

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

RESTRICTED

GPA/IC/W/15

9 de marzo de 1995

(95-0528)

**Comité Provisional de Contratación Pública
Grupo de Trabajo sobre la Comunicación de Estadísticas**

DEFINICIÓN DE LA NACIONALIDAD EN CIERTOS ACUERDOS DE LA OMC

Nota de la Secretaría

I. INTRODUCCIÓN

1. El párrafo 5 del artículo XIX del Acuerdo sobre Contratación Pública establece que cada Parte, en la medida en que disponga de información al respecto, proporcionará estadísticas de los países de origen de los productos adquiridos y los servicios contratados por sus entidades. En la primera reunión del Grupo de Trabajo sobre la Comunicación de Estadísticas se debatió la cuestión de la definición del país de origen de los servicios para la comunicación de las estadísticas. Como base para definir el origen de un servicio a esos efectos se propuso que se utilizara la "nacionalidad" del proveedor de servicios, es decir, el país del mismo¹ y se pidió a la Secretaría que preparara un breve documento sobre la forma en que se abordaba la cuestión de la "nacionalidad" en los distintos Acuerdos de la OMC y, en la medida de lo posible, en otros Acuerdos económicos internacionales. Esta nota pretende responder a dicha petición.

2. En la presente nota se examinan los Acuerdos de la OMC en los que se establecen obligaciones cuyo cumplimiento depende del trato que debe darse a las personas de otros Miembros y se analiza cómo se definen esas personas de otros Miembros. En la presente nota se considera también el trato que se ha dado a la cuestión en otros instrumentos del derecho internacional público mercantil. El principal problema que se plantea al respecto no es tanto definir la nacionalidad de las "personas físicas" sino definir la nacionalidad de las "personas jurídicas", especialmente las empresas. Es frecuente que para remitirse a esta cuestión se haga referencia a la "nacionalidad de las sociedades", denominación que puede entenderse como una forma abreviada de remitirse a las situaciones en que se considera que las empresas tienen una relación suficientemente estrecha con otros Estados Miembros como para poder acogerse al trato reservado por el instrumento jurídico internacional en cuestión a las personas, o "nacionales", de esos Estados Miembros. El problema se plantea en el AGCS y en el Acuerdo sobre los ADPIC de la OMC, pero también en muchas otras áreas del derecho internacional mercantil, por ejemplo, en los tratados sobre inversiones, amistad, comercio y navegación, protección diplomática y en los acuerdos regionales, es decir, prácticamente en todos los tratados o acuerdos que reservan sus beneficios a las personas jurídicas de los Estados Miembros.

¹También se manifestó en esa reunión que el problema de la definición del abastecedor de otra Parte transcendía los límites de la simple comunicación de estadísticas, ya que el Acuerdo obligaba a dar un trato determinado a los proveedores de otras Partes, fueran éstos proveedores de mercancías o de servicios. Cabe también señalar que en un documento presentado por las Comunidades Europeas (GPR/W/125, de 1º de abril de 1993) se hacía referencia al uso de "la nacionalidad de la propiedad" del proveedor adjudicatario como elemento indicador del origen de las mercancías.

II. EL ACUERDO GENERAL SOBRE EL COMERCIO DE SERVICIOS (AGCS)

3. El AGCS establece qué trato deben dar los Miembros de la OMC a los servicios y proveedores de servicios de otros Miembros de la OMC. La necesidad de definir qué se entiende por proveedor de servicios de otro Miembro deriva no sólo de que esas personas son beneficiarias directas del Acuerdo sino también de que, en ciertas circunstancias, los servicios de otro Miembro se definen en función de la "nacionalidad" del proveedor de servicios. En el caso del suministro de un servicio mediante presencia comercial² o mediante la presencia de personas físicas, el apartado f) ii) del artículo XXVIII del AGCS define los servicios de otro Miembro diciendo que se trata de los servicios suministrados por un proveedor de servicios de otro Miembro.

¿Qué se entiende por proveedor de servicios de otro Miembro?

4. El AGCS establece normas detalladas para determinar quién es proveedor de servicios de otro Miembro. En cuanto a las empresas, el criterio fundamental que utiliza el AGCS para determinar si una empresa debe ser considerada empresa de otro Miembro parece ser el lugar de la constitución jurídica de la misma (al que ha de sumarse que desarrolle operaciones comerciales sustantivas), o (cuando se trate de un suministro mediante presencia comercial) la propiedad o el control de la misma. A continuación se resumen las normas concretas pertinentes del AGCS.

5. En primer lugar, el Acuerdo sobre Servicios define al proveedor de servicios como toda persona, física o jurídica, que suministre un servicio (apartados g) y j) del artículo XXVIII).

Persona física de otro Miembro

6. El apartado k) define a la "*persona física de otro Miembro*" como aquella persona física que resida en el territorio de ese otro Miembro o de cualquier Miembro y que, con arreglo a la legislación de ese otro Miembro:

- sea nacional de ese otro Miembro; o
- en el caso de otros Miembros determinados, tenga el derecho de residencia permanente en ese otro Miembro.

En el anexo 1 se reproduce el texto completo del apartado k) del artículo XXVIII.

Personas jurídicas de otro Miembro

7. El apartado l) del artículo XXVIII establece que por "persona jurídica" se entiende toda entidad jurídica debidamente constituida u organizada de otro modo con arreglo a la legislación aplicable, tenga o no fines de lucro y ya sea de propiedad privada o pública, con inclusión de cualquier sociedad de capital, sociedad de gestión ("trust"), sociedad personal ("partnership"), empresa conjunta, empresa individual o asociación.

²En el AGCS se define la presencia comercial como todo tipo de establecimiento comercial o profesional, a través, entre otros medios de: i) la constitución, adquisición o mantenimiento de una persona jurídica, o ii) la creación o mantenimiento de una sucursal o una oficina de representación, dentro del territorio de un Miembro con el fin de suministrar un servicio.

8. De acuerdo con el apartado m) del artículo XXVIII, se considera que una persona jurídica es "de" otro Miembro cuando:

- i) o bien está constituida u organizada de otro modo con arreglo a la legislación de ese otro Miembro o de cualquier otro Miembro; o
- ii) en el caso del suministro de un servicio mediante presencia comercial, es propiedad o está bajo el control de personas físicas de ese Miembro o de personas jurídicas de ese otro Miembro, definidas en el inciso i) *supra*.

9. En el apartado n) se establece que una persona jurídica:

- es "propiedad" de personas de un Miembro si estas personas tienen la plena propiedad de más del 50 por ciento de su capital social;
- está "bajo el control" de personas de un Miembro si éstas tienen la facultad de designar a la mayoría de sus directores o de dirigir legalmente de otro modo sus operaciones.³

En el anexo 1 se reproduce el texto completo de los apartados m) y n) del artículo XXVIII.

III. EL ACUERDO SOBRE LOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO (ACUERDO SOBRE LOS ADPIC)

10. El Acuerdo sobre los ADPIC obliga a dar un cierto trato a los "nacionales" de otros Miembros. Se entiende que el término "nacionales" incluye no sólo a las personas que tienen la nacionalidad de los Miembros del Acuerdo sobre los ADPIC sino también otras personas que tienen una estrecha relación con los Miembros y por consiguiente están asimiladas a los "nacionales". En el párrafo 3 del artículo 1 del Acuerdo se define a las personas que deben ser consideradas nacionales de los Miembros y, por consiguiente, beneficiarias del Acuerdo, lo que se hace mediante una referencia a los criterios establecidos en los anteriores convenios internacionales para determinar la posibilidad de beneficiarse de protección en distintas áreas de la propiedad intelectual. El párrafo 3 del artículo 1 del Acuerdo establece lo siguiente:

"... se entenderá por nacionales de los demás Miembros las personas físicas o jurídicas que cumplirían los criterios establecidos para poder beneficiarse de la protección en el Convenio de París (1967), el Convenio de Berna (1971), la Convención de Roma y el Tratado sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados, si todos los Miembros de la OMC fueran miembros de esos convenios."

11. En el anexo 2 de la presente nota se exponen los criterios que, conforme al Acuerdo sobre los ADPIC, se utilizan para determinar qué personas deben considerarse beneficiarias.

³Es interesante señalar también que el apartado n) del artículo XXVIII del AGCS define cuándo se puede considerar que dos personas están "afiliadas", ya que el concepto de filial se utiliza también en el párrafo 2 a) del artículo III del Acuerdo sobre Contratación Pública: "En lo que respecta a todas las leyes, reglamentos, procedimientos y prácticas relativos a los contratos públicos comprendidos en el presente Acuerdo, cada Parte se asegurará de que: a) sus entidades no den a un proveedor establecido en su territorio un trato menos favorable que a otro proveedor establecido en dicho territorio, por razón del grado en que se trate de una filial o sea propiedad de extranjeros." De acuerdo con el apartado n) del AGCS se considera que una persona jurídica es "afiliada" respecto de otra persona cuando la controla o está bajo su control, o cuando una y otra están bajo el control de una misma persona.

IV. OTROS ACUERDOS ECONÓMICOS INTERNACIONALES

Situación general

12. Como ya se ha mencionado en la Introducción, la cuestión de la nacionalidad de las sociedades se plantea en muchas áreas del derecho internacional público mercantil, así como en la legislación nacional o municipal. A continuación se ofrece un resumen de la situación actual en lo que respecta a los criterios para determinar la nacionalización de las sociedades, extraído de un artículo del profesor Fatouros publicado en la Enciclopedia de Derecho Internacional Público⁴:

"Tanto en la legislación municipal como en el derecho internacional, son tres los criterios más importantes que se han utilizado para determinar la nacionalidad de las sociedades. Se considera que una sociedad tiene la nacionalidad: a) Del lugar de su constitución, es decir, del Estado conforme a la legislación del cual se ha formado la sociedad. Este criterio es aplicado por países en los que prevalece el sistema de derecho anglosajón y algunos otros. b) Del lugar de su sede (*siège social*), es decir, del Estado donde está situado el centro de gestión de la sociedad. Este criterio es aplicado por los países con un sistema jurídico de tradición romana de la Europa continental y otros. En la práctica, cuando se acentúa la importancia del aspecto formal de este criterio, es decir, la sede estatutaria de la sociedad, sus consecuencias se aproximan a las que resultarían de aplicar el criterio del lugar de constitución ya que frecuentemente la sede estatutaria de la sociedad está localizada en el Estado donde se ha constituido. En muchos casos, sin embargo, como criterio para establecer la nacionalidad se utiliza la sede "real" (*siège social réel*), si se considera que la sede estatutaria no es el lugar donde está localizada efectivamente la administración de la sociedad. En lo que respecta a las empresas transnacionales o a los grupos de empresas o sociedades, se ha indicado que el criterio más adecuado es referirse al centro donde se adoptan las decisiones de la empresas. c) Del Estado cuya nacionalidad ostentan los accionistas que poseen paquetes de control de la empresa. Este criterio fue introducido durante la guerra para determinar si una propiedad podía ser considerada del enemigo. Se aplicó por primera vez durante la Primera Guerra Mundial para ser luego abandonado en gran medida durante el período de entreguerras y recuperado durante la Segunda Guerra Mundial. Originalmente el criterio se basaba únicamente en la nacionalidad de los propietarios de acciones, pero se amplió para abarcar la nacionalidad de los principales directivos de la sociedad, de las personas que tienen una influencia decisiva por medios distintos de la titularidad de acciones y la presencia de intereses sustanciales, aunque no necesariamente de control. Después de la guerra, el criterio se mantuvo en muchos países ya que había sido recogido en medidas legislativas concretas destinadas a regular con criterios económicos el comercio y las inversiones exteriores, por motivos políticos o económicos.

Cada uno de ellos individualmente, o en combinación, es frecuente encontrar los tres criterios en la práctica de los tratados internacionales. Existe un número infinito de variaciones en su formulación que responden a las circunstancias y necesidades particulares que concurrían según las partes contratantes. Los tratados dedicados en general al comercio y la inversión, en especial los tratados sobre el derecho de establecimiento o los tratados de amistad, comercio y navegación, tienden a adoptar el criterio del lugar de constitución y el lugar donde está localizada la sede, mientras que los instrumentos o disposiciones destinados a proteger a los nacionales normalmente añaden alguna versión del criterio del control. En los tratados de posguerra de amistad, comercio y navegación firmados por los Estados Unidos, por ejemplo,

⁴A. A. Fatouros, "National Legal Persons in International Law", en R. Bernhardt (ed), *Encyclopedia of Public International Law*, volumen 10 (1987), páginas 229-306, publicado por "North Holland".

se utiliza una definición general de las sociedades que se consideran "sociedades de las Partes" en la que se recurre al criterio de la constitución, pero se autoriza a las partes contratantes a negar las ventajas del tratado a las empresas que estén controladas por nacionales de países terceros, mientras que en otras disposiciones se recurre expresamente al criterio del control."

Tratado de libre Comercio de América del Norte (TLC)

13. En varios apartados del TLC se vinculan los derechos y obligaciones con la nacionalidad de las personas (jurídicas o físicas) de las otras Partes. Cada uno de estos apartados, entre los que cabe mencionar los dedicados a las compras del sector público, las inversiones, los servicios y la propiedad intelectual, incluye un artículo de definiciones. Existe también un capítulo de definiciones generales.

14. En el capítulo de definiciones generales se señala que:

- "personas de una Parte" significa un nacional o una empresa de una Parte;
- "nacional" significa una persona física que es ciudadana o residente permanente de una Parte y cualquier otra persona física a que se refiera el Anexo 201.1 del TLC (el Anexo 201.1 precisa más la definición de "nacional" de acuerdo con la legislación mexicana y estadounidense);
- "empresa de una Parte" significa una empresa constituida u organizada conforme a la legislación de una Parte. En el capítulo dedicado a las inversiones se precisa que "una sucursal ubicada en el territorio de una Parte y que desempeñe actividades comerciales en el mismo" será considerada también empresa de una Parte.

En el capítulo dedicado a los servicios financieros:

- "persona de una Parte" significa un nacional o una empresa de una Parte pero "para mayor certidumbre, no incluye una sucursal de una empresa de un país que no sea Parte".

En la Parte dedicada a la propiedad intelectual:

- "nacionales de otra Parte" significa, respecto del derecho de propiedad intelectual pertinente, las personas que cumplirían con los criterios de elegibilidad para la protección previstos por el Convenio de París (1967), el Convenio de Berna (1971), el Convenio de Ginebra (1971), el Convenio Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Productores de Fonogramas y Organismos de Radiodifusión (1961), el Convenio UPOV (1978), el Convenio UPOV (1991) o el Tratado de Propiedad Intelectual respecto de Circuitos Integrados, como si cada una de las Partes fuera parte de estos convenios; y con respecto a los derechos de propiedad intelectual no regulados en estas Convenciones, "nacionales de otra Parte" se entenderá por lo menos como los individuos que sean ciudadanos o residentes permanentes de esa Parte y también incluirá cualquier otra persona física citada en el Anexo 201.1, "Definiciones específicas por país".

Comunidad Económica Europea

15. El artículo 58 del Tratado de Roma define las sociedades de los Estados miembros y establece el trato que deben recibir. Dicho artículo dice lo siguiente:

"Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros.

Por sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo."

ANEXO 1

Texto de algunas disposiciones del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS)

Persona física de otra Parte

1. El texto del apartado k) del artículo XXVIII dice lo siguiente:

k) "Persona física de otro Miembro" significa una persona física que resida en el territorio de ese otro Miembro o de cualquier otro Miembro y que, con arreglo a la legislación de ese otro Miembro:

1. sea nacional de ese otro Miembro; o
2. tenga el derecho de residencia permanente en ese otro Miembro, en el caso de un Miembro que:
 - a) no tenga nacionales; o
 - b) otorgue en lo sustancial a sus residentes permanentes el mismo trato que dispense a sus nacionales con respecto a medidas que afecten al comercio de servicios, y así lo notifique al aceptar el Acuerdo sobre la OMC o adherirse a él, quedando entendido que ningún Miembro estará obligado a otorgar a esos residentes permanentes un trato más favorable que el que ese otro Miembro otorgue a tales residentes permanentes. La correspondiente notificación incluirá el compromiso de asumir con respecto a esos residentes permanentes, de conformidad con sus leyes y reglamentos, las mismas obligaciones que asuma con respecto a sus nacionales.

Persona jurídica de otro Miembro

2. El texto del apartado m) del artículo XXVIII dice lo siguiente:

"Persona jurídica de otro Miembro" significa una persona jurídica que:

1. esté constituida u organizada de otro modo con arreglo a la legislación de ese otro Miembro y que desarrolle operaciones comerciales sustantivas en el territorio de ese Miembro o de cualquier otro Miembro; o
2. en el caso del suministro de un servicio mediante presencia comercial, sea propiedad o esté bajo el control de:
 - a) personas físicas de ese Miembro; o
 - b) personas jurídicas de ese otro Miembro, definidas en el inciso 1)."

3. El texto del apartado n) del artículo XXVIII dice lo siguiente:

"Una persona jurídica:

1. es "propiedad" de personas de un Miembro si estas personas tienen la plena propiedad de más del 50 por ciento de su capital social;
2. está "bajo el control" de personas de un Miembro si éstas tienen la facultad de designar a la mayoría de sus directores o de dirigir legalmente de otro modo sus operaciones;
3. es "afiliada" respecto de otra persona cuando la controla o está bajo su control, o cuando una y otra están bajo el control de una misma persona."

ANEXO 2

Nacionales y personas asimiladas a los nacionales de conformidad con el Acuerdo sobre los ADPIC

En el área de la propiedad industrial, así como en la de los esquemas de trazado (topografías) de los circuitos integrados:

Personas físicas o jurídicas que:

- sean nacionales de un Miembro del Acuerdo sobre los ADPIC;
- estén domiciliados en un Miembro; o
- tengan un establecimiento industrial o comercial, real y efectivo, en un Miembro del Acuerdo.

En el área del derecho de autor y derechos conexos:

Autores de obras literarias o artísticas que:

- sean nacionales de un Miembro del Acuerdo sobre los ADPIC; o
- tengan su residencial habitual en un Miembro del Acuerdo; o
- tengan sus obras publicadas por primera vez (o simultáneamente) en un Miembro del Acuerdo; o
- sean autores de obras cinematográficas cuyo productor tenga su sede o residencia habitual en un Miembro del Acuerdo; o
- sean autores de obras arquitectónicas edificadas en un Miembro del Acuerdo o de otras obras artísticas incorporadas a un inmueble u otra estructura sito en un Miembro del Acuerdo.

Los intérpretes (artísticos) cuya ejecución:

- se realice en otro Miembro del Acuerdo sobre los ADPIC; o
- se haya fijado sobre un fonograma (definido más adelante); o
- sea radiodifundida en una emisión (definida más adelante).

Los productores de fonogramas:

- que sean nacionales de otro Miembro del Acuerdo sobre los ADPIC (criterio de la nacionalidad); o

- cuyos fonogramas fueran fijados por primera vez en otro Miembro del Acuerdo (criterio de la fijación); o
- cuyos fonogramas se hubieran publicado por primera vez en otro Miembro (criterio de la publicación).

Organismos de radiodifusión:

- cuyo domicilio legal esté situado en otro Miembro del Acuerdo sobre los ADPIC; o [y]
- cuyas emisiones hayan sido transmitidas desde una emisora situada en el territorio de otro Miembro del Acuerdo.