su legislación y realicen inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante. Personas jurídicas, incluidas compañías, asociaciones de compañías, sociedades mercantiles, sucursales y otras organizaciones que se encuentren constituidas o, en cualquier caso, debidamente organizadas según el derecho de esa Parte Contratante, así como las que, están constituidas en una de las Partes Contratantes y estén efectivamente controladas por inversores de la otra Parte Contratante.</p> |
| <p>Por "inversiones" se designa todo tipo de haberes, tales como bienes y derechos de toda naturaleza, adquiridos de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión y, en particular, aunque no exclusivamente, los siguientes: Acciones y otras formas de participación en sociedades; erechos derivados de todo tipo de aportaciones realizadas con el propósito de crear valor económico; (...)</p>                                                                                                                                                                                                                               | <p>Por "inversiones" se designa a todo tipo de haberes, tales como bienes y derechos de toda naturaleza, adquiridos de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión y en particular, aunque no exclusivamente, los siguientes: acciones y otras formas de participación en sociedades, (...)</p>                                                                                                                                                               | <p>Por inversiones se designa todo tipo de activos, invertidos por inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante y, en particular, aunque no exclusivamente, los siguientes: Acciones, títulos, obligaciones receptor de la inversión y cualquier otra forma de participación en sociedades; Derechos derivados de todo tipo de aportaciones realizadas con el propósito de crear valor económico; se incluyen expresamente todos aquellos préstamos concedidos con este fin; (...)</p>                                                                                                      |
| <p>El término "rentas de inversión" se refiere a los rendimientos derivados de una inversión de acuerdo con la definición contenida en el punto anterior, e incluye en particular, aunque no exclusivamente, beneficios, dividendos, regalías ("royalties") e intereses.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | <p>El término "rentas o utilidades de inversión" se refiere a los rendimientos derivados de una inversión de acuerdo con la definición contenida en el punto anterior, e incluye, expresamente beneficios, dividendos e intereses.</p>                                                                                                                                                                                                                                         | <p>El término rentas de inversión se refiere a los rendimientos derivados de una inversión de acuerdo con la definición contenida en el punto anterior e incluye en particular, aunque no exclusivamente, beneficios, dividendos, intereses, ganancias de capital y regalías.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |

red de acuerdos de promoción de inversiones. Ello alimenta resultados contraproducentes para las políticas de Estado, ya que se termina beneficiando a quien no se desea.

Tal es el caso, por ejemplo, del Perú, que en la negociación del TLC con Estados Unidos concedió a ese país beneficios cuestionables, los cuales se han hecho automáticamente extensibles a otros países y bloques comerciales –el MERCOSUR, por ejemplo– debido justamente a la existencia de estas cláusulas de TN y NMF en los convenios que el Perú suscribió con dichas contrapartes.

**El Tratamiento al Inversionista en los Acuerdos Bilaterales de Inversión entre España y Países Miembros y Ex Miembros de la CAN**

| Bolivia<br>2001                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Colombia<br>1995                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 | Ecuador<br>1996                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Cada Parte Contratante otorgará en su territorio a las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante un tratamiento que no será menos favorable que el otorgado a las inversiones de sus propios inversores o a las inversiones de inversores de cualquier tercer Estado, el que sea más favorable al inversor | 1. Las inversiones y rendimientos de inversionistas de cada Parte Contratante a las inversiones realizadas por inversionistas de la otra Parte Contratante, en todo momento, recibirán un tratamiento justo y equitativo. 2. Este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte Contratante en su territorio a las inversiones y rendimientos de inversionistas de cualquier tercer Estado. | Cada Parte Contratante garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo a las inversiones realizadas por inversionistas de la otra Parte Contratante. Este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte Contratante a las inversiones y realizadas en su territorio por inversionistas de un tercer país que goce del tratamiento de Nación Más Favorecida |
|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | 4. Cada Parte Contratante aplicará, salvo lo dispuesto en su legislación nacional, a las inversiones y rendimientos de los inversionistas de la otra Parte Contratante un tratamiento no menos favorable que el otorgado a sus propios inversionistas.                                                                                                                                                           | Además de las disposiciones del párrafo 2 del presente artículo, cada Parte Contratante aplicará, con arreglo a su legislación Nacional, a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante un tratamiento no menos favorable que el otorgado a sus propios inversionistas.                                                                                                  |

## El Tratamiento al Inversionista en los Acuerdos Bilaterales de Inversión entre España y Países Miembros y Ex Miembros de la CAN

| Perú<br>1994                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | Chile<br>1991                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Venezuela<br>1995                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>1. Cada parte contratante garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo a las inversiones realizadas por inversores de la otra parte contratante.</p> <p>2. Este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada parte contratante a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país que goce del tratamiento de nación mas favorecida.</p> <p>3. Este tratamiento no se extenderá, sin embargo, a los privilegios que una parte contratante conceda a los inversores de un tercer Estado, en virtud de su asociación o participación actual o futura en una zona de libre cambio, una unión aduanera, un mercado común o en virtud de cualquier otro acuerdo internacional de características similares</p> | <p>2. Este tratamiento no será menos favorable el otorgado por cada Parte Contratante a las inversiones realizadas y a los rendimientos obtenidos en su territorio por sus propios inversores o por inversores de cualquier tercer Estado.</p> <p>3. Este tratamiento no se extenderá, sin embargo, a los privilegios que una Parte Contratante conceda a los inversores de un tercer Estado, en virtud de su asociación o participación actual o futura en una unión aduanera, o en virtud de cualquier otro acuerdo internacional de características similares.</p> | <p>1. Cada Parte Contratante garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo, conforme al Derecho Internacional, a las inversiones realizadas por inversores de la otra Parte Contratante.</p> <p>2. Este tratamiento no será menos favorable el otorgado por cada Parte Contratante a las inversiones realizadas y a los rendimientos obtenidos en su territorio por sus propios inversores o por inversores de cualquier tercer Estado.</p> <p>3. Este tratamiento no se extenderá, sin embargo, a los privilegios que una Parte Contratante conceda a los inversores de un tercer Estado, en virtud de su asociación o participación actual o futura en una unión aduanera, o en virtud de cualquier otro acuerdo internacional de características similares.</p> |
| <p>5. Además de las disposiciones del párrafo 2 del presente artículo, cada parte su territorio de acuerdo con su legislación contratante aplicara con arreglo a su legislación nacional, a las inversiones de los inversores de la otra parte contratante inversionistas de la otra Parte, bajo un tratamiento no menos favorable que el otorgado a sus propios inversores.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | <p>2. Este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte Contratante a los rendimientos obtenidos en su territorio por sus propios inversores o por inversores de cualquier tercer Estado.</p> <p>3. Este tratamiento no se extenderá, sin embargo, a los privilegios que una Parte Contratante conceda a los inversores de un tercer Estado, en virtud de su asociación o participación actual o futura en una unión aduanera, o en virtud de cualquier otro acuerdo internacional de características similares.</p>                            |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |

### 5.6.5. Tratamiento de Casos de Expropiación y Nacionalización

Como sucede con otros aspectos del régimen de protección y protección de las inversiones extranjeras, las disposiciones establecidas en los diversos BIT existentes entre España y los países andinos tienden a un alto grado de homogenización en lo referente al tratamiento de casos de expropiación y nacionalización. Así, el tratamiento para esas situaciones básicamente se centra en la reafirmación de tres puntos clave:

- Primero, limitar al máximo la ocurrencia de casos de nacionalización y expropiación, prohibiéndolos taxativamente excepto por razones de utilidad pública, y siempre que se realicen en armonía con la Constitución y las leyes.
- Asegurar que el inversionista afectado perciba una indemnización pertinente, oportuna y adecuada.
- Garantizarle al afectado la libertad para poder recusar su caso ante las autoridades judiciales, y aún más importante, asegurarse la correcta valoración de su inversión afectada.

Estos dos últimos puntos –el referido a la adecuada y pronta compensación, y el derecho del inversionista a cuestionar legalmente la indemnización proporcionada–, merecen ser destacados debido a las implicancias y consecuencias que pueden tener; especialmente en el caso de expropiaciones y nacionalizaciones cuyo impacto y alcance no está bien definido.

En efecto, considerando la preeminencia y difusión que conceptos como la «expropiación indirecta» o «lucro cesante» han tenido y tienen en el ámbito de la jurisprudencia internacional y la resolución de conflictos inversionista-Estado, las disposiciones de los acuerdos bilaterales de inversión de España con los países andinos apuntan a reforzar las facultades de los inversionistas para demandar al Estado no sólo por pérdidas reales, sino inclusive por pérdidas supuestas, posibles o futuras.

**Tratamiento de Expropiaciones y Nacionalizaciones en los Acuerdos de Inversión entre España y Miembros y Ex Miembros de la CAN**

| Bolivia<br>2001                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | Colombia<br>1995                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | Ecuador<br>1996                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>1. Las inversiones de inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante no serán sometidas a nacionalización, expropiación ni a cualquier otra medida de efectos similares (en adelante «expropiación»), excepto por razones de utilidad pública, con arreglo al debido procedimiento legal, de manera no discriminatoria y acompañada del pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | <p>1. Las inversiones de inversionistas de cualquiera de las Partes Contratantes no serán sometidas en el territorio de la otra Parte Contratante a: a) Nacionalización o medidas equivalentes, por medio de las cuales una de las Partes Contratantes tome el control de ciertas actividades por las autoridades de una Parte estratégicas o servicios, o b) Cualquier Contratante contra las inversiones de otra forma de expropiación o medidas inversionistas de la otra Parte que tengan un efecto equivalente, salvo Contratante en su territorio, deberá que cualquiera de esas medidas se aplicarse exclusivamente por razones de realicen de acuerdo con la ley, de manera utilidad pública conforme a las no discriminatoria por motivos de utilidad disposiciones legales y en ningún caso pública o interés social relacionados con será discriminatoria.</p> <p>las necesidades internas de esa Parte y con una compensación pronta, adecuada y efectiva.</p> | <p>La nacionalización, expropiación, o cualquier otra medida de características o efectos similares que pueda ser adoptada por las autoridades de una Parte estratégica o servicios, o b) Cualquier Contratante contra las inversiones de otra forma de expropiación o medidas inversionistas de la otra Parte que tengan un efecto equivalente, salvo Contratante en su territorio, deberá que cualquiera de esas medidas se aplicarse exclusivamente por razones de realicen de acuerdo con la ley, de manera utilidad pública conforme a las no discriminatoria por motivos de utilidad disposiciones legales y en ningún caso pública o interés social relacionados con será discriminatoria.</p> |
| <p>2. La indemnización será equivalente al valor de mercado que la inversión expropiada tenía inmediatamente antes de que se adopte la medida de expropiación, se notifique oficialmente, o antes de que la inminencia de la misma sea de conocimiento público, lo que suceda primero (en adelante «fecha de valoración»).</p> <p>3. El valor de mercado se calculará en una moneda libremente convertible, al tipo de cambio vigente en el mercado para esa moneda en la fecha de valoración. La indemnización incluirá intereses a un tipo comercial fijado con arreglo a criterios de mercado para dicha moneda desde la fecha de expropiación hasta la fecha de pago. La indemnización se abonará sin demora, será efectivamente realizable y libremente transferible.</p> | <p>2. De acuerdo con los principios de derecho internacional, la compensación por los actos referidos a los apartados 1 a) y b) de este artículo ascenderá al valor real de la inversión inmediatamente antes de que las medidas fueran tomadas o antes de que las medidas inminentes fueran de conocimiento público, lo que ocurra primero. La compensación deberá pagarse sin demora injustificada, será efectivamente realizable y será libremente transferible.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | <p>La Parte Contratante que adoptara estas medidas pagará al inversionista o a su derecho-habiente, sin demora injustificada, una indemnización adecuada, en moneda convertible y libremente transferible.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
| <p>4. El inversor afectado tendrá derecho, de conformidad con la legislación de la Parte Contratante que adopta la medida Contratante que realice la expropiación, a pertinente, a una revisión pronta, por la pronta revisión de su caso, por parte de una autoridad judicial u otra de la autoridad judicial u otra autoridad independiente de esa Parte, de competente e independiente de dicha su caso y de la valoración de su inversión Parte Contratante, para determinar si la de acuerdo con los principios expropiación y la valoración de su establecidos en los apartados 1 y 2 de inversión se han adoptado de acuerdo a este artículo. El ejercicio de este derecho los principios establecidos en este artículo.</p>                                            | <p>3. El inversionista tendrá derecho, de acuerdo con la ley de la Parte Contratante que adopta la medida Contratante que realice la expropiación, a pertinente, a una revisión pronta, por la pronta revisión de su caso, por parte de una autoridad judicial u otra de la autoridad judicial u otra autoridad independiente de esa Parte, de competente e independiente de dicha su caso y de la valoración de su inversión Parte Contratante, para determinar si la de acuerdo con los principios expropiación y la valoración de su establecidos en los apartados 1 y 2 de inversión se han adoptado de acuerdo a este artículo. El ejercicio de este derecho los principios establecidos en este artículo no le impedirá acceder a los mecanismos arbitrales contemplados en el artículo XI del presente Acuerdo.</p>                                                                                                                                                 |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |

Tratamiento de Expropiaciones y Nacionalizaciones en los Acuerdos de Inversión entre España y Miembros y Ex Miembros de la CAN

| Perú<br>1994                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | Chile<br>1991                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | Venezuela<br>1995                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>La nacionalización, expropiación, o cualquier otra medida de características o efectos similares que pueda ser adoptada por las autoridades de una parte contratante contra las inversiones de los inversores de la otra parte contratante en su territorio, deberá aplicarse exclusivamente por causa de utilidad pública o interés nacional, o utilidad pública, conforme a las disposiciones legales y en ningún caso será discriminatoria.</p> | <p>La nacionalización, expropiación o cualquier otra medida de características o efectos similares que pueda ser adoptada por las autoridades de una Parte contra las inversiones de inversionistas de la otra Parte en su territorio, deberá realizarse exclusivamente por causa de utilidad pública o interés nacional, conforme a las disposiciones constitucionales y legales y en ningún caso será discriminatoria.</p> | <p>1. Las inversiones realizadas en el territorio de una Parte Contratante por inversores de la otra Parte Contratante no serán sometidas a nacionalizaciones, expropiaciones, o cualquier otra medida de características o efectos similares salvo que cualquiera de esas medidas se realice exclusivamente por razones de utilidad pública, conforme a las disposiciones legales, de manera no discriminatoria y con una compensación al inversor o a su causahabiente de una indemnización pronta, adecuada y efectiva.</p> |
| <p>La parte contratante que adoptara estas medidas pagará al inversor o a su derecho-habiente, sin demora injustificada, una indemnización adecuada, en moneda convertible y libremente transferible.</p>                                                                                                                                                                                                                                             | <p>La Parte que adoptare estas medidas pagará la inversión, sin demora injustificada, una indemnización adecuada, en moneda de libre convertibilidad.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                    | <p>2. La compensación por los actos referidos en el párrafo 1 será equivalente al valor real de la inversión inmediatamente antes de que las medidas fueran tomadas o antes de que las mismas fueran anunciadas o publicadas, si esto sucede antes. La indemnización se abonará sin demora, en moneda convertible y será efectivamente realizable y libremente transferible de acuerdo con las reglas estipuladas en el artículo VII.</p>                                                                                      |
|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | <p>La legalidad de la expropiación, nacionalización o medida equiparable, y el monto de la indemnización, serán susceptibles de recurso en procedimiento judicial ordinario</p>                                                                                                                                                                                                                                              |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |

### **5.6.6. Solución de Controversias Estado-Estado y Estado-inversionista**

En lo referente al tratamiento de controversias, los BIT suscritos por España con los países andinos exhiben un elevado grado de estandarización. Básicamente, los parámetros y pasos establecidos para resolver las diferencias Estado-Estado y Estado-inversionista muestran muy poca variación en los textos –y en la interpretación y espíritu– de los diversos BIT. Así, para el caso de las controversias Estado-Estado, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, se establece el mecanismo de un arbitraje, a petición de parte.

Más compleja y precisa es la resolución de controversias Estado-inversionistas; pues se fijan plazos y mecanismos precisos para su desarrollo. Además, se garantiza el derecho del inversionista a litigar y denunciar al Estado y, lo que es más interesante, se especifican cuáles son las instancias en donde se podrán ventilar las controversias.

Entre estas instancias se destaca el ya mencionado Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), el cual se convierte así en la instancia estándar en donde se esperan resolver las diferencias Estado-inversionistas.

Debe señalarse que, actualmente, Bolivia se encuentra retirada del CIADI, a partir de una serie de experiencias negativas con inversionistas que llevaron al Estado boliviano a demandas ante el tribunal bajo condiciones irregulares<sup>40</sup>. Más allá de lo justificada de la posición boliviana, su retiro conlleva una situación de incertidumbre y complicación en las negociaciones con la UE, si es que esta decide presionar a los países andinos exigiendo estándares comunes para la resolución de controversias; o, más aún, exigir la resolución de las controversias pendientes entre los países andinos y empresas provenientes de la UE, como condición previa para concretar el Acuerdo de Integración<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup>Ver nota 38.

<sup>41</sup>Algo similar sucedió en la negociación del TLC entre Estados Unidos y Perú, con voceros y representantes del Gobierno norteamericano reclamando la solución a las controversias que el Estado Peruano mantenía con empresas estadounidenses, como condición previa para la negociación.

Solución de Controversias en los Acuerdos Bilaterales de Inversión entre España y Países Miembros y Ex Miembros de la CAN

| Bolivia<br>2001                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | Colombia<br>1995                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | Ecuador<br>1996                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>1. Cualquier controversia entre las Partes Contratantes referente a la interpretación o aplicación del presente Acuerdo será resuelta, hasta donde sea posible, por vía diplomática.</p> <p>2. Si la controversia no pudiera resolverse de ese modo en el plazo de seis meses desde el inicio de las negociaciones, será sometida, a petición de cualquiera de las dos Partes Contratantes, a un tribunal de arbitraje.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | <p>1. Cualquier controversia entre las Partes Contratantes referente a la interpretación o aplicación del presente Acuerdo será resuelta, hasta donde sea posible, por vía diplomática.</p> <p>2. Si la controversia no pudiera resolverse de ese modo en el plazo de seis meses desde el inicio de las negociaciones, será sometida, a petición de cualquiera de las dos Partes Contratantes, a un tribunal de arbitraje.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | <p>1.- Cualquier controversia entre las Partes Contratantes referente a la interpretación o ampliación del presente Convenio será resuelta, hasta donde sea posible, por los Gobiernos de las dos Partes Contratantes.</p> <p>2.- Si la controversia no pudiera resolverse de ese modo en el plazo de seis meses desde el inicio de las negociaciones, será sometida, a petición de cualquiera de las dos Partes Contratantes, a un tribunal de arbitraje.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| <p>1. Toda controversia relativa a las inversiones que surja entre una de las Partes Contratantes y un inversor de la otra Parte Contratante respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo será notificada por escrito, incluyendo información detallada por el inversor de la otra Parte Contratante el inversionista a la Parte Contratante receptor de la inversión. En la medida de lo posible, las partes en controversia tratarán de arreglar estas diferencias mediante un acuerdo amistoso.</p> <p>2. Si la controversia no pudiera ser resuelta de esta forma en un plazo de seis meses a contar desde la fecha de notificación escrita mencionada en el apartado 1, la controversia podrá someterse, a elección del inversor: A los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión; al tribunal de arbitraje "ad hoc" establecido de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional; o al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).</p> | <p>1. Toda controversia relativa a las inversiones que surja entre una de las Partes Contratantes y un inversor de la otra Parte Contratante respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo será notificada por escrito, incluyendo información detallada por el inversor de la otra Parte Contratante el inversionista a la Parte Contratante receptor de la inversión. En la medida de lo posible, las partes en controversia tratarán de arreglar estas diferencias mediante un acuerdo amistoso.</p> <p>2. Si la controversia no pudiera ser resuelta de esta forma en un plazo de seis meses a contar desde la fecha de notificación escrita mencionada en el párrafo 1, será sometida a elección del inversionista: - al tribunal de arbitraje "ad hoc" establecido por el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional; - Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).</p> | <p>1.- Toda controversia relativa a las inversiones que surja entre una de las Partes Contratantes y un inversionista de la otra Parte Contratante respecto a cuestiones reguladas por el presente la otra Parte Contratante respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo será notificada por escrito, incluyendo una información detallada, por el inversionista a la Parte Contratante receptor de la inversión. En la medida de lo posible las partes en controversia receptor de la inversión. En la medida de lo posible las partes tratarán de arreglar estas diferencias mediante un acuerdo amistoso.</p> <p>2.- Si la controversia no pudiera ser resuelta de esta forma en un plazo de seis meses a contar desde la fecha de notificación escrita mencionada en el párrafo 1, será sometida a elección del inversionista: - al tribunal de arbitraje "ad hoc" establecido por el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional; - Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADII).</p> |

Solución de Controversias en los Acuerdos Bilaterales de Inversión entre España y Países Miembros y Ex Miembros de la CAN

|              |               |                   |
|--------------|---------------|-------------------|
| Perú<br>1994 | Chile<br>1991 | Venezuela<br>1996 |
|--------------|---------------|-------------------|

1. Cualquier controversia entre las partes 1. Cualquier controversia entre las Partes Contratantes referente a la interpretación o aplicación del presente acuerdo será del presente Convenio será resuelta, resuelta, hasta donde sea posible, por vía amistosa. gobiernos de las dos partes contratantes. Gobiernos de las dos Partes. 2. Si la controversia no pudiera resolverse de ese modo en el plazo de seis meses desde el inicio de las negociaciones, será sometida, a petición de cualquiera de las dos partes, a un tribunal de arbitraje. 2. Si el conflicto no pudiera resolverse de ese modo en el plazo de seis meses desde el inicio de las negociaciones, será sometida, a petición de cualquiera de las dos Partes, a un Tribunal de arbitraje

1. Toda controversia relativa a las inversiones, en el sentido del presente 1. Toda controversia que surja entre un inversionista y un inversor de la otra Parte Contratante respecto del presente Acuerdo será notificada por escrito, entre las dos partes en la controversia. notificada por escrito, incluyendo una información detallada, por 2. Si la controversia no hubiera podido informarse detallada, por el inversor a la parte contratante ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que inversión. En la medida de lo posible las partes en controversia hubiera sido planteada por una u otra de partes en controversia tratarán de arreglar estas diferencias las partes, será sometida a elección del arreglo estas diferencias mediante un acuerdo amistoso. inversionista: acuerdo amistoso. 2. Si la controversia no pudiera ser - o bien a las jurisdicciones nacionales de la Parte Contratante implicada en la 2. Si la controversia no pudiera ser resuelta de esta forma en un plazo de seis meses, a contar desde la fecha de la notificación escrita mencionada en el párrafo 1, será sometida a elección del condiciones descritas en el párrafo 3. notificación escrita mencionada en el párrafo 1, será sometida a la elección del de la parte contratante en cuyo territorio sometido la controversia a las inversor: jurisdicciones de la Parte Contratante - Al tribunal de arbitraje ad hoc implicada o al arbitraje internacional, la A los Tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, o establecido por el reglamento de arbitraje elección de uno y otro de esos Contratanes, a un Tribunal de arbitraje para el derecho comercial internacional; - 3. En caso de recurso al arbitraje Al Centro Internacional de Arreglo de controversias podrá ser Al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones llevada ante uno de los órganos de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). arbitraje designados a continuación o (CIADI) elección del inversionista:

#### **5.6.7. Facilidades para Transferencias de Fondos**

Otro tema neurálgico para las IED, que recibe un tratamiento estandarizado en los BIT con los países andinos, es el de las facilidades otorgadas a los movimientos de capitales relacionados con la inversión.

La libertad de transferir fondos es explícita y detalladamente mencionada en los diversos BIT. Incluso se llegan a identificar las distintas categorías de fondos que son cubiertos por los acuerdos; incluyendo no sólo los ingresos de personas jurídicas y empresas, sino también los de personas naturales, como sueldos y salarios.

Otro tema central es la libertad cambiaria, en el cual todos los BIT introducen disposiciones que aseguran la libertad y el apoyo del Estado para acceder a divisas libremente convertibles, salvo situaciones y casos excepcionales.

Finalmente, es importante indicar que varios de los mencionados BIT hacen mención de provisiones a la libre transferencia de fondos en situaciones de dificultades cambiarias y de la balanza de pagos; así como en el caso de controversias judiciales o administrativas para defender el derecho de terceros. En ese sentido, hay que considerar que lo acordado en el contenido de los BIT se complementaría con lo que sería establecido mediante un compromiso más amplio –el Acuerdo de Asociación– tal como son los casos del Acuerdo Chile-UE y México-UE; los que incluyen provisiones y aclaraciones sobre el libre tránsito de fondos, complementándose con lo fijado mediante sus acuerdos bilaterales sobre este particular.

Movimiento de Capitales en los Acuerdos Bilaterales de Inversión entre España y Países Miembros y Ex Miembros de la CAN

| Bolivia<br>2001                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | Colombia<br>1995                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | Ecuador<br>1996                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>1. Cada Parte Contratante garantizará a los inversores de la otra Parte Contratante la libre transferencia de todos los pagos relacionados con sus inversiones, y en particular, pero no exclusivamente, los siguientes:</p> <p>a) El capital inicial y las sumas adicionales necesarias para el mantenimiento, ampliación y desarrollo de la inversión;</p> <p>b) las rentas de inversión, tal y como han sido definidas en el artículo 1;</p> <p>c) los fondos necesarios para el reembolso de préstamos vinculados a una inversión;</p> <p>d) las indemnizaciones y compensaciones previstas en los artículos 5 y 6.</p> <p>e) el producto de la venta o liquidación total o parcial de una inversión;</p> <p>f) los sueldos y demás remuneraciones percibidas por el personal contratado en el exterior en relación con una inversión;</p> <p>g) los pagos resultantes de la solución de controversias.</p> | <p>1. Cada Parte Contratante garantizará a los inversionistas de la otra Parte Contratante, con respecto a las inversiones realizadas en su territorio, la libre transferencia de los pagos relacionados con las mismas y en particular, pero no exclusivamente, los siguientes: - Las rentas de inversión, tal y como han sido definidas en el artículo I; - Las indemnizaciones previstas en el artículo V; - Las compensaciones previstas en el artículo VI; - El producto de la venta o liquidación, total o parcial de las inversiones; - Las sumas necesarias para el reembolso de las aportaciones dinerarias vinculadas a una inversión; - Las sumas necesarias para el mantenimiento y desarrollo de la inversión.</p> | <p>Cada Parte Contratante otorgará a los inversionistas de la otra Parte Contratante, con respecto a las inversiones realizadas en su territorio, la posibilidad de transferir libremente las rentas de esas inversiones y otros pagos relacionados con las mismas, y en particular, pero no exclusivamente, los siguientes: - las rentas de inversión, tal y como han sido definidas en el Artículo I; - las indemnizaciones previstas en el Artículo V; - las compensaciones previstas en el Artículo VI; - el producto de la venta o liquidación, total o parcial, de las inversiones; - los sueldos, salarios y demás remuneraciones recibidos por los ciudadanos de una Parte Contratante que hayan obtenido en la otra Parte Contratante los correspondientes permisos de trabajo en relación con una inversión.</p> |
| <p>2. Las transferencias a las que se refiere el presente Acuerdo se realizarán sin demora, en moneda convertible al tipo de cambio de mercado vigente el día de la transferencia.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | <p>2. La Parte Contratante receptora de la inversión no establecerá medidas discriminatorias para el acceso al mercado cambiario ni para la adquisición de las divisas necesarias para realizar las transferencias amparadas en el presente artículo.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | <p>La Parte Contratante receptora de la inversión facilitará al inversionista de la otra Parte Contratante o a la sociedad en la que participa el acceso al mercado oficial de divisas en forma no discriminatoria</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
| <p>3. Sin perjuicio de las disposiciones de los apartados 1 y 2 de este artículo, cada Parte Contratante podrá demorar o impedir una transferencia mediante la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de medidas:</p> <p>a) Destinadas a proteger los derechos de acreedores;</p> <p>b) en relación con infracciones penales y resoluciones o sentencias en procedimientos administrativos y judiciales; a condición de que dichas medidas y su aplicación no se utilicen como medio para eludir los compromisos u obligaciones de la Parte Contratante con arreglo al presente artículo.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | <p>6. En circunstancias de dificultades excepcionales de balanza de pagos cada Parte Contratante tendrá derecho, por un período limitado de tiempo, a ejercer en forma equitativa, no discriminatoria y de buena fe, los poderes conferidos por las leyes y procedimientos para la libre transferencia de las inversiones y rendimientos.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |

Movimiento de Capitales en los Acuerdos Bilaterales de Inversión entre España y Países Miembros y Ex Miembros de la CAN

| Perú<br>1994                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | Chile<br>1991                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | Venezuela<br>1995                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>1.- Cada parte contratante garantizará a los inversores de la otra parte contratante, con respecto a las inversiones realizadas en su territorio, la libre transferencia de las rentas de esas inversiones y otros pagos relacionados con las mismas, y , en particular, pero no exclusivamente, los siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>- Las rentas de inversión, tal y como han sido definidas en el artículo 1;</li><li>- Las indemnizaciones previstas en el artículo 5;</li><li>- Las compensaciones previstas en el artículo 6;</li><li>- El producto de la venta o liquidación, total o parcial, de las inversiones;</li><li>- Las sumas necesarias para la amortización de préstamos y el pago de sus intereses;</li><li>- Las sumas necesarias para la adquisición de materias primas o auxiliares, productos semimanufacturados o terminados o para la sustitución de los bienes de capital o cualquier otra suma necesaria para el mantenimiento y desarrollo de la inversión;</li><li>- Los sueldos, salarios y demás remuneraciones</li></ul> | <p>Cada Parte Contratante otorgará a los inversionistas de la otra Parte, con respecto a las inversiones realizadas en su territorio, la posibilidad de transferir libremente las rentas de esas inversiones y otros pagos relacionados por las mismas, y en particular, pero no exclusivamente:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>- las rentas de inversión, tal y como han sido definidas en el artículo 1;</li><li>- las indemnizaciones previstas en el artículo 5;</li><li>- la amortización de préstamos;</li><li>- el producto de la venta o liquidación total o parcial de una inversión;</li></ul> <p>Las transferencias se harán en divisas libremente convertibles. La Parte receptora de la inversión facilitará al inversionista de la otra Parte o a la sociedad en la que participa el acceso al mercado oficial de divisas en forma no discriminatoria.</p> | <p>1. Cada Parte Contratante garantizará a los inversores de la otra Parte Contratante, con respecto a las inversiones realizadas en su territorio, la transferencia sin restricciones de los pagos, relacionados con las mismas y en particular, pero no exclusivamente, los siguientes:</p> <p>Las rentas de inversión, tal y como han sido definidas en el artículo I;</p> <p>Las indemnizaciones previstas en el artículo V;</p> <p>Las compensaciones previstas en el artículo VI;</p> <p>El producto de la venta o liquidación, total o parcial, de las inversiones;</p> <p>Las sumas necesarias para el reembolso de préstamos vinculados a una inversión;</p> <p>Las sumas necesarias para la adquisición de materias primas o auxiliares, productos semimanufacturados o terminados o para la sustitución de los bienes de capital o cualquier otra suma necesaria para el mantenimiento y desarrollo de la inversión;</p> <p>Los sueldos, salarios y demás remuneraciones</p> <p>2. La Parte Contratante receptora de la inversión garantizará al inversor de la otra Parte Contratante, en forma no discriminatoria, la posibilidad de adquirir las divisas necesarias para realizar las transferencias amparadas en el presente artículo.</p> |
| <p>2.- La parte contratante receptora de la inversión facilitará al inversor de la otra parte contratante o a la sociedad en la que participa, el acceso al mercado de divisas en forma no discriminatoria</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |

## 5.7. A Modo de Conclusión sobre los BIT

La revisión del contenido de los convenios bilaterales de inversión que España ha suscrito con los países andinos indica un elevado grado de homogeneidad en el contenido de los mismos. Los temas tratados son mayormente similares, lo mismo que los compromisos establecidos, más allá de disposiciones y provisiones específicas a cada BIT.

Es evidente que similar situación debería esperarse para los BIT de otros países europeos con los países andinos: los temas relevantes para las inversiones (Trato Nacional, Libre Transferencia de Fondos, Solución de Controversias, Compensación por Expropiaciones, etc.) son fundamentalmente comunes a cualquier inversión; independientemente de su origen, naturaleza y nacionalidad. No deben entonces esperarse grandes innovaciones o diferencias en el trato exigido y dado por cada país a las inversiones.

Lo mismo puede ser presumido para acuerdos entre bloques, como sería el caso del Acuerdo de Asociación, de llegar a concretarse. Bajo un criterio de superposición y complementariedad con los convenios bilaterales, no deben esperarse grandes variaciones o excepciones en los postulados que se establezcan en el Acuerdo de Asociación, los cuales en cierto sentido serán genéricos y difusos, pero también concluyentes, indicando parámetros comunes para el tratamiento de las inversiones. No debe asumirse, entonces, que haya mucho espacio para posturas o planteamientos radicales que puedan ir contra los estándares que los países de la UE exigen para sus inversiones. En ese sentido, debe recalcarse que en caso de la negociación entre el grupo de países andinos y la UE, está siempre la diferencia de que el proceso de vinculación se da no entre un bloque y un país, sino entre dos bloques de países, lo que evidentemente exige establecer un grado de cohesión y compromiso no solo entre bloques, sino también al interior de los bloques.

Adicionalmente, este proceso de vinculación no se realiza entre dos bloques que estén en el mismo nivel de desarrollo. Mientras la Unión Europea, más allá de sus procesos y conflictos internos, ha sido capaz de

consolidarse como una asociación funcional, la Comunidad Andina ha acumulado un largo historial de esfuerzos frustrados, procesos bloqueados y controversias crónicas; lo que incluso ha alimentado serios cuestionamientos a su utilidad y viabilidad, así como llamadas por su desactivación.

Esta incapacidad de la CAN para consolidar estructuras internas y establecer un grado de homogeneidad y cohesión entre sus miembros es un problema de larga data, el cual ha eclosionado a partir de las presiones establecidas por la negociación con la Unión Europea. De esta manera, el posible Acuerdo de Asociación con la UE puede –y estaría– actuando como un catalizador que exige a los países andinos el establecer y aceptar compromisos y políticas comunes.

Lo anterior significa que el proceso de integración de la CAN con la UE será negociado en dos frentes. Primeramente, un frente externo que representa la negociación con la UE; pero adicionalmente, un frente interno, entre los propios países integrantes de la CAN buscando establecer parámetros y acuerdos comunes. Lo que para el caso del bloque andino significa hacer un esfuerzo extra para superar y conciliar, en un lapso relativamente corto de tiempo, diferencias que no han podido ser solucionadas por décadas.

En este esfuerzo no se trata sólo de los marcos legales y jurídicos, y los intereses económicos de cada país, que difieren y dificultan lograr consensos; sino que también se trata de la diversidad de sus momentos políticos y de sus grupos gobernantes, que van de los planteamientos de economía liberal en Perú hasta los postulados de un socialismo de corte indigenista para el caso de Bolivia. Estos factores incidirán en el tema del tratamiento de las inversiones y harán aún más difícil hallar –si es que existen– puntos de coincidencia y articulación.

## 6. CONCLUSIÓN: LA REALIDAD EN EL TRATAMIENTO DE INVERSIONES

La revisión de los principales acuerdos y convenios de promoción de la inversión suscritos durante los últimos años, tanto por los países integrantes de la CAN, como por otros países relevantes –Chile y México– permiten tener no sólo una visión de la actual situación de los regímenes de protección y promoción de las inversiones a nivel regional y local; sino que, además –y más importante–, nos indican cuáles son los principales puntos críticos existentes en dichos regímenes. Esto nos ofrece, igualmente, una idea de cuál podría ser el resultado de la negociación del Acuerdo CAN-UE en temas vinculados a la inversión, de no mediar el desarrollo de propuestas y procesos alternativos.

En ese sentido, resulta claro que el establecimiento de convenios marco y convenios específicos apunta al desarrollo gradual de un sistema de blindaje de la inversión contra posibles riesgos y pérdidas mediante la acumulación gradual de garantías y ventajas. Así, puntos que no son explícita o ampliamente cubiertos por acuerdos globales o entre bloques de países –como el pretendido Acuerdo de Asociación con la UE– son atendidos por los BIT y/u otros convenios específicos a nivel de cada país.

De esta forma, el sistema de protección a las inversiones se ha ido reforzando paulatinamente hasta el punto que cada vez resulta más difícil para un país el poder cuestionar, revisar, modificar o cancelar dicho sistema; debido a la superposición e interrelación de compromisos y acuerdos. Esto multiplica e incrementa las presiones a favor de mantener el *statu quo*, disminuyendo así el margen de maniobra de los Estados para buscar condiciones más equilibradas y transparentes entre el interés público y el interés privado.

En efecto, la existencia de esta red de protección a las inversiones –fundamentalmente extranjeras– ya ha generado una serie de casos paradigmáticos que expresan el creciente poder de los inversionistas ante el Estado y la sociedad, y el fortalecimiento del interés privado en desmedro del interés público.

## **6.1. El Desbalance en Favor del Interés Privado: Casos Ilustrativos**

Como ya se ha indicado, el proceso de establecimiento de múltiples acuerdos –a nivel nacional e internacional– para la promoción y protección de la inversión privada ha generado una situación donde el poder de negociación y capacidad de maniobra del inversionista privado se ha ido reforzando de manera considerable, en desmedro de la capacidad del Estado y de la sociedad para defender sus propios y legítimos intereses y derechos.

Esta situación encuentra su más clara expresión en el campo de las controversias inversionista-Estado, siendo que en la región latinoamericana se han producido en los últimos años una serie de casos paradigmáticos, donde inversionistas demandaron al Estado acogiéndose a las garantías y protecciones que el mismo Estado les había otorgado.

### **6.1.1. México: Caso Metalclad**

Las garantías y facilidades dadas a las inversiones tuvieron un salto exponencial a partir de la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA) con Estados Unidos y Canadá, el cual entró en vigor en 1994. Dicho tratado incluyó una serie de provisiones en favor de los inversionistas foráneos, lo que con el transcurrir de los años ha dado lugar a una serie de procesos controversiales donde el inversionista extranjero ha demandado al Estado mexicano por daños y perjuicios. Tal fue el caso de Metalclad, una corporación estadounidense que operaba en la Municipalidad de Guadalupe, en el Estado mexicano de San Luis de Potosí. En 1993, esa empresa inició inversiones para establecer un depósito de desperdicios tóxicos, lo que evidentemente representaba un serio riesgo para la salud. Cuando la Municipalidad denegó a Metalclad permiso para construir dicho depósito, la empresa inició una demanda por daños y perjuicios ante el panel del NAFTA encargado de la resolución de controversias Estado-inversionista.

Lo chocante del caso Metalclad, no sólo es que la empresa demandó compensación por las supuestas pérdidas que le había generado o iba a generar la suspensión de un cuestionable proyecto, que a todas luces era un grave riesgo para la salud y el bienestar de la población. Además de ello, lo sorprendente fue que esta empresa no demandó al Municipio, sino al Gobierno Federal de México, acogiéndose a una controversial disposición del NAFTA<sup>42</sup> que permite a las corporaciones demandar a los gobiernos nacionales por hechos o decisiones que tomen gobiernos subnacionales (regiones o municipios).

La demanda, llevado ante el Panel del NAFTA, concluyó en agosto de 2000 con una sentencia favorable a Metalclad, estableciéndose que el Estado mexicano debía pagar a esa corporación US\$ 15.6 millones de dólares por daños y perjuicios.

Metalclad ha quedado registrado como un preocupante precedente para futuros casos de demandas inversionistas-Estado, al haber establecido la posibilidad de que un Estado nacional pueda ser demandado por acciones realizadas por otras entidades de gobierno (como las municipalidades) sobre las cuales no tiene poder ni control.

#### **6.1.2. Chile: Caso Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende**

En 1973 el diario Clarín de Chile –propiedad de Víctor Pey Casado, de nacionalidad española– era uno de los principales voceros de la izquierda y uno de los medios de prensa partidarios del gobierno socialista de Salvador Allende. Al darse el golpe de Estado encabezado por Augusto Pinochet, el diario fue confiscado y desmantelado por el régimen militar, sin otorgarse ninguna compensación a sus propietarios.

Tras la restauración de la democracia en Chile, Víctor Pey Casado presentó ante el Estado chileno un pedido de compensación por la pérdida del

---

<sup>42</sup> Incluida en el Capítulo 11 del Acuerdo, que trata sobre las inversiones.

diario, el cual fue rechazado. Ante esto, en 1997 Pey Casado y la Fundación Presidente Allende demandaron al Estado chileno ante el CIADI por nada menos que US\$ 517 millones de dólares, alegando que el Estado chileno había incumplido con las garantías de restitución y compensación por expropiación, contenidas en el Acuerdo recíproco de protección de inversiones que existe entre España y Chile, a cuya protección Pey Casado se acogió como ciudadano español. Tras años de demandas y contra demandas, el proceso llegó a su conclusión en mayo de 2008, con un laudo del CIADI que reconoció a Pey Casado el pago de una compensación por US\$ 10 millones de dólares, que el Estado chileno debe honrar<sup>43</sup>.

Lo controversial de este caso no se deriva en realidad de la validez o no de la demanda de compensación por los daños y pérdidas causados por el cierre del diario Clarín, pues resulta indudable que se cometieron arbitrariedades e injusticias, que los daños existieron y que es justa y necesaria una compensación a los propietarios del diario. Sin embargo, paradójicamente dicha demanda –legítima en principio– resulta una perversión debido a dos consideraciones.

En primer lugar, la demanda exige compensación retroactiva, por daños y perjuicios ocurridos en la década de los 70, mucho antes de que entrase en vigor cualquier acuerdo mutuo de protección y compensación de inversiones entre Chile y España. Debido a ello, resulta altamente cuestionable que, con retroactividad, Pey Casado haya exigido el disfrute de derechos que en el momento de ocurrir la expropiación no habrían estado clara y específicamente vigentes.

Pero un problema mucho más grave de la demanda estriba en *contra quien* va dirigida: contra el Estado chileno. Los abusos cometidos por la dictadura de Pinochet son indudables, pero responsabilizar al Estado chileno –y por ende a la nación chilena– por los actos cometidos por un régimen que justamente atentó contra el Estado, pues quebró la legalidad y destruyó el orden constitucional, equivale a hacer pagar a justos

<sup>43</sup> Laudo sobre el caso CIADI N ARB/98/2 «Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende versus la República de Chile».

por pecadores. Lo natural y correcto habría sido que la demanda se dirigiese contra quienes realmente fueron causantes de las injusticias y arbitrariedades cometidas y que se beneficiaron de estas: el general Pinochet (o sus deudos) y los altos mandos militares directamente implicados en el golpe de estado de 1973, a fin de que ellos respondiesen con su patrimonio personal a la demanda presentada por Pey Casado y la Fundación Allende.

Lo sucedido en este caso es una preocupante muestra de las desviaciones que pueden ocurrir con las demandas por daños y perjuicios. Procesar a un Estado democrático y exigirle compensación por abusos realizados por una dictadura ilegal e ilegítima resulta cuestionable, pues en la práctica significa perjudicar al mismo pueblo que fue también víctima de la dictadura.

En relación con lo anterior, debe tenerse en cuenta que actualmente se viene propulsando en el ámbito internacional la figura de la «deuda odiosa», en relación con la condonación de las deudas asumidas por gobiernos ilegítimos e ilegales. Bajo este concepto de «deuda odiosa», los pueblos no pueden ser considerados responsables por las deudas que gobiernos criminales, corruptos o inconstitucionales hayan contraído, no estando obligados a su pago.

En ese sentido, la demanda de Pey Casado va directamente en contra del principio de justicia social que propugna la «deuda odiosa»; la cual propugna que un pueblo no puede ser responsabilizado por los actos cometidos por un gobierno impuesto a la fuerza. Así, esta demanda, pese a su indudable validez legal y moral, resulta paradójicamente una interpretación perversa de la justicia, que en lugar de exigir restitución al perpetrador de la injusticia, por el contrario, termina exigiendo restitución a otra víctima, en este caso el Estado y el pueblo de Chile.

### **6.1.3. Bolivia: Caso Bechtel – Aguas del Tunari**

En 1999 el Gobierno boliviano –entonces encabezado por el ex dictador Hugo Banzer– emprendió el proceso de privatización del suministro de

agua en la ciudad de Cochabamba. A este proceso se presentó un único postor: Aguas de Tunari, un consorcio conformado por International Water Limited (Gran Bretaña), Utility Edison (Italia), Bechtel Enterprise Holdings (Estados Unidos), Abengoa (España) y dos compañías bolivianas, ICE y SOBOCE.

El desarrollo de la concesión –entregada a 40 años– tropezó desde el inicio con serios problemas técnicos y de financiamiento, así como con cuestionamientos respecto a su validez legal y legitimidad social. Protestas y movilizaciones generadas por el incremento exagerado de las tarifas de agua, llevaron a la declaración del estado de emergencia en la provincia de Cochabamba en abril de 2000.

Tras meses de disturbios y controversias, el mismo año el Gobierno declaró la concesión revocada. Ante esta situación, los propietarios de Aguas del Tunari buscaron llevar a proceso al Estado boliviano ante los tribunales internacionales, por daños y perjuicios. En noviembre de 2001, Bechtel –uno de los accionistas de Aguas del Tunari– presentó su demanda ante el CIADI, acogiéndose a las garantías y protecciones otorgadas por el Acuerdo Bilateral de Inversiones existente entre Bolivia y Holanda.

La demanda de Bechtel adolecía de graves yerros y cuestionables argumentos. Así, se reclamaba el pago no sólo por los daños reales producidos a su inversión, sino que además se exigía compensación por concepto de «lucro cesante»; es decir, por las supuestas ganancias futuras que Bechtel esperaba percibir de la concesión.

Mucho más grave aún fue el hecho de que Bechtel era una empresa estadounidense y, por lo tanto, sin derecho a reclamo, pues no existía un Acuerdo de Inversiones entre Bolivia y Estados Unidos. Sin embargo, Bechtel recurrió a la argucia de crear una empresa subsidiaria en Holanda –país que sí tenía BIT vigente con Bolivia– única y exclusivamente con el fin de beneficiarse de las garantías de dicho BIT, garantías que en realidad no le correspondían.

Ante esto, el Gobierno boliviano adujo que la supuesta «nacionalidad holandesa» de la subsidiaria de Bechtel no era válida, pues dicha subsidiaria era simplemente una entidad artificial establecida en 1999 tras ganar Bechtel la concesión del suministro de aguas, y con el único fin de beneficiarse indebidamente de la protección legal acordada mediante el BIT entre Bolivia y Holanda.

Sin embargo, el CIADI rechazó los argumentos de Bolivia y aceptó los argumentos de Bechtel respecto a la validez de su «nacionalidad holandesa» y el «lucro cesante»; y concluyó otorgando a Bechtel una compensación de US\$ 50 millones de dólares por daños y por pérdida de ganancias futuras. Esta chocante decisión motivó el reclamo del Estado boliviano, su negativa a cumplir con lo establecido por la decisión, así como su posterior retiro del CIADI.

Tras años de campaña internacional contra Bechtel y negociaciones, finalmente, en enero de 2006 el Gobierno de Bolivia –bajo la presidencia de Evo Morales– y la empresa Aguas del Tunari alcanzaron un acuerdo que establecía que la concesión fue revocada debido al malestar civil y el estado de emergencia en Cochabamba y no debido a actos irregulares o ilegales por la empresa Aguas del Tunari. Asimismo, ambas partes acordaron abandonar cualquier demanda legal o financiera existente entre ambos.

El caso de Aguas del Tunari llama a preocupación, pese a su conclusión satisfactoria para el Estado boliviano, pues dicha conclusión sólo se logró tras una fuerte y continua campaña internacional contra los abusos de Bechtel, tras haber perdido el Gobierno boliviano el arbitraje ante el CIADI. En ese sentido, la aceptación por parte del CIADI del concepto del «lucro cesante» estableció un grave precedente para futuros casos de demandas por inversiones, donde los inversionistas afectados podrían presentar pedidos de compensación exagerados e injustificados basándose en la supuesta pérdida de «futuras ganancias».

Aún más grave resulta el que el CIADI reconociese la supuesta «nacionalidad holandesa» de la subsidiaria de Bechtel pese a las numerosas evidencias de que dicha subsidiaria era tan sólo una empresa fantasma. La

cuestionable decisión del CIADI ha abierto las puertas para que se produzcan en el futuro situaciones similares, donde empresas de determinada nacionalidad establezcan subsidiarias de otra nacionalidad para acceder a los beneficios de los BIT. Así, por ejemplo, el Estado peruano podría encontrar que una empresa peruana que pretende procesar es «legalmente» estadounidense, o que una empresa española es «legalmente» mexicana.

De esta forma, se está recortando irregular y perversamente la capacidad de un Estado para negociar/revocar concesiones; pues dicho Estado podría encontrar que debido a estas manipulaciones de la nacionalidad y origen de las empresas, estas pueden acceder a un régimen de protección que no les corresponde, como fue el caso de Bechtel.

#### **6.1.4. Ecuador: Caso Occidental Petroleum**

Occidental era una compañía petrolera que desde 1999 venía realizando en Ecuador labores de exploración y producción petrolera. Bajo los términos contractuales establecidos, Occidental se beneficiaba de devoluciones de impuestos sobre gastos y costos ligados a la exportación de petróleo.

Sin embargo, en 2001, el servicio tributario del Ecuador concluyó que Occidental –y otras compañías petroleras– habían estado beneficiándose indebidamente de dichas exoneraciones, por lo que dispuso la cancelación de dichos beneficios y el retorno al tesoro ecuatoriano de los montos otorgados a Occidental. La empresa llevó su caso ante los tribunales ecuatorianos, los cuales fallaron en su contra, ratificando la decisión de las autoridades tributarias.

Finalmente, en 2002, Occidental denunció su caso ante el CIADI, que lo acogió bajo el marco del Tratado Recíproco de Protección de Inversiones existente entre Ecuador y Estados Unidos<sup>44</sup>. En julio de 2004, el CIADI falló

---

<sup>44</sup> Dicho acuerdo fue suscrito en 1993 y entró en vigencia en 1997.

a favor de Occidental estableciendo que el Estado ecuatoriano debía no sólo devolver a Occidental los tributos retirados, sino además pagar US\$ 75 millones de dólares por daños y perjuicios. El Gobierno del Ecuador ha apelado, pero hasta el momento el CIADI ha sostenido dicho fallo.

En el caso Occidental versus Ecuador, resulta preocupante cómo bajo los términos del BIT entre Ecuador y los Estados Unidos, el CIADI ha interpretado que puede resolver sobre temas tributarios; lo que colisiona directamente con la visión tradicional de considerar estos temas como un ámbito exclusivo de los Estados, cuya prerrogativa soberana era decidir sobre la tributación interna. Más aún, debe tenerse en cuenta que previamente a su denuncia ante el CIADI, Occidental había llevado su caso ante los tribunales ecuatorianos, los cuales –con arreglo a la ley– habían concluido que no le asistía razón a la empresa.

De esta forma, lo que se plantea –a partir del caso Occidental– es que un inversionista foráneo tendría ahora la posibilidad de arrastrar y dilatar procesos sobre temas de pago de tributos internos –independientemente de que la asista o no la razón– incluso si los tribunales nacionales han fallado en su contra, en un proceso con todas las garantías debidas. Lo sucedido en el caso Occidental refleja la pérdida de soberanía legal y de autonomía de los Estados, a partir del establecimiento de convenios de protección a la inversión cuyo ámbito de aplicación es difuso. Así, un Estado que pretenda emprender una reforma tributaria, crear nuevos impuestos, variar tasas de aplicación de los mismos, racionalizar exoneraciones, o cobrar multas –todas acciones que supuestamente son propias de un Estado soberano– podría muy bien encontrarse denunciado ante los tribunales internacionales, como fue el caso de Occidental.

Lo anterior otorga a las empresas transnacionales una enorme capacidad de presión y negociación ante los Estados, al tener ellas el poder de llevar temas que deberían ser de tratamiento interno al ámbito externo, sin necesidad de justificar la validez o pertinencia de su demanda. En ese

sentido, el costo para el Estado de un proceso largo y tortuoso en una instancia foránea, podría muy bien convertirse en un factor que desaliente las iniciativas de dicho Estado relacionadas con incrementar/recuperar ingresos, reformar la tributación y buscar mayor equilibrio entre los beneficios que obtienen los inversionistas extranjeros y el interés nacional.

#### **6.1.5. Perú: Caso Lucchetti**

Lucchetti Perú S.A., era una compañía productora de pastas y harinas de capitales chilenos, que operaba en nuestro país en la década de los 90 durante el gobierno de Alberto Fujimori. Como parte de sus planes de expansión, en 1996 inició la construcción una planta de fabricación y venta de pastas en las proximidades de los Pantanos de Villa, que era una zona de reserva ecológica y en donde edificaciones de las dimensiones de la planta estaban prohibidas.

En 1997 el Municipio Distrital de Chorrillos y el Municipio Provincial de Lima emitieron notificaciones ordenando la paralización de la construcción de la planta por infringir las normas ambientales declarando, a continuación, nulos y sin valor los permisos de construcción otorgados a Lucchetti. La empresa procedió a demandar a los dos municipios ante el Poder Judicial, entonces intervenido y controlado por el régimen de Fujimori y Montesinos. El fallo fue favorable a Lucchetti, que procedió a terminar la construcción de la planta.

En el año 2001, tras la caída de ese gobierno y la restauración de la democracia, el Municipio de Lima reasumió el caso y procedió a cancelar las licencias de operación de la planta por riesgos ambientales, así como por vicios en los procedimientos administrativos y judiciales por parte de esa empresa. Esto se hizo a la luz de la evidencia proporcionada por videos que mostraban a altos funcionarios de Luchetti negociando con Montesinos y otros miembros del régimen de Fujimori el logro de decisiones judiciales a favor de la empresa en su proceso contra la Municipalidad.

Lucchetti, tras haber sido cancelada su licencia, al haberse demostrado que había sido autorizada por una decisión judicial fraudulenta, procedió a denunciar al Estado peruano ante el CIADI, invocando la protección del Convenio Bilateral de Inversión existente entre Chile y Perú y que había entrado en vigor en 2000.

Increíblemente, aunque existía abundante información y evidencia de las maniobras ilícitas desarrolladas por directivos y representantes de Luchetti en relación con la autorización y establecimiento de su planta – incluyendo los videos y grabaciones que probaban el tráfico de influencias con el entonces asesor presidencial Vladimiro Montesinos– ello no fue impedimento para que el CIADI reconociese como válida y admitiese la demanda de Luchetti –que reclamaba una indemnización de US\$ 150 millones de dólares– y emprendiera un proceso de arbitraje, al cual el Estado peruano se vio obligado a someterse.

Aunque finalmente el fallo del CIADI fue en favor del Estado peruano<sup>45</sup>, la realidad es que este se vio sometido a un proceso injustificado y riesgoso, generado por un inversionista extranjero implicado en actos irregulares y cuyos fines eran ilegítimos; y que unilateralmente usó y abusó de las libertades y prerrogativas otorgadas en favor de la inversión extranjera, para especular con un proceso arbitral que le demandó al Estado peruano tiempo y recursos; y que, además, muy bien pudo haberle sido desfavorable.

#### **6.1.6. En Resumen**

El análisis de los distintos casos de controversia inversionista-Estado que han sido presentados en las secciones anteriores, dejan en claro que las ventajas y garantías otorgadas, mediante BIT u otros convenios similares, al inversionista, en no pocas ocasiones han ocasionado o permitido situaciones de abuso y exceso por parte del privado; al permitirle la posibili-

---

<sup>45</sup> En febrero de 2005, el CIADI concluyó que no era competente para resolver la demanda de Lucchetti contra el Estado peruano. En septiembre de 2007 esta decisión fue ratificada en segunda instancia.

dad de demandar y someter a arbitraje situaciones controversiales en donde no le asistía ni el derecho, ni la razón, ni la legitimidad.

Estos abusos y excesos toman diversas formas y expresiones, como se ha visto: desde la manipulación de la nacionalidad (Caso Aguas del Tunari) y el procesamiento indebido al Estado (Caso Pey Casado), hasta el soslayar actos irregulares cometidos por el inversionista (Caso Luchetti), el asumir bajo arbitraje temas que deberían ser de potestad exclusiva de los Estados (Caso Occidental) o el exigir compensaciones por supuestas ganancias futuras (Caso Metalclad).

Sin embargo, más allá de las características y precedentes establecidos por los casos presentados, la realidad que se deriva de estos es que el proceso de establecimiento de garantías y facilidades a las inversiones extranjeras se ha realizado en nuestros países, a menudo, sin espíritu crítico ni conciencia sobre los reales costos y beneficios. Así, numerosos yerros y vacíos legales introducidos y generados bajo el cobijo de los acuerdos de inversiones bilaterales o multilaterales, han creado y siguen creando oportunidades para que los inversionistas adopten comportamientos oportunistas y predatorios en contra del bien público.

Lo anterior exige que ante el proceso de negociación del Acuerdo de Integración CAN-UE, los Estados y la sociedad civil de los países andinos adopten una posición de prudencia y responsabilidad en lo referente al tratamiento de las inversiones, de las facilidades y garantías que se otorguen al inversionista foráneo.

Así, la sociedad civil debe no sólo mantenerse vigilante en el proceso CAN-UE, sino además exigir a sus respectivos gobiernos vigilancia y responsabilidad al negociar; pues la lección que surge de los casos de controversias inversionista-Estado presentados, es que no es aceptable ni permisible que los gobiernos andinos asuman o admitan por razones de ignorancia legal, ceguera ideológica, beneficio político, presión diplomática, etc., disposiciones o lineamientos que en el futuro puedan ser manipulados en contra de los intereses nacionales y los derechos de la ciudadanía.

## **6.2. Lineamientos para una Política de Promoción de Inversiones más Equitativa y Transparente**

El proceso de liberalización económica desarrollado desde inicios de los años 90, tanto en el Perú como en el resto de la región andina, ha tenido significativas implicancias para nuestros países en los más diversos campos: laboral, ambiental, comercial, entre otros; lo que incluye –muy significativamente– al tratamiento de las inversiones foráneas.

Fue así como, en el marco de las políticas de Estado inspiradas por el llamado «Consenso de Washington» –que los países andinos asumieron con naturales diferencias de matices y contextos individuales–, la inversión extranjera fue considerada como un elemento fundamental para el crecimiento económico y el progreso social. De esta forma, en el Perú y países vecinos, fue estableciéndose, gradualmente, toda una estructura de atracción, promoción y protección del inversionista y de los capitales foráneos, que hasta el presente continúa ampliándose y reforzándose. Un componente central de dicha estructura de protección del inversionista extranjero ha sido y es el establecimiento de acuerdos y compromisos internacionales que refuercen y garanticen sus derechos e intereses ante los Estados nacionales. De esta forma, en la revisión de los acuerdos y compromisos adoptados por los países del área andina en el campo económico y comercial, se comprueba la existencia de un nutrido tinglado de disposiciones legales y administrativas en favor de los inversionistas extranjeros y de sus intereses; incluso en el caso de que dichos intereses puedan colisionar con los intereses nacionales.

Considerando esta situación, las perspectivas de la negociación del Acuerdo de Integración CAN-UE en curso resultan particularmente problemáticas para la defensa y promoción de los intereses nacionales frente a los intereses de las inversiones transnacionales y el establecimiento de un acuerdo con la Unión Europea que reconozca asimetrías y excepciones en el tratamiento a los inversionistas extranjeros.

Debe de tomarse en cuenta que las dificultades para la negociación del tratamiento de la inversión extranjera, no sólo provienen de las deman-

das que la Unión Europea pueda exigir a los países andinos, sino que también surgen de las concesiones ya realizadas en el pasado mediante acuerdos previos (acuerdos bilaterales, convenios de estabilidad jurídica, tratados de libre comercio, etc.) por cada uno de los países andinos – especialmente por el Perú– lo que representa una barrera para el avance de posiciones más progresistas y sensibles a la realidad regional.

En ese sentido, el Tratado de Libre Comercio suscrito entre el Perú y los Estados Unidos, así como los numerosos convenios bilaterales de inversión suscritos por los países miembros de la CAN con países de la UE (en especial con España) se traducen en la realidad en un conjunto de parámetros y restricciones que dificultan y reducen la capacidad negociadora de los países andinos, en bloque e individualmente.

A lo anterior debe agregarse el problema adicional que representa la falta de cohesión y acuerdo al interior de la CAN sobre las posiciones y propuestas con las cuales encarar a la Unión Europea en la mesa renegociaciones. La presente disparidad ideológica y política de los diversos países miembros de la Comunidad Andina, que se ha reflejado en sucesos como el reciente retiro de Venezuela<sup>46</sup>, así como en diversos episodios de controversia pública que amenazaron –y aún amenazan– con quebrar definitivamente a la Comunidad<sup>47</sup>, constituye un reto mayor, que al momento no es seguro que pueda superarse.

Ante esta situación, el gran desafío para los países andinos y –más específicamente– para sus sociedades civiles, es generar, nutrir y defender una agenda común, una visión estratégica conjunta que se eleve por encima de las diferencias y oposiciones coyunturales. Ello exige el forta-

---

<sup>46</sup> Cabe recordar que una de las causas centrales del retiro de Venezuela de la CAN fue la realización de los TLC de Colombia y Perú con los Estados Unidos, lo que acorde a declaraciones oficiales del Gobierno de Venezuela, causó un daño irreparable a la normatividad y a las instituciones andinas, volviéndolas inservibles.

<sup>47</sup> En ese sentido, destacan los reiterados llamamientos del Presidente Alan García para lograr una negociación directa e individual entre el Perú y la UE, denunciando la supuesta imposibilidad de lograr una negociación entre bloques debido a la presencia de Bolivia y Ecuador, cuyos gobiernos García considera como hostiles a la inversión extranjera.

lecimiento de un proceso de integración y de comunidad que hoy en día esta gravemente amenazado por fuerzas económicas y políticas de carácter centrífugo y divisionista, que apuestan por una quimérica integración en solitario con el llamado «primer mundo».

Ante esto, la necesidad de defender el proceso integrador andino como mecanismo y herramienta para el avance social y económico en el Perú y en la región, reclama la construcción de posiciones comunes, no sólo de cara a la negociación del Acuerdo con la UE, sino también de cara al proceso de globalización de la economía. La pregunta entonces es: ¿Cómo aportar a ello en el marco de la negociación CAN-UE?, ¿cómo puede procurar la sociedad civil andina que la negociación del Acuerdo CAN-UE se constituya en un factor catalizador y dinamizador del progreso y la defensa de los intereses nacionales?

La respuesta a dichas preguntas pasa por el establecimiento de un conjunto de lineamientos estratégicos, los cuales deben ser adoptados y promovidos por interlocutores y sectores organizados de la sociedad civil, con vistas a asegurar la negociación de un Acuerdo de Integración transparente, equitativo y sensible a las realidades de nuestros pueblos. En ese sentido, entre los acápites que deberían formar parte de dichos lineamientos estratégicos –centro de una agenda de la sociedad civil andina– destacan los siguientes:

● **Defender el reconocimiento de asimetrías**

Para lo cual debe usarse con sustento central los mismos principios y parámetros establecidos por los países europeos dentro del Acuerdo de Cotonou para la promoción y protección de países con condiciones especiales.

En ese sentido, resulta de particular importancia lograr el reconocimiento y tratamiento de asimetrías en tres niveles diferenciados:

- Entre la UE y la CAN.
- Entre los mismos países de la CAN.
- Al interior de cada país de la CAN.

De esta forma, se debe propulsar la introducción en la agenda negociadora CAN-UE del tratamiento diferenciado; primeramente entre grupos de países –los andinos y los europeos– como reconocimiento del diferente nivel de desarrollo y consolidación que existe entre la CAN y la UE como asociaciones económicas y políticas; donde el grado de avance logrado por la Unión Europea le representa considerables ventajas de maniobra, posicionamiento y dominio frente a la CAN, ventajas que sean compensadas.

La segunda clase de asimetrías que deben ser reconocidas, son las existentes al interior de la CAN –es decir, entre los mismo países andinos– debido a la existencia de condiciones especiales (mediterraneidad, conflicto interno, etc.) en determinados países, lo que amerita el establecimiento de excepciones y compensaciones.

En tercer lugar, debe considerarse el tratamiento diferenciado al interior de cada país andino, identificando sectores económica y socialmente vulnerables (sectores de bajos ingresos, poblaciones indígenas, grupos de víctimas de la violencia, desplazados, sectores de mujeres, minorías raciales, etc.) buscando asegurar para estos sectores la protección y compensación cuya especial situación amerita.

● **Defender el derecho de los ciudadanos y organizaciones sociales a ser debidamente informados y obligatoriamente consultados**

Este es un factor clave para la ciudadanía de los países andinos, especialmente considerando que la historia política de nuestra región está marcada por innumerables episodios de arbitrariedad y exclusión por parte de las elites económicas, políticas y sociales; que tomaron decisiones trascendentales para nuestros países sin informar ni consultar a la mayoría. Así, la promoción y fortalecimiento de la participación y vigilancia ciudadana son elementos que deberán ser centrales en la agenda de la sociedad civil de cara a la negociación del Acuerdo con la Unión Europea.

De la misma forma, otro elemento a impulsar debe ser la obligatoriedad de la aprobación/ratificación de los acuerdos alcanzados en la negociación CAN-UE vía referéndum, con una población debidamente informa-

da. Este es un tema crítico que tiene que defenderse con especial cuidado, considerando antecedentes recientes, como la irregular aprobación en el Perú del acuerdo del TLC con Estados Unidos en 2006; aprobación que se realizó de manera casi subrepticia por parte del Poder Ejecutivo y del Congreso, con mínima información ciudadana y en un proceso marcado por irregularidades y precipitaciones.

En ese sentido, resulta importante propulsar la participación directa de los gobiernos subnacionales (regiones, municipios, etc.) en el proceso de negociación como legítimas partes interesadas; a fin de asegurar que las posiciones que cada país lleve ante la CAN y la UE sean representativas de las diversas posiciones políticas y expresen verdaderos acuerdos multipartidarios.

#### ● **Encarar los temas críticos en el campo del tratamiento de las inversiones extranjeras**

El tema de las inversiones foráneas y su tratamiento es un elemento central en la negociación del Acuerdo CAN-UE, por lo que es indispensable que, pese a los parámetros y restricciones que representan los compromisos ya asumidos, los países andinos se esfuercen en imponer el reconocimiento de una serie de puntos sensibles y el logro de acuerdos en el marco de la negociación, tales como:

- Defender la vigencia y legitimidad de los requisitos de desempeño para las inversiones extranjeras, en particular en rubros con especial impacto económico, social y ambiental para los países donde se lleva a cabo la inversión (tal como es el caso de las industrias extractivas).
- Defender la aplicación de mecanismos de trato preferencial/compensatorio a los agentes nacionales en sectores estratégicos –como la agricultura, las industrias extractivas, la pequeña y micro empresa, etc.– para el desarrollo de los países andinos.
- Rechazar la inclusión de mecanismos de disputa inversionistas-Estado, tales como la figura de los arbitrajes, que eludan y desconozcan las estructuras y mecanismos legales domésticos.

- En relación a lo anterior, prohibir la presentación de controversias ante entidades y ámbitos internacionales por parte del inversionista extranjero, hasta que dicho inversionista haya agotado todos los recursos legales domésticos razonablemente disponibles.
- Rechazar la aplicación de mecanismos de arbitraje inversionista-Estado sobre aquellos aspectos relacionados con los recursos naturales, en especial con respecto a la salud y la seguridad de la población.
- Defender el establecimiento de parámetros claros y bien definidos para el concepto de «inversión», «inversionista», etc., impidiendo su aplicación indiscriminada o su distorsión con fines maliciosos o especulativos.
- Estar alerta ante intentos de validar la aplicación indiscriminada de criterios como «expropiación indirecta» o «responsabilidad colateral», entre otros; especialmente en rubros claves como las políticas tributarias, la regulación de buenas prácticas corporativas, la imposición de estándares laborales, la reafirmación de la soberanía sobre los recursos naturales, etc.

Reafirmar la defensa de excepciones específicas para la protección del interés público en rubros claves para el desarrollo: seguridad alimentaria, igualdad de género, salud y medio ambiente, entre otros.

Los puntos mencionados representan sólo algunos de los muchos aspectos críticos que la negociación del Acuerdo CAN-UE implica para nuestros países, tanto en el campo de las inversiones como en muchos otros; y, por ello, dichos puntos deben ser tomados como elementos que pueden contribuir a la construcción de una agenda más amplia y comprensiva para la sociedad civil.

En ese sentido, cabe recordar y reiterar que el proceso de negociación del Acuerdo CAN-UE se perfila como un episodio fundamental para el desarrollo económico y social de los países andinos, que puede repre-

sentar o una mayor sujeción a las corrientes vinculadas a la ultraliberalización económica y la supremacía de los grandes intereses transnacionales; o, por el contrario, el surgimiento de un esfuerzo común y consensuado entre nuestros países por un desarrollo alternativo con equidad, inclusión y legitimidad, asegurando la viabilidad y la sostenibilidad económica y social.



## 7. BIBLIOGRAFÍA

- **Alayza, Alejandra**, Blindar la Economía a la Política: A un Año de la Aprobación del Tratado de Libre Comercio Perú-Estados Unidos, DESCO, 2007.
- **Lacarte, Julio, Jaime Granados**, Solución de Controversias Comerciales Inter Gubernamentales: Enfoques Multilaterales y Regionales, BID, 2004.
- **Barcenas, Juan**, La Globalización y el Impacto de las Empresas Transnacionales en Tlaxcala, RCCI, 2000.
- **Bloque Popular Centroamericano**, Por qué Decimos NO al TLC: Análisis Crítico del Texto Oficial, Bloque Popular Centroamericano, 2004.
- **Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)**, Lista de Estados Contratantes y Signatarios del Convenio, CIADI, 2007.
- **Comisión Económica para Latinoamérica y el Caribe (CEPAL)**, Controversias Económicas Internacionales que Involucran Países de América Latina y el Caribe 2007, CEPAL, 2007.
- **Comisión Europea y Comunidad Andina**, Documento de Estrategia Regional 2007-2013, CAN-UE, 2007.
- **Comisión Europea y Comunidad Andina**, Informe Conjunto, reunión de Alto Nivel Comisión Europea-Comunidad Andina, CAN-UE, 2007.
- **Comisión Europea y Comunidad Andina**, Acuerdo de Diálogo Político y Cooperación Entre la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, por una Parte, y la Comunidad Andina y

sus Países Miembros (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela), por otra parte, CAN-UE, 2005.

- **De Echave, José y Víctor Torres**, La Desregulación de la Inversión Extranjera en los TLC y sus posibles Efectos en la Actividad Minera, CooperAcción, 2005.
- **De Echave, José**, El Capítulo de Inversiones en el TLC, 2006.
- **De Echave, José**, TLC, «Inversiones e Industrias Extractivas en el Perú», en: Actualidad Económica del Perú, 2005.
- **De Echave, José**, El TLC y las Inversiones: ¿Buen Negocio?, Red Muqui, 2005.
- **ECDPM**, EPA Negotiations: Where do we stand? ECDPM, 2008.
- **Dolzer, Rudolf**, The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law, 2006.
- **Durán Lima, José, Carlos J. de Miguel y Andrés R. Schuschny**, Acuerdos de Libre Comercio entre los Países Andinos y los Estados Unidos: ¿Cuánto se puede Esperar de Ellos?, CEPAL, 2007.
- **Echandi, Roberto**, Garantías de Protección a la Inversión: Expropiación (presentación), 2002.
- **Estay Reyno, Jaime**, Globalización, Empresas Transnacionales y la Sociedad Civil, Centro de Investigaciones y Estudios de Posgrado de la Facultad de Economía de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 1998.
- **Fairlie, Alan**, Costos y beneficios del TLC con Estados Unidos, 2005.

- **Fairlie, Alan**, Bases para una Negociación Justa entre la Unión Europea y la Comunidad Andina, PLADES, 2007.
- **Fernández-Maldonado Mújica, Enrique**, Los Derechos Laborales en los Acuerdos de Libre Comercio Análisis del TLC Perú – Estados Unidos y perspectivas para el Acuerdo de Asociación CAN – UE, Red Peruana por una Globalización con Equidad, 2007.
- **Flores, José**, La Globalización Económica: Una Reflexión Teológica y Pastoral, Obrero Fiel, 2006.
- **Galeano, Eduardo**, Malas costumbres, 2006.
- **Graymore, Daniel**, The Extractive Industries Transparency Initiative, UNCTAD, 2006.
- **Guerra Bello, Gustavo**, Los Retos en el Fortalecimiento de la Capacidad Nacional de los Estados en la Administración de Acuerdos Internacionales de Inversiones y su Normativa Interna: La Experiencia de Ecuador, UNCTAD, 2007.
- **Iguñiz Echeverría, Javier**, Desarrollo Económico y Liberación en América Latina, Instituto Bartolomé de las Casas, 1993.
- **Iguñiz Echeverría, Javier**, ALCA: ¿Emulación Integracionista y Construcción de Actores?, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003.
- **Internacional Institute for Sustainable Development**, Informante All: Guía para Parlamentarios sobre los acuerdos internacionales de inversión y sus implicancias en la creación de políticas internas, IISD, 2007.

- **IISD International Institute for Sustainable Development**, Acuerdo Internacional Modelo del IISD sobre Inversión para el Desarrollo Sostenible: Guía para Negociadores, IISD, 2005.
- **Kopke, Ronald**, Implicaciones de los Acuerdos Comerciales de la Comunidad Europea y Centroamérica y los países Andinos, 2007.
- **Land, Bryan**, Fiscal Terms for Extractive Industries: Experiences from Advising Host Governments, UNCTAD, 2006.
- **Naciones Unidas**, Informe sobre las Inversiones en el Mundo, Naciones Unidas, 2007.
- **Naciones Unidas**, Development Implications of International Investment Agreements, Naciones Unidas, 2007.
- **Naciones Unidas**, Investment Provisions in Economic Integration Agreements, Naciones Unidas, 2006.
- **Ortiz, Marianella**, Capítulo 10 de TLC: ¿vulnera soberanía?, Diario La República, 2006.
- **OXFAM**, Cantos de Sirena: Por Qué los TLCs de Estados Unidos con los Países Andinos Socavan el Desarrollo sostenible y la Integración Regional, OXFAM, 2006.
- **OXFAM**, Slamming the Door on Development: Analysis of the EU's Response to the Pacific's EPA Negotiating Proposals, OXFAM, 2006.
- **Pérez Rocha, Manuel y Rodolfo Aguirre Reveles**, Siete Años del Tratado Unión Europea-México (TLCUEM): Una Alerta para el Sur Global, RMALC, Red Mexicana de Acción frente al Libre Comercio, 2007.

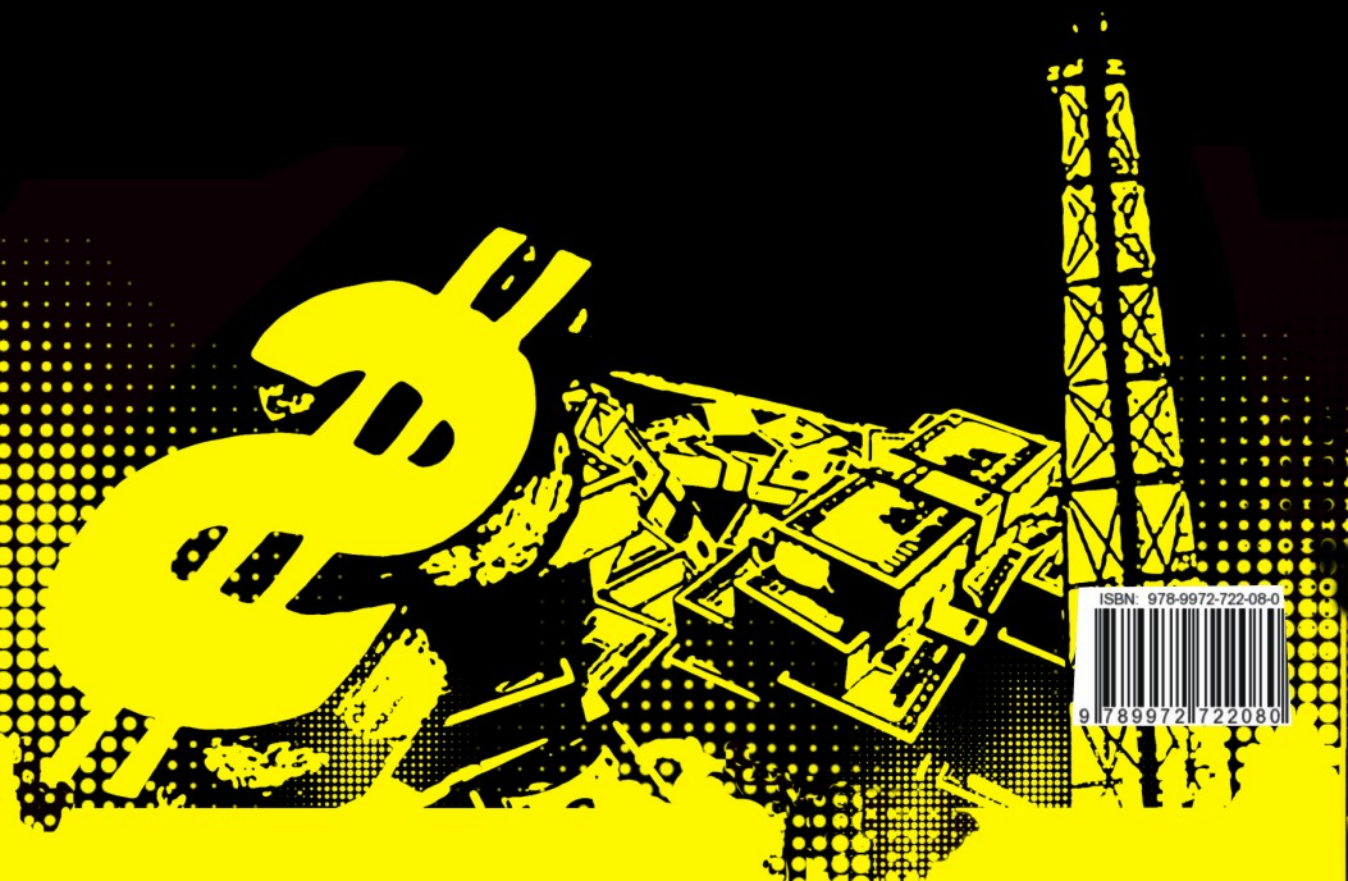
- **Sauve, Pierre**, Trade and Investment Rules: Latin American Perspectives, CEPAL, 2006.
- **Torres Guerrero, Miguel Ángel**, Los Efectos de la Industrialización y del Sector Maquiladora de Exportación en la Economía, la Salud y El Ambiente en Aguascalientes, Texas Center for Policy Studies, 2002.
- **UNCTAD**, World Investment Development: Country Profile Peru, UNCTAD, 2003.
- **UNCTAD**, Preserving Flexibility in IIAs: The use of Reservations, UNCTAD, 2006.
- **UNCTAD**, Main Provisions within the Framework of Further Work on Regulation of Investment Issues, UNCTAD, 2007.
- **Unión Europea – Países Africanos, Caribeños y del Pacífico**, The Cotonou-Agreement Between the European Union and the African, Caribbean - Pacific (ACP) Countries: Creating a Private Sector Dialogue to use the Opportunities, EU – ACEP, 2002.
- **Wong, Jarrod**, Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide Between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes, 2006.
- **World Wildlife Fund**, Derechos Privados, Problemas Públicos: Una Guía sobre el Controvertido Capítulo del TLCAN Referente a los Derechos de los Inversionistas, WWF, 2001.
- **Zhan, James**, Recent Trends and Characteristics of International Investment Rulemaking, UNCTAD, 2007.



Impresión:  
ROBLE ROJO GRUPO DE NEGOCIOS S.A.C.  
Teléfonos: 348 5571 / 349 6636  
[info@roblerojo.com](mailto:info@roblerojo.com)  
[www.roblerojo.com](http://www.roblerojo.com)  
2008  
LIMA - PERÚ



**+ RED PERUANA POR UNA GLOBALIZACIÓN CON EQUIDAD +**



ISBN: 978-9972-722-08-0



9 789972 722080