

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

RESTRICTED
WT/WGTI/W/30
27 de marzo de 1998

(98-1242)

Grupo de Trabajo sobre la Relación
entre Comercio e Inversiones

Original: inglés

COMUNICACIÓN DE LA COMUNIDAD EUROPEA Y SUS ESTADOS MIEMBROS

Se ha recibido de la Delegación Permanente de la Comisión Europea la siguiente comunicación, de fecha 24 de marzo de 1998, con el ruego de que se haga llegar a los Miembros.

CUESTIONES CUYO ESTUDIO SE SUGIERE

Determinación de los rasgos comunes y las diferencias entre los instrumentos de inversión internacional existentes, desde la perspectiva de la Comunidad Europea y sus Estados miembros (incluidos los derechos y las obligaciones de los países de origen y los países receptores y de los inversores y los países receptores¹

Introducción y resumen

El marco jurídico internacional existente relativo a las inversiones, con inclusión del derecho internacional consuetudinario, confiere derechos y obligaciones tanto por lo que respecta al país de origen o receptor del inversor o de la inversión como por lo que se refiere al inversor como tal. La presente contribución a ese tema se funda en un análisis de la amplia red de tratados bilaterales sobre inversiones que los Estados miembros de la Comunidad Europea han concertado, y también en los derechos y las obligaciones de la Comunidad y sus Estados miembros tal como quedaron establecidos en otros instrumentos internacionales. Trata de destacar algunos de los aspectos más importantes de ese tejido de derechos y obligaciones de carácter jurídico, pero no pretende ofrecer una descripción completa de todos ellos.

Se presta especial atención a las cuestiones que el Grupo de Trabajo ha señalado hasta ahora como importantes, y sobre todo a la necesidad de encontrar un equilibrio entre derechos y obligaciones por lo que respecta a los Estados y a los inversores, así como a lo que esas obligaciones implican en cuanto a la soberanía nacional.

El cuadro que surge de este análisis indica que es posible contar con un amplio marco de normas de gran alcance sobre inversión y al mismo tiempo establecer un equilibrio razonable entre los distintos objetivos políticos de los países receptores, por más que a veces parezcan contradictorios.

¹ Véase el primer y tercer apartados del párrafo IV de la "Lista de cuestiones cuyo estudio se sugiere", presentada por la Presidencia (anexo 2 del documento WT/WGTI/1/Rev.1).

Ese equilibrio se traduce en que los países receptores estén dispuestos a proporcionar, en especial, trato no discriminatorio y protección a la inversión, a cambio de los beneficios que pueda suponer un mejor entorno de inversión que les permita atraer inversiones, así como la protección y oportunidades de que gocen sus propios inversores cuando negocien en el exterior.

Algunos de los elementos clave pueden expresarse como sigue:

- Aunque no existe un “derecho a invertir” incondicional en las relaciones de la Comunidad y los Estados miembros con países terceros (especialmente en los tratados bilaterales sobre inversiones de los Estados miembros), lo que sí existe son obligaciones de conceder trato no discriminatorio (sujeto a reservas de carácter sectorial y horizontal y con excepciones encaminadas a preservar importantes objetivos de política), con especial vigor en el marco del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.
- Ninguno de los instrumentos concertados por la Comunidad y sus Estados miembros con países terceros priva a las autoridades nacionales de su soberanía ni inhibe sus facultades para promover el desarrollo económico o regional, tomar las medidas necesarias para proteger el ambiente, llevar a cabo políticas sociales o salvaguardar objetivos de interés público.
- Tras la entrada de la inversión, los Gobiernos siguen gozando de libertad para reglamentar, con sujeción a lo prescrito sobre trato no discriminatorio, expropiación y transferencias. Como quedó señalado anteriormente, es poco usual que se apliquen normas estrictas antes de la entrada y éstas se limitan exclusivamente a relaciones especiales, tales como las del Espacio Económico Europeo o las condiciones previas a la adhesión que la Comunidad concierta con Estados terceros.
- La mayor parte de las obligaciones están sujetas, en todo caso, a las excepciones de carácter general concernientes al orden público y a la seguridad nacional.

1. Obligaciones de los países receptores y derechos de los inversores

En un primer examen de los instrumentos existentes puede observarse que se distingue entre los derechos y las obligaciones anteriores a la entrada (o acceso al mercado) y los posteriores a aquélla (o posteriores al establecimiento). En la práctica, sin embargo, esa distinción no siempre es fácil de trazar, y hasta cabría preguntarse si tiene utilidad y sentido.

1.1 Antes de la entrada o acceso al mercado (o “derecho a invertir”)

Tratados bilaterales sobre inversiones

Los tratados bilaterales sobre inversiones, concertados en gran número por los Estados miembros de la Comunidad, tienen una estructura análoga entre sí, pero varían en cuanto a sus pormenores jurídicos.

Dichos tratados no afectan al derecho a reglamentar la admisión de inversores extranjeros. Lo usual es que las cláusulas de admisión (o “promoción”) sean cláusulas de “máximo celo” en cuanto a que se aliente la admisión, a menudo modificadas por disposiciones tales como “de conformidad con la legislación de cada una de las Partes”, o “a reserva de” o “en el ejercicio de los poderes que le confiere la ley”. Ninguno de esos tratados prevé los mismos derechos de que gozan

las empresas del país para hacer inversiones (trato nacional). Las Partes pueden habitualmente mantener toda limitación o control de la admisión que esté ya en vigor, incluidos los procedimientos de selección o las exclusiones sectoriales, un máximo de capital social u otros criterios de control, etc.

Instrumentos regionales y multilaterales

- El Tratado Constitutivo de la CE y el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo otorgan el derecho al libre establecimiento dentro de la Comunidad Europea y el Espacio Económico Europeo a los nacionales de Estados miembros y a las personas jurídicas constituidas en un Estado miembro (aunque sean propiedad de nacionales de países terceros y bajo el control de éstos), cuando están realizando operaciones sustanciales en el Estado receptor. La inversión en un Estado miembro conforme a las condiciones prescritas tiene por tanto efectos en todo el mercado interno.
- En los acuerdos que la Comunidad y sus Estados miembros tienen con países terceros por separado (tales como los Acuerdos europeos y los Acuerdos de asociación y cooperación) se estipula la libertad de la inversión extranjera directa en los ámbitos que, conforme a esos acuerdos, quedan abiertos a tal establecimiento.
- Los demás acuerdos regionales o multilaterales a los que se han adherido la Comunidad o sus Estados miembros y que tratan de la admisión de inversores son los siguientes:
 - Los Códigos de Liberalización de la OCDE, en los que se establece el trato no discriminatorio y el *statu quo* en cuanto al establecimiento y los movimientos de capital, incluida la inversión extranjera directa. Todos los países de la OCDE, incluidos los que son miembros de la Comunidad, se han acogido a unas cuantas excepciones horizontales o sectoriales de las normas generales (son habituales, por ejemplo, las referentes a servicios de transporte, telecomunicaciones, etc.). Los países de la OCDE se reservan también el derecho a adoptar medidas por motivos de política general, tales como los de orden público y seguridad nacional. Las negociaciones que tienen lugar en la OCDE actualmente acerca de un Acuerdo Multilateral sobre Inversiones son un intento de refundir en uno solo los diversos instrumentos de la OCDE sobre las inversiones (véase también *infra*).
 - El Tratado sobre la Carta de la Energía, que contiene una cláusula de “máximo celo” en cuanto al trato nacional de las inversiones en el sector de la energía (se está negociando actualmente en el marco de este Tratado, en el denominado tratado complementario, el convertir esta obligación en una prescripción de carácter vinculante).
 - El AGCS, en el que se establece una obligación de n.m.f. con respecto a todas las medidas que afecten al suministro de servicios, incluso en relación con el modo de suministro consistente en la presencia comercial (que es el modo de suministro de servicios más importante en cuanto a la inversión). Cuando un Miembro de la OMC se compromete a ofrecer acceso al mercado en un sector de servicios determinado, acepta la obligación absoluta de admitir inversiones en ese sector (incluidos los necesarios

movimientos de capital, véase la nota 8 a pie de página del artículo XVI del AGCS). Es posible acogerse a excepciones con respecto al trato n.m.f. y así lo han hecho la Comunidad y sus Estados miembros en esferas delicadas (como, por ejemplo, el sector audiovisual).

Conclusión

La red de acuerdos bilaterales sobre inversiones de los que son signatarios los Estados miembros de la Comunidad Europea no afecta al derecho de las Partes a reglamentar la admisión de inversores. Sin embargo, el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y algunos instrumentos importantes a los que se han adherido la Comunidad y sus Estados miembros imponen unas obligaciones a los participantes en esos instrumentos que equivalen, consideradas en conjunto, a un régimen muy abierto de acceso por parte de los inversores al mercado único europeo, en reconocimiento de los beneficios que supone la liberalización. En todos estos instrumentos, sin embargo, las excepciones de carácter sectorial u horizontal permiten a los participantes salvaguardar intereses de suma importancia, tales como los de orden público y seguridad nacional.

1.2 Trato posterior a la admisión y protección del inversor

Tratados bilaterales sobre inversiones

Todos los tratados bilaterales europeos sobre inversiones imponen obligaciones sustantivas de los gobiernos receptores en cuanto al trato de los inversores una vez que haya tenido lugar la admisión, así como normas estrictas en cuanto a la protección de las inversiones. Esas obligaciones abarcan, por regla general, lo siguiente:

- Una cláusula de “trato general” en la que quedan incorporados criterios de derecho internacional (“trato justo y equitativo” y cláusulas análogas).
- Una obligación de trato nacional o de trato n.m.f. (que habitualmente otorga a los inversores y a sus inversiones trato nacional o trato n.m.f., si éste fuere más favorable, a fin de que se pueda acudir a incentivos para la inversión extranjera directa).

Algunos tratados bilaterales sobre inversiones prevén excepciones a esas normas, en cuanto a tributación, por ejemplo, o en cuanto a orden público; todos ellos excluyen las medidas adoptadas en el marco de la integración regional.

Los tratados bilaterales europeos sobre inversiones no prevén por lo general excepciones sectoriales, es decir, que en ellos quedan abarcados todos los sectores. Esos tratados contienen además disposiciones estrictas (sin excepciones) con respecto a lo siguiente:

- expropiación (que se permite para fines públicos y a condición de que tenga carácter no discriminatorio y ofrezca con prontitud una indemnización adecuada y efectiva conforme al derecho internacional consuetudinario);
- protección contra disturbios civiles;
- libre transferencia (de capital y rendimientos) en moneda convertible. Cabe subrayar que todo derecho de transferencia está sujeto a las deducciones que le sean

aplicables (así, por ejemplo, habrán de pagarse los impuestos antes de que sea aplicable la obligación);

- solución de diferencias (entre inversor y Estado, y entre Estados);
- algunos Estados miembros tienen normas más perfeccionadas que benefician a los inversores al incluir en la protección que dispone el tratado toda obligación a la que un país receptor se haya comprometido con respecto al inversor, o cualquier trato mejor que se haya establecido en algún otro tratado aplicable a favor del inversor.

Instrumentos regionales y multilaterales

- En el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, quedan acentuados el trato posterior a la admisión y la protección del inversor y se incluyen, en principio, el trato no discriminatorio después del establecimiento y los derechos de libre transferencia, con respecto también a terceros países. Las cuestiones de expropiación y de protección contra disturbios civiles se dejan, sin embargo, a cargo de los Estados miembros.
- Los acuerdos concertados por la Comunidad y los Estados miembros con terceros países por separado (tales como los Acuerdos europeos, o los Acuerdos de asociación y cooperación) disponen el trato nacional o el trato n.m.f. para la fase posterior al establecimiento, así como la libertad de transferir las inversiones llevadas a cabo y los beneficios procedentes de las mismas.
- Los instrumentos de la OCDE sobre inversiones se refieren al trato nacional posterior al establecimiento solamente en el Instrumento de Trato Nacional, de carácter no vinculante. No existen todavía normas de la OCDE sobre expropiación, aunque esta cuestión es objeto del derecho internacional consuetudinario. Los Códigos de Liberalización de la OCDE se aplican a las transferencias relacionadas con inversiones.
- El Tratado sobre la Carta de la Energía es el único instrumento plurilateral que abarca todos los elementos del trato y la protección posteriores al establecimiento que se describieron anteriormente en esta sección en relación con los tratados bilaterales europeos sobre inversiones.
- El AGCS contiene una vigorosa estipulación de trato nacional posterior al establecimiento, pero sólo en cuanto a los sectores que figuran en la lista y sujeta a las condiciones inscritas en dicha lista (los miembros han hecho constar muchas excepciones). No figuran normas específicas sobre expropiación en ninguno de los Acuerdos de la OMC.

Conclusión

Los tratados bilaterales europeos sobre inversiones estipulan fuertes derechos para los inversores y fuertes obligaciones para los gobiernos receptores una vez que la inversión ha sido admitida (pautas que han sido aceptadas también por muchos otros países del mundo entero). Ello se funda en el hecho de que un compromiso a largo plazo tal como lo es la inversión extranjera precisa certidumbre, previsibilidad y ciertas garantías para así equilibrar el riesgo que supone toda “salida al extranjero”. Se ve incluso más acentuado este trato por lo que respecta a las inversiones que fluyen hacia la Comunidad Europea o el Espacio Económico Europeo, en virtud de las normas, más

completas, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. El trato que reciben los inversores en virtud de otros instrumentos regionales o multilaterales en los que la Comunidad y sus Estados miembros son parte no alcanza, en cambio, ese nivel.

2. Obligaciones del inversor y derechos del gobierno receptor

Tratados bilaterales sobre inversiones

Esos derechos y obligaciones no resaltan en los tratados bilaterales sobre inversiones (entendiéndose, en general, que los inversores están sujetos a la legislación del país receptor en el que operan), pero figuran en cambio en el marco multilateral. Un rasgo característico de tales derechos y obligaciones es que no siempre se corresponden mutuamente (por ejemplo, las obligaciones de los inversores en virtud de las Directrices para las Empresas Transnacionales de la OCDE no son derechos de los gobiernos receptores).

El que los derechos de los gobiernos receptores no figuren como tales en los tratados bilaterales sobre inversiones no significa que estos tratados creen una situación de desequilibrio. Lo cierto es que los derechos de los inversores se ven equilibrados por el hecho de que el gobierno receptor puede continuar ejerciendo su soberanía en cuanto a la reglamentación de todos los aspectos de la inversión extranjera en el país (así como, por supuesto, en cuanto a la admisión de la inversión extranjera en primer lugar). Las excepciones a este ejercicio de una soberanía sin trabas quedan limitadas al asunto sobre el que versen los tratados bilaterales sobre inversiones (por ejemplo, las normas sobre trato no discriminatorio, expropiación y transferencia habrán de ser respetadas si fueron concertados los correspondientes tratados de esa naturaleza).

Otro aspecto en el que el equilibrio entre uno y otro trato no resulta obvio ni queda explícitamente expresado en términos de correspondencia estricta entre derechos y obligaciones es el de la legislación laboral, social y ambiental, que no se ve afectada por tales obligaciones, dado que en esa legislación no se discrimina, por lo general, contra la inversión extranjera. Y viceversa, los inversores extranjeros se ven obligados a respetar toda la legislación nacional referente a asuntos laborales o ambientales (aunque esto no es una obligación adicional, sino simplemente un aspecto más del trato no discriminatorio).

Instrumentos regionales y multilaterales

- En virtud de la mayor parte de los instrumentos regionales o multilaterales (así como en virtud de algunos de los tratados bilaterales europeos sobre inversiones), los gobiernos también conservan el derecho a legislar en aras del orden público, la salud pública y la seguridad nacional.
- Otros instrumentos internacionales, en particular la Declaración Tripartita de Principios de la OIT y las Directrices para las Empresas Transnacionales de la OCDE, están específicamente dirigidos a los inversores. No tienen fuerza jurídica vinculante (véase *infra*), pero formulan recomendaciones bastante detalladas sobre la conducta de las empresas transnacionales, por ejemplo por lo que respecta a su política de información y a competencia, financiación, tributación, empleo y relaciones industriales, ambiente, ciencia y tecnología (Directrices de la OCDE). Sin entrar en una descripción pormenorizada de todos estos elementos, conviene destacar que las Directrices tratan directamente de muchos de los temas que causan

inquietud en cuanto a la infracción de la soberanía y las políticas de desarrollo del país receptor así como por lo que respecta a la mano de obra y al ambiente.

Por ejemplo, las Directrices recomiendan lo siguiente:

- que sea un deber de las empresas transnacionales el tener en cuenta y respetar los objetivos y las prioridades de los países receptores con respecto al progreso social y económico, la protección del ambiente y los intereses del consumidor;
- que sea un deber de dichas empresas el no tratar de influenciar las actividades políticas del país en el que operen;
- que, por lo que respecta al ambiente, sea un deber de esas empresas el tener en cuenta los riesgos ambientales a la hora de tomar decisiones y el adoptar medidas que reduzcan al mínimo el riesgo de accidentes y de daños a la salud y al ambiente.

Sería quizá conveniente que el Grupo de Trabajo debatiese por separado y con más detalle los principios y el contenido de esas Directrices y otros instrumentos análogos. En todo caso, está proyectada una revisión de las Directrices de la OCDE a finales de este año. Sería útil que la secretaría de la OCDE pusiese al día al Grupo de Trabajo en cuanto al progreso de esa revisión a medida que vaya teniendo lugar.

3. Derechos y obligaciones de los países de origen

No es en los derechos y las obligaciones de los países de origen en lo que se centra principalmente la normativa de las inversiones en los tratados, pero algunas de esas normas se refieren a ellos y vale la pena tomar nota de lo que dicen al respecto:

Tratados bilaterales sobre inversiones

El principal derecho del país de origen en los tratados bilaterales europeos sobre inversiones es el relativo a la posibilidad de acudir a una solución de diferencias entre Estados en cuanto a la interpretación o aplicación del Acuerdo. Esto se ve complementado habitualmente por el derecho del Estado de origen a la subrogación, esto es, el derecho a hacerse cargo de los derechos y las reclamaciones de sus propios inversores a los que haya indemnizado (por ejemplo, mediante el pago de un seguro de inversión).

Instrumentos regionales y multilaterales

- El Tratado Constitutivo de la CE impone explícitamente a los países de origen la obligación de permitir no sólo la entrada sino también la salida de capital (lo mismo se aplica a los Acuerdos europeos concertados con los países de la Europa Oriental).
- Los Códigos de Liberalización de la OCDE imponen igualmente a los Estados miembros la obligación de permitir las salidas de capital.
- Por último, figuran también las obligaciones del país de origen (por ejemplo, la obligación de establecer puntos de contacto y derechos procesales) en las Directrices para las Empresas Transnacionales de la OCDE, así como en la Declaración

Tripartita de Principios de la OIT sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social.

4. Cuestiones especiales: solución de diferencias

Debería prestarse especial atención a los recursos y mecanismos de observancia que constan en los diversos instrumentos de inversión, ya que esas disposiciones determinan en gran parte el valor real de los derechos y obligaciones que figuran en los mismos.

Entre inversor y Estado

- Los Estados miembros y sus asociados bilaterales dan su consentimiento incondicional a la solución de diferencias entre inversores y Estados en virtud de los respectivos tratados bilaterales sobre inversiones (por supuesto en cuanto a las cuestiones posteriores a la entrada reguladas en esos tratados, y no en cuanto a la admisión de inversiones).
- En el mecanismo de solución de diferencias entre inversor y Estado del Tratado sobre la Carta de la Energía figura también una cobertura posterior a la entrada (en la medida en que en ese Tratado no constan normas vinculantes sobre la realización de inversiones).
- El Tratado Constitutivo de la CE no prevé un mecanismo específico de solución de diferencias entre el inversor y el Estado, pero los derechos de los inversores (tanto en cuanto a las cuestiones anteriores a la entrada como a las posteriores a ésta) se hallan por supuesto protegidos por los tribunales nacionales y por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
- Ni en los instrumentos de la OCDE ni en los de la OMC existe un mecanismo de solución de diferencias entre el inversor y el Estado.

Entre Estados

En los acuerdos bilaterales sobre inversiones europeos y en el Tratado sobre la Carta de la Energía queda prevista la solución de diferencias entre Estados. La OCDE dispone de un mecanismo un tanto más débil para solución de diferencias entre Estados. En el Tratado de la CE no consta ningún impedimento formal a que un país extranjero entable un procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, pero no es probable que tales procedimientos se entablen en la realidad, dado que los derechos otorgados en virtud del Tratado corresponden a los inversores y no a su respectivo Estado de origen.

Comentarios

Dejando aparte el caso especial del Tratado Constitutivo de la CE, la Comunidad y sus Estados miembros no han suscrito la solución de diferencias entre inversor y Estado sobre la admisión de inversiones con respecto a terceros países. En cambio, el sistema de protección posterior a la entrada de la inversión está mucho más desarrollado. Cabe señalar a este respecto, de todos modos, que, en virtud de los claros y concisos acuerdos bilaterales europeos sobre inversiones, rara vez se acude a la solución de diferencias entre inversor y Estado.
