

Konrad
Adenauer
Stiftung

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica



UR

Derecho Económico Internacional

Derecho Económico Internacional

Matthias Herdegen

Profesor titular de la Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität de Bonn, Alemania
Profesor Honorario del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, Colombia
Profesor Honorario de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia

Traducción al castellano de la 9ª edición por

Katia Fach Gómez
Laura Carballo Piñeiro
Dieter Wolfram



Colección Textos de Jurisprudencia

© 2012 Editorial Universidad del Rosario
© 2012 Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia
© 2012 Fundación Konrad Adenauer Stiftung
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
© 2012 Matthias Herdegen

ISBN: 978-958-738-291-4

Herdegen, Matthias Dr. *Internationales Wirtschaftsrecht: Ein Studienbuch*, 8.^a Ed., München, Beck Juristischer Verlag, 2009

Traducción al español por: Katia Fach Gómez, Laura Carballo Piñeiro y Dieter Wolfram (nueva edición del texto publicado en español y traducido en 2005 por Laura García Gutiérrez y Katia Fach Gómez)

Primera edición en español: Bogotá D.C., diciembre de 2012
Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario
Diseño de cubierta: Lucelly Anacondas
Diagramación: Precolombi EU-David Reyes
Impresión: Xpress. Estudio Gráfico y Digital S.A.
Editorial Universidad del Rosario
Carrera 7 No. 12B-41, of. 501 • Tel: 297 02 00
editorial@urosario.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta obra no puede ser reproducida sin el permiso previo escrito de la Editorial Universidad del Rosario

Herdegen, Matthias
Derecho económico internacional / Matthias Herdegen; traducción de Katia Fach Gómez y otros. —Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia. Fundación Konrad Adenauer. 2012.
512 p. (Colección Textos de Jurisprudencia)

ISBN: 978-958-738-291-4

Derecho Internacional / Derecho económico internacional / Integración económica / Regulación del comercio internacional / I. Gómez, Katia Fach, traductor / II. Carballo Piñeiro, Laura, traductor / III. Wolfram, Dieter, traductor / IV. Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia / V. Título / VI. Serie

341.75 SCDD 20

Catalogación en la fuente – Universidad del Rosario. Biblioteca

amv

Octubre 31 de 2012

Hecho el depósito legal que marca el Decreto 460 de 1995

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

Contenido

| | |
|--------------------|-------|
| Abreviaturas | xv |
| Prólogo | xxi |
| Presentación..... | xxiii |

PRIMERA PARTE

Introducción

| | |
|----------------------------------------------------------------------|---|
| § 1. Concepto y significado del Derecho Económico Internacional..... | 1 |
| § 2. Globalización de las relaciones económicas | 8 |

SEGUNDA PARTE

Fundamentos

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| § 3. Fuentes del Derecho Económico Internacional..... | 11 |
| 1. El Derecho internacional público como ordenación de las relaciones económicas interestatales | 11 |
| a) Consideraciones generales respecto al Derecho Económico Internacional..... | 11 |
| b) La costumbre internacional..... | 13 |
| c) Tratados sobre el tráfico económico interestatal | 15 |
| d) Principios generales del Derecho | 17 |
| 2. Derecho de la Unión Europea..... | 19 |
| 3. Acuerdos internacionales referidos al tráfico económico privado | 24 |
| 4. “Derecho transnacional” y <i>lex mercatoria</i> | 25 |
| 5. El Derecho económico nacional y su aplicación extraterritorial..... | 29 |

Derecho Económico Internacional

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| a) Regulación del comercio exterior | 30 |
| b) Consideraciones generales sobre el Derecho económico conflictual.... | 34 |
| c) Aplicación del Derecho nacional a supuestos con elemento extranjero | 38 |
| d) Conflictos de jurisdicción..... | 42 |
| e) Toma en consideración del Derecho económico extranjero..... | 46 |
| 6. Regulación del “ciberespacio” | 52 |
| § 4. Orden Económico Internacional..... | 54 |
| 1. Principios rectores del orden Económico Internacional..... | 54 |
| 2. Sujetos del Derecho Económico Internacional..... | 58 |
| a) Estados..... | 58 |
| b) Empresas estatales..... | 61 |
| c) Organizaciones internacionales..... | 62 |
| d) Unión Europea (Comunidades Europeas)..... | 68 |
| e) Agrupaciones de Estados basadas en intereses económicos comunes.. | 72 |
| f) Cooperación internacional de entidades administrativas..... | 73 |
| g) Organizaciones internacionales no gubernamentales..... | 75 |
| h) Empresas privadas y códigos de conducta para empresas transnacionales | 77 |
| 3. La discusión sobre un nuevo orden económico internacional..... | 87 |
| § 5. Orden Económico Europeo | 93 |
| 1. Mercado interior europeo y libertades de mercado | 93 |
| 2. Unión económica y monetaria | 95 |
| 3. Política comercial común | 100 |
| § 6. “Buen gobierno”, estructuras estatales e integración en la economía mundial.. | 102 |
| 1. Los estándares del “buen gobierno” | 103 |
| 2. Integración económica mundial y orden constitucional | 106 |
| § 7. Derechos y obligaciones fundamentales de los Estados | 109 |
| 1. Soberanía y relaciones económicas internacionales | 109 |
| a) El concepto moderno de soberanía | 109 |
| b) El principio de no intervención..... | 110 |
| 2. Inmunidad de los Estados..... | 111 |
| 3. Los derechos humanos y su significado en el ordenamiento económico internacional | 116 |
| 4. Derecho de extranjería y protección diplomática | 122 |
| § 8. El Derecho internacional público del medio ambiente y las relaciones económicas internacionales..... | 128 |

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Derecho internacional público aplicable a las relaciones de vecindad..... | 130 |
| 2. El concepto de “desarrollo sostenible” | 131 |
| 3. El principio de prevención | 132 |
| 4. Tratados de Derecho internacional público sobre limpieza del medio ambiente y responsabilidad por daños medioambientales | 134 |
| 5. Acuerdos sobre la protección de la atmósfera de la Tierra y del clima | 135 |
| 6. Acuerdos sobre protección de la biodiversidad y la bioseguridad | 138 |
| 7. Derecho de la biotecnología..... | 141 |
| 8. Acceso a material genético y conocimientos indígenas | 144 |
| § 9. Solución de diferencias y Derecho procesal internacional..... | 146 |
| 1. Mecanismos del Derecho internacional público para la solución de diferencias | 146 |
| 2. Arbitraje comercial internacional..... | 149 |
| 3. Competencia judicial internacional..... | 154 |
| a) Derecho de la Unión Europea..... | 155 |
| b) Convención de La Haya sobre los acuerdos de elección de foro | 157 |
| c) Derecho procesal civil alemán | 157 |
| d) Derecho procesal civil estadounidense | 158 |
| e) El atractivo del Derecho estadounidense..... | 162 |
| f) <i>Forum Shopping</i> | 164 |
| 4. Obtención de pruebas en el extranjero | 165 |
| 5. Notificación, reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras | 168 |

TERCERA PARTE

Comercio de mercancías y prestaciones de servicios

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| § 10. El GATT y el nuevo sistema de la Organización Mundial del Comercio (OMC) | 173 |
| 1. Evolución..... | 174 |
| a) Evolución hasta la “Ronda Uruguay”..... | 174 |
| b) Reforma en el marco de la “Ronda Uruguay” | 176 |
| 2. La nueva Organización Mundial del Comercio..... | 178 |
| 3. Acuerdos Comerciales “Multilaterales” y “Plurilaterales” | 181 |
| 4. El GATT de 1994 y los acuerdos complementarios | 182 |
| 5. Principios fundamentales del GATT..... | 184 |
| a) Trato de la nación más favorecida..... | 185 |
| b) Prohibición de discriminación (trato nacional) | 189 |

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| c) Desmantelamiento de derechos aduaneros y obstáculos no tarifarios al comercio | 199 |
| 6. Estándares de justificación de los obstáculos al comercio | 203 |
| a) Excepciones generales del Artículo XX del GATT: presentación general y cuestiones principales | 204 |
| b) Medidas para proteger la moralidad pública (art. XX, letra a del GATT) | 207 |
| c) Medidas para proteger la vida y la salud de las personas, los animales y los vegetales (art. XX, letra b del GATT) | 208 |
| d) Medidas para lograr la observancia de leyes y reglamentos (art. XX, letra d del GATT) | 209 |
| e) Medidas relativas a la conservación de los recursos naturales agotables (art. XX, letra g del GATT) | 210 |
| f) Otras excepciones | 212 |
| g) Carga de la prueba | 213 |
| 7. Regulación de las subvenciones y medidas <i>antidumping</i> | 213 |
| a) Subvenciones y derechos compensatorios | 214 |
| b) Subvenciones en el sector agropecuario | 219 |
| c) <i>Dumping</i> y medidas <i>antidumping</i> | 220 |
| 8. Acuerdo sobre medidas sanitarias y fitosanitarias | 222 |
| 9. Acuerdo sobre obstáculos técnicos al comercio | 228 |
| 10. El GATS | 229 |
| 11. Aplicación interna del Derecho de la OMC | 234 |
| 12. Solución de diferencias | 238 |
| 13. Relaciones osmóticas entre el Derecho de la OMC y otros regímenes de Derecho internacional público | 246 |
| 14. Perspectivas futuras y retos del sistema OMC | 250 |
| § 11. La gestión internacional de materias primas: comercio y seguridad del abastecimiento | 252 |
| 1. Comercio internacional de materias primas | 252 |
| a) Materias primas en el GATT | 252 |
| b) Mecanismos de control sobre determinadas materias primas | 252 |
| 2. Acuerdos sobre materias primas | 253 |
| 3. Seguridad de abastecimiento y formas de cooperación internacional | 255 |
| § 12. Acuerdos económicos para liberalizar el comercio de mercancías y servicios | 257 |
| 1. Formas de integración regional (zonas de libre comercio, uniones aduaneras y comunidades económicas) | 257 |
| 2. Libre circulación de mercancías y servicios en la Unión Europea | 261 |

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| a) Libre circulación de mercancías | 261 |
| b) Libre prestación de servicios | 264 |
| 3. Espacio Económico Europeo..... | 265 |
| 4. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN, <i>North American Free Trade Agreement, NAFTA</i>) | 268 |
| 5. Integración regional en Latinoamérica y el Caribe | 270 |
| a) Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) | 271 |
| b) Acuerdo de Cartagena (Pacto Andino) y Comunidad Andina..... | 272 |
| c) Mercosur..... | 273 |
| d) Libre comercio e integración económica en América Central y el Caribe | 274 |
| 6. Asociación de Estados del Sudeste Asiático (ASEAN) | 275 |
| 7. Acuerdo de libre comercio ASEAN-China..... | 276 |
| 8. Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC)..... | 276 |
| 9. Integración regional en África | 276 |
| § 13. Compraventa internacional y otros contratos..... | 277 |
| 1. Consideraciones generales | 277 |
| 2. El Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y el Reglamento de la Unión Europea “Roma I”..... | 279 |
| 3. La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías | 281 |
| a) Del Derecho de La Haya sobre compraventa a la Convención de Naciones Unidas sobre compraventa internacional..... | 282 |
| b) Ámbito de aplicación de la Convención de Viena..... | 283 |
| c) Convención de Naciones Unidas y pactos de elección del Derecho aplicable | 286 |
| d) La formación de los contratos de compraventa y las obligaciones precontractuales | 288 |
| e) Obligaciones del vendedor | 290 |
| f) Obligaciones del comprador | 293 |
| g) Convenio de Naciones Unidas sobre compraventa internacional y responsabilidad por productos | 294 |
| 4. Comercio electrónico (<i>electronic commerce</i>)..... | 295 |
| § 14. Prestación de servicios: algunos contratos en particular | 296 |
| 1. Consideraciones generales | 296 |
| 2. Transporte..... | 297 |
| 3. Seguros | 303 |
| 4. Banca y protección del inversor..... | 306 |
| 5. Servicios de correo | 312 |

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Derecho Económico Internacional | |
| 6. Telecomunicaciones | 313 |
| 7. Radiodifusión | 316 |
| § 15. Protección internacional de la propiedad intelectual | 317 |
| 1. Sinopsis..... | 317 |
| 2. El Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)..... | 319 |
| 3. La protección de invenciones biotecnológicas mediante patentes..... | 325 |
| 4. Propiedad intelectual y libre circulación de mercancías | 327 |

CUARTA PARTE

Derecho internacional de las empresas

| | |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| § 16. Derecho internacional de sociedades | 329 |
| 1. Ley aplicable a las sociedades y reconocimiento de personas jurídicas extranjeras | 329 |
| 2. Derecho de la Unión Europea..... | 334 |
| 3. <i>Corporate Governance</i> | 337 |
| 4. Reglas internacionales sobre rendición de cuentas | 338 |
| § 17. Derecho internacional de la competencia..... | 340 |
| § 18. Derecho concursal internacional..... | 351 |
| § 19. Derecho tributario internacional..... | 354 |

QUINTA PARTE

Derecho internacional de la expropiación y Derecho de inversiones

| | |
|-----------------------------------------------------------------------|-----|
| § 20. La expropiación en el Derecho internacional..... | 357 |
| 1. Admisibilidad de las expropiaciones | 357 |
| 2. Eficacia de las expropiaciones en el extranjero | 366 |
| a) Traslado de bienes expropiados al extranjero..... | 367 |
| b) Expropiación directa e indirecta de bienes extranjeros | 369 |
| § 21. Inversiones extranjeras: relevancia y preceptos nacionales..... | 374 |

| | | |
|-------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. | Relevancia de las inversiones extranjeras | 374 |
| 2. | Restricciones a las inversiones extranjeras directas | 376 |
| § 22. | Contratos de inversión entre Estados y empresas extranjeras..... | 377 |
| § 23. | Mecanismos de protección en el Derecho de inversiones..... | 382 |
| 1. | Sinopsis..... | 382 |
| 2. | Acuerdos bilaterales de protección de las inversiones y protección de inversiones en tratados de comercio | 385 |
| a) | Consideraciones generales..... | 386 |
| b) | Ámbito personal de protección | 388 |
| c) | Inversiones protegidas | 392 |
| d) | “Cláusula paraguas” (<i>umbrella clause</i>) | 395 |
| e) | Principio de trato justo y equitativo (<i>fair and equitable treatment</i>) | 397 |
| f) | Trato nacional | 403 |
| g) | Cláusula de la nación más favorecida..... | 404 |
| h) | Protección de expropiaciones e indemnización | 406 |
| i) | Solución de diferencias..... | 409 |
| 3. | El Tratado sobre la Carta Europea de la Energía | 412 |
| 4. | Regulación en el interés general, derechos humanos y protección del medio ambiente en el Derecho internacional de las inversiones | 413 |
| a) | Protección de inversiones y potencial regulatorio del Estado de acogida | 414 |
| b) | Derechos humanos y protección del medio ambiente | 414 |
| 5. | Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)..... | 415 |
| 6. | La Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA)..... | 418 |
| 7. | Sistemas de seguros nacionales | 419 |

SEXTA PARTE

Sistema monetario y servicios financieros internacionales

| | | |
|-------|-----------------------------------------------------------|-----|
| § 24. | Derecho monetario internacional | 421 |
| 1. | Consideraciones generales | 421 |
| 2. | Evolución del sistema de Bretton Woods..... | 423 |
| 3. | Observancia de disposiciones cambiarias extranjeras | 425 |
| 4. | Eurodivisas..... | 428 |

| | |
|---------------------------------------------------------------------------|------------|
| § 25. Unión Monetaria Europea y otras uniones monetarias regionales | 429 |
| 1. La Unión Monetaria Europea | 429 |
| 2. Otras uniones monetarias regionales..... | 431 |
| § 26. Servicios financieros internacionales y supervisión | |
| de la política monetaria..... | 432 |
| 1. Fondo Monetario Internacional..... | 432 |
| 2. Banco Mundial | 440 |
| 3. Insolvencia estatal y crisis de la deuda internacional | 443 |
| Bibliografía reciente en español..... | 453 |
| Índice analítico | 467 |

Abreviaturas

| | |
|-------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| AA | Acuerdo sobre Agricultura |
| AA.VV. | Autores Varios |
| A. C. | The Law Reports, Appeal Cases |
| Acuerdo MSF | Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias |
| Acuerdo SMC | Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias |
| ADC | Anuario de Derecho Civil |
| ADR | European Agreement concerning the International Carriage of Dangerous Goods by Road/ Acuerdo Europeo sobre Transporte Internacional de Mercancías Peligrosas por Carretera |
| AEIE | Agrupación Europea de Interés Económico |
| AFDI | Annuaire français de droit international |
| AG | Amtsgericht |
| AICPA | American Institute of Certified Public Accountants |
| AJIL | American Journal of International Law |
| AMI | Acuerdo Multilateral de Inversiones |
| ALC | Acuerdos de Libre Comercio |
| AMF | Acuerdo Textil Mundial o Acuerdo Multifibras |
| AoA | Agreement on Agriculture/Acuerdo sobre Agricultura |
| AöR | Archiv des öffentlichen Rechts |
| APEC | Asia-Pacific Economic Cooperation/Cooperación Económica Asia-Pacífico |
| Art. | Artículo |
| As. | Asunto |
| ASEAN | Association of Southeast Asian Nations/Asociación de Estados del Sudeste Asiático |
| ATCA | Alien Tort Claims Act |
| AVR | Archiv des Völkerrechts |
| AWG | Außenwirtschaftsgesetz |
| BB | Betriebs-Berater |
| BCE | Banco Central Europeo |
| BDGV | Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGBL. | Bundesgesetzblatt |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BGHZ | Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen |
| BIT | Bilateral Investment Treaty |
| BOE | Boletín Oficial del Estado |
| BOT | Build-Operate-Transfer |
| BSGE | Entscheidungen des Bundessozialgerichts |

| | |
|-----------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| BT | Deutscher Bundestag |
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht |
| BVerfGE | Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts |
| BVerwGE | Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts |
| BYIL | The British Year Book of International Law |
| CDI | Convenio de Doble Imposición |
| CECA | Comunidad Europea del Carbón y del Acero |
| CEDH | Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales |
| CEE | Comunidad Económica Europea |
| CEEA | Comunidad Europea de la Energía Atómica |
| CFI | Corporación Financiera Internacional |
| Cir. | Circuit |
| CISG | Convention on Contracts for the International Sale of Goods/Convención sobre compraventa internacional de mercaderías |
| CIV | Reglas uniformes relativas al contrato de transporte internacional de viajeros y equipajes por ferrocarril |
| CMR | Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route/Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera |
| COCOM | Coordinating Committee for East-West Trade/Comité de Coordinación para el Comercio Este-Oeste |
| Coord(s). | Coordinador(es) |
| COTIF | Convention relative aux transports internationaux ferroviaires/Convenio internacional relativo a los transportes internacionales por ferrocarril |
| CSCE | Conferencia para la Seguridad y Cooperación en Europa |
| DB | Der Betrieb |
| D. C. | District of Columbia |
| DO | Diario Oficial de la Unión Europea |
| DÖV | Die Öffentliche Verwaltung |
| DSB | Dispute Settlement Body |
| DSU | Dispute Settlement Understanding |
| ECOFIN | Consejo de Ministros de economía y finanzas |
| ECOWAS | Economic Community of West African States/ Comunidad Económica de los Estados de África Occidental |
| ed. | Edición |
| EFTA | European Free Trade Association/Asociación Europea de Libre Cambio |
| EGBGB | Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch |
| ELJ | European Law Journal |
| esp. | Especialmente |
| EuGRZ | Europäische Grundrechte Zeitschrift |
| EuZW | Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |
| F. 2 d | Federal Reporter, Second Series |
| FAO | Food and Agriculture Organization of the UN/ Organización de las Naciones Unidas para la agricultura y la alimentación |
| FASB | Financial Accounting Standards Board |
| FIATA | International Federation of Freight Forwarders Associations/ Federación Internacional de Asociaciones de Transportistas |

| | |
|-----------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| FMI | Fondo Monetario Internacional |
| F. Supp. | Federal Supplement |
| GG | Grundgesetz/Constitución alemana |
| GATS/AGCS | General Agreement on Trade in Services/ Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios |
| GATT | General Agreement on Tariffs and Trade/ Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio |
| GmbH | Gesellschaft mit beschränkter Haftung/Sociedad de responsabilidad limitada |
| Governance | Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions |
| GPA | Agreement on Government Procurement /Acuerdo sobre Compras del Sector Público |
| GRURInt. | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil |
| GWB | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen |
| GYIL | German Yearbook of International Law |
| IAS | International Accounting Standards |
| IASB | International Accounting Standards Board |
| IASC | International Accounting Standards Committee |
| IATA | International Air Transport Association/Asociación Internacional de Transporte Aéreo |
| IBRD | International Bank for Reconstruction and Development/ Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo (IBRD) |
| ICAO | International Civil Aviation Organization/ Organización de Aviación Civil Internacional |
| ICJ/CJ | International Court of Justice/Corte Internacional de Justicia |
| ICJ Reports | International Court of Justice, Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders |
| ICLQ | International and Comparative Law Quarterly |
| ICSID/CIADI | International Centre for Settlement of Investment Disputes/Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones |
| ICSID Review | ICSID Review – Foreign Investment Law Journal |
| IDA/AIF | International Development Association/ Asociación Internacional de Fomento |
| IEA | Agencia Internacional de la Energía (International Energy Agency) |
| IFC | International Finance Corporation |
| IFRIC | International Financial Reporting Interpretations Committee |
| IFRS | International Financial Reporting Standards |
| IHR | Internationales Handelsrecht |
| ILA | International Law Association |
| ILM | International Legal Materials |
| ILO/OIT | International Labour Organization/Organización Internacional del Trabajo |
| ILR | International Law Reports, E. Lauterpacht (ed.) |
| IMF/FMI | International Monetary Fund/Fondo Monetario Internacional |
| IPRax | Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts |
| Iran-U.S.C.T.R. | Iran-United States Claims Tribunal Reports |
| ITO/OIC | International Trade Organization/Organización Internacional del Comercio |
| JA | Juristische Arbeitsblätter |
| JIEL | Journal of International Economic Law |
| Jura | Juristische Ausbildung |

| | |
|-----------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------|
| JuS | Juristische Schulung |
| JWT | Journal of World Trade |
| JZ | Juristenzeitung |
| KAS | Konrad Adenauer Stiftung |
| KG | Kammergericht |
| KSzW | Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht |
| KTS | Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen |
| LG | Landgericht |
| lit. | littera |
| LNTS | League of Nations Treaty Series |
| Marg. | marginal |
| MAI | Multilateral Agreement on Investment |
| MCCA | Mercado Común Centroamericano |
| MDR | Monatsschrift für Deutsches Recht |
| MIGA | Multilateral Investment Guarantee Agency/ Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones |
| MPEPIL | Max Planck Encyclopedia of Public International Law |
| MPYUNL | Max Planck Yearbook of United Nations Law |
| n. | nota |
| n.marg. | Nota marginal |
| NAFTA/ TLCAN | North American Free Trade Agreement/ Tratado de Libre Comercio de América del Norte |
| N. D. | Northern District |
| N. E. | North Eastern Reporter |
| NILR | Netherlands International Law Review |
| NJOZ | Neue Juristische Online-Zeitschrift |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift |
| No. | número |
| núm. | número |
| NU | Naciones Unidas |
| NVwZ | Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht |
| N. Y. | New York |
| OIC | Organización Internacional de Comercio |
| OLG | Oberlandesgericht |
| ONU | Organización de Naciones Unidas |
| ONGs | Organizaciones no gubernamentales |
| OPEC/OPEP | Organization of the Petroleum Exporting Countries/ Organización de Países Exportadores de Petróleo |
| OSD | Órgano de solución de diferencias |
| par. | Párrafo/parágrafo |
| PESC | Política Exterior y de Seguridad Común |
| PIB | Producto Interior Bruto |
| p(p). | página(s) |
| PPM | Production and Process Methods |
| PTA | Preferential Trade Agreements |
| RabelsZ | Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht |
| RdC | Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye |

| | |
|---------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| RdE | Recht der Energiewirtschaft |
| RDUE | Revista de Derecho de la Unión Europea |
| REDI | Revista Espanola de Derecho Internacional |
| Res. | Resolution |
| Rev.arb. | Revue de l'Arbitrage |
| RGBL | Reichsgesetzblatt |
| RGDJP | Revue Générale du Droit International Public |
| RGD | Revista General de Derecho |
| RIAA | Reports of International Arbitral Awards |
| RID | Règlement concernant le transport international ferroviaire de marchandises dangereuses/ Reglamento Internacional sobre el Transporte de Mercancías Peligrosas por Ferrocarril |
| RIE | Revista de Investigación Educativa |
| RIW | Recht der internationalen Wirtschaft |
| RIW/AWD | Recht der internationalen Wirtschaft/Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters (seit 1982: RIW) |
| s. | Siguiente |
| ss. | Siguientes |
| SADC | Comunidad Surafricana de Desarrollo (South African Development Community) |
| S. Ct. | Supreme Court Reporter |
| SE | Societas Europaeae |
| SEC | Security and Exchange Commission |
| Ser. | Serie; Series |
| SICA | Sistema de Integración Centroamericano |
| SME | Sistema Monetario Europeo |
| SPS Agreement | Agreement on Sanitary and Phyto-Sanitary Measures |
| Supp. | Supplement |
| t. | tomo |
| TBT Agreement | Agreement on Technical Barriers to Trade |
| TEDH | Tribunal Europeo de Derechos Humanos |
| TFUE | Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea |
| TJUE | Tribunal de Justicia de la Unión Europea |
| TransportR | Transportrecht |
| TRIPS/ADPIC | Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights/ Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio |
| TS | Tribunal Supremo |
| TUE | Tratado de la Unión Europea |
| UE | Unión Europea |
| UEM | Unión económica y monetaria |
| UIC | International Railroad Union/ Unión Internacional de Ferrocarriles |
| UN/NU | United Nations/Naciones Unidas |
| UNCED | UN Conference on Environment and Development/Conferencia de Naciones Unidas sobre Medioambiente y Desarrollo |
| UNCITRAL /CNUDMI | UN Commission on International Trade Law/Comisión de Comercio Internacional de las Naciones Unidas |
| UNCTAD | UN Conference on Trade and Development/Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo |

Derecho Económico Internacional

| | |
|---------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| UNESCO | United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization |
| UNIDO | UN Industrial Development Organization/ Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial |
| UNTS | United Nations Treaty Series |
| UNYB | United Nations Yearbook |
| U. S. | United States (Reports) |
| USA | United States of America |
| U. S. C. | United States Code |
| US-GAAP | United States – Generally Accepted Accounting Principles |
| v. | versus |
| V. | Véase |
| Virginia J. Int. L. | Virginia Journal of International Law |
| vol. | volumen |
| VRÜ | Verfassung und Recht in Übersee |
| VwGO | Verwaltungsgerichtsordnung |
| WIPO/OMPI | World Intellectual Property Organization/ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual |
| W. L. R. | The Weekly Law Reports |
| WM | Wertpapiermitteilungen |
| WTO/OMC | World Trade Organization/Organización Mundial del Comercio |
| WuW | Wirtschaft und Wettbewerb |
| WuW/E | Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung zum Kartellrecht |
| YIEL | Yearbook of International Environmental Law |
| ZaöRV | Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht |
| ZBB | Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft |
| ZGR | Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht |
| ZHR | Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht |
| ZIP | Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis |
| ZPO | Zivilprozessordnung |
| ZUR | Zeitschrift für Umweltrecht |
| ZVglRWiss | Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft |

Direcciones de Internet

| | |
|----------|----------------------------------------------------------------------|
| EU | www.europa.eu |
| IWF | www.imf.org |
| NAFTA | www.nafta-sec-alena.org |
| OECD | www.oecd.org |
| UNCITRAL | www.uncitral.org |
| UNO | www.un.org |
| Weltbank | www.worldbank.org |
| WTO | www.wto.org |

Prólogo

Me complace en grado sumo la entrega de ésta edición actualizada en castellano de mi libro *Derecho Económico Internacional*.

Expreso mis agradecimientos a la Fundación Konrad Adenauer y, en particular, al Director del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Dr. Christian Steiner, por su iniciativa para llevar a cabo este proyecto. Su decidido respaldo tanto a la traducción del idioma alemán, como a la publicación, obligan mi sincero reconocimiento.

Agradezco igualmente a mis colegas, la profesora Katia Fach Gómez, la profesora Laura Carballo Piñeiro y el Dr. Dieter Wolfram, el haber asumido el reto de realizar esta faena. Como juristas, cada uno con su propio perfil en el derecho internacional y económico, mantuvieron un intenso diálogo con el autor, con múltiples sugerencias e importantes aportes, incluso, con bibliografía española actualizada. Celebro también que esta segunda edición en castellano, como en la de 2005, haya contado con el juicioso trabajo de las profesoras Laura García Gutiérrez y Katia Fach Gómez.

Valoro esta obra como expresión de mis intensos lazos con el mundo académico de América Latina.

Matthias Herdegen
Bonn, agosto de 2012

Presentación

El Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer presenta con el más alto agrado esta nueva edición de la conocida obra del Dr. Matthias Herdegen, de la cual estamos seguros que se seguirán escuchando importantes noticias entre sus más agudos e inquietos lectores.

Es nuestro deseo, en primer lugar, expresar un franco reconocimiento al Dr. Herdegen por el inagotable esfuerzo que ha empeñado hasta hoy para que este trabajo llegue una vez más a las manos del público de habla española, conservando la pertinencia temática y la actualidad de los criterios y fundamentos allí sustentados.

El Programa es conocedor de la extraordinaria capacidad del autor para explicar de manera clara y concisa en el libro, las complejidades intrínsecas a los conceptos, estructuras, marcos jurídicos e institucionalidades del derecho económico internacional; los cuales logra acercar al lector con suficientes elementos para su comprensión y sin las cargas ideológicas que tradicionalmente han estado presentes en la discusión de estas materias.

No cabe duda, que los contenidos de esta edición representan un indispensable aporte para el entendimiento y el impulso de una agenda de discusión en torno a las relaciones comerciales en el plano internacional, respecto de las cuales aún se requieren ingentes diálogos e intercambios multisectoriales.

Del mismo modo, esperamos que la presente obra contribuya a una reflexión informada sobre las posibilidades de un desarrollo económico capaz de fomentar y respetar los principios del Estado de Derecho y los estándares de Derechos Humanos, especialmente, de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en perspectiva de garantizar un trato sostenible y respetuoso del ambiente y de la humanidad.

Por lo dicho, consideramos que el amable lector de este trabajo tiene en sus manos un libro con todas las herramientas y garantías para alimentar y fortalecer sus más profundas inquietudes y disertaciones. Al menos, a ello queremos invitarlo.

Fundación Konrad Adenauer
Bogotá D.C., octubre de 2012

PRIMERA PARTE

Introducción

Tema 1

Concepto y significado del Derecho Económico Internacional

Bibliografía recomendada: Baudenbacher, C.: Internationales und europäisches Wirtschaftsrecht, t. I-III, 2004; Bethlehem, D., McRae, D., Neufeld, R., Van Damme, I.: The Oxford Handbook of International Trade Law, 2009; Braithwaite, J., Drahos, P.: Global Business Regulation, 2000; Carreau, D., Juillard, B.: Droit international économique, 5.^a ed., 2010; Davey W. J., Jackson, J. H.: “The Future of International Economic Law”, *JIEL*, 10/2007, pp. 439 ss.; Dolzer, R.: “Wirtschaft und Kultur im Völkerrecht”, W. Graf Vitzthum (ed.) *Völkerrecht*, 5.^a ed., 2010, pp. 491 ss.; Erler, G.: Grundprobleme des internationalen Wirtschaftsrecht, 1956; Fikentscher, W.: Wirtschaftsrecht, T. I, *Weltwirtschaftsrecht und Europäisches Wirtschaftsrecht*, 1983; Fischer, P.: “Das Internationale Wirtschaftsrecht — Versuch einer Systematik”, *GYIL*, 19/1976, pp. 143 ss.; Folsom, R., Gordon, J., Spanogle, J.: *International Business Transactions*, 10.^a ed. 2009; Goode, R., Kronke, H., McKendrick, E., Wool, J.: *Transnational Commercial Law*, 2007; Gramlich, L.: *Internationales Wirtschaftsrecht*, 2004; Guzman, A., Pauwelyn, J.: *International Trade Law*, 2009; Jackson, J. H.: “Economic Law. International”, *EPIL*, T. II, 1995, pp. 20 ss.; *id.* *The World Trading System*. 2.^a ed. 1997; Joerges, C.: “Vorüberlegungen zu einer Theorie des internationalen Wirtschaftsrechts”, *RabelsZ*, 43/1979, pp. 6 ss.; Kegel, G., Schurig, K.: *Internationales Privatrecht*, 9.^a ed., 2004, § 23; Kohona, P.: *The Regulation of International Economic Relations Through Law*, 1985; Kronke, H., Melis, W., Schnyder, A. K. (eds.): *Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht*, 2005; Lester, S., Mercurio, B.: *World Trade Law. Text, Materials and Commentary*, 2008; Lowenfeld, A. F.: *International Economic Law*, 2.^a ed., 2008; Langer, S.: *Grundlagen einer internationalen Wirtschaftsverfassung: Strukturprinzipien, Typik und Perspektiven anhand von Europäischer Union und Welthandelsorganisation*, 1995; Meerhaeghe, M. A. G.: *International Economic Institutions*, 7.^a ed., 1998; Meessen, K. M.: “Zu den Grundlagen des internationalen Wirtschaftsrecht”, *AöR*, 110/1985, pp. 398 ss.; Seidl-Hohenveldern, I.: *International Economic Law*, 3.^a ed., 1999; Trebilcock, M. J., Howse, R.: *The Regulation of International Trade*, 3.^a ed., 2005; VerLoren van Themaat, P.: *The Changing Structure of International Economic Law*, 1981.

Recopilaciones de textos jurídicos: Cheng, Ch. (ed.): *Basic Documents on International Trade Law*, 3.^a ed., 1999; Jackson, J. H., Davey, W. J., Sykes, A. O.: *Legal Problems of International Economic Relations*, 5.^a ed., 2008.

- 1 El tráfico económico internacional se enmarca en una red de normas que proceden de diversas fuentes y que se refieren al amplio espectro de las actividades económicas de los Estados, las organizaciones internacionales y las empresas privadas. La interrelación entre las normas con las que los ordenamientos jurídicos nacionales, el Derecho internacional público y el Derecho de la Unión Europea regulan el tráfico económico internacional es cada vez más estrecha. La creciente interdependencia de los espacios económicos nacionales y los esfuerzos mundiales para reducir los obstáculos al comercio (liberalización) ya no permiten, en la actualidad, una consideración aislada de los complejos normativos (por ejemplo, del Derecho internacional privado de cada Estado o del Derecho internacional público económico).
- 2 Esta evolución impulsa la interacción jurídica de las distintas ramas del Derecho que regulan el establecimiento transfronterizo de empresas, el comercio internacional de mercancías y servicios, el desplazamiento de trabajadores y la circulación internacional de capitales. De ello resulta una visión jurídica completa del orden económico internacional: el Derecho económico internacional.
- 3 La interrelación de los diversos ámbitos de regulación se evidencia, por ejemplo, en las condiciones marco que son determinantes para la decisión de una empresa de crear un establecimiento, de abrir una sucursal o de invertir de otra forma en el extranjero. Las cuestiones relativas al Derecho de sociedades, tributario y laboral internacional pueden incidir en la adopción de una decisión de este tipo en la misma medida que el alcance de la protección pública de las inversiones o los posibles obstáculos a la repatriación de beneficios.
- 4 El Derecho internacional público, el Derecho administrativo económico y el Derecho privado económico están estrechamente vinculados en casos como las restricciones al comercio exterior (por ejemplo, a través de las prohibiciones de importación o exportación). Las competencias y mecanismos intergubernamentales de la Unión Europea excluyen y se superponen a las competencias normativas nacionales de los Estados miembro. Una muestra son las prohibiciones de importar y exportar que muchos Estados aplicaron a Irak tras la ocupación de Kuwait.¹

A este respecto, en el plano internacional, debe tenerse en cuenta la competencia del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para imponer un embargo comercial en virtud del Artículo 41 de la Carta de las Naciones Unidas, que deben llevar a la práctica los Estados parte. En Alemania, el § 5 de la Ley de comercio exterior (AWG), en su versión

¹ Al respecto, por ejemplo, Mestmäcker, E. J., C. Engel: *Das Embargo gegen Irak und Kuwait*, 1991. En general, sobre el embargo comercial como medio de coacción económica del Derecho del comercio exterior alemán: Lindemeyer, B.: "Das Handelsembargo als wirtschaftsliches Zwangsmittel der staatlichen Außenpolitik", *RIW*, 1981, pp. 10 ss.; Röss, H. K.: *Das Handelsembargo*, 2000.

del 26 de junio de 2006, autoriza la implementación de una obligación internacional de este tipo. Este precepto (en concordancia con los §§ 2.1 y 27.1 AWG) autoriza restricciones al comercio exterior para asegurar el cumplimiento de obligaciones derivadas de acuerdos interestatales aprobados por las cámaras legislativas por medio de una ley federal.

El § 7.1 AWG permite aplicar medidas similares, por ejemplo, para proteger la convivencia pacífica de los pueblos (núm. 2) y las relaciones exteriores de la República alemana (núm. 3). En este contexto debe señalarse que tanto Alemania como los demás Estados miembros de la Unión Europea han ido perdiendo sus competencias en materia de política comercial, las que, de acuerdo con el Artículo 206 TFUE, pasa a asumir la propia Unión Europea. En el caso del embargo a Irak, las medidas alemanas se basaban en una norma comunitaria: el Reglamento imponiendo un embargo comercial contra Irak y Kuwait.²

El Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea expresa claramente que la competencia de la Unión para adoptar resoluciones en el marco de la política exterior y de seguridad común abarca también sanciones económicas contra terceros países, siempre y cuando estén basadas en motivos de política exterior (arts. 75 y 215 TFUE).

El ejemplo de las medidas de embargo muestra también cómo las posiciones de las em- 5
presas privadas son objeto de intereses estatales y resultado de intereses contrapuestos. Una prohibición de exportación puede generar la nulidad de los contratos de suministro y fundamenta, en el plano obligacional, un impedimento al cumplimiento de las prestaciones contractuales. A este respecto queda, no obstante, sin resolver la cuestión de si otros Estados van a tener en cuenta, o no, la existencia de una prohibición de exportar.

El concepto de *Derecho económico internacional* ha aparecido hace unas décadas en la 6
literatura jurídica. Progresivamente se va reconociendo, además, la necesidad de que el Derecho económico internacional se convierta en una asignatura autónoma en la formación jurídica. Como concepto de moderna creación, este se refiere a la regulación de las relaciones económicas internacionales en la encrucijada de normas internacionales y nacionales. El contenido del Derecho económico internacional como tema de exposición científica está todavía en fase de concreción. Ello se debe a que la materia se sustrae a una clara delimitación respecto de las disciplinas jurídicas anteriormente mencionadas. La variedad de los movimientos transfronterizos de bienes y factores de producción, y la diversidad de sujetos del tráfico económico internacional dificultan una delimitación de que este instrumentario normativo sea de amplia aceptación. Un fraccionamiento de las relaciones jurídicas entre el Derecho internacional público y el Derecho nacional, o entre el Derecho privado y el Derecho público, diluye intrínsecas correlaciones materiales, e impide la comprensión sintética de la vida económica actual en la comunidad de Estados. Aquí se muestran los puntos débiles de un pensamiento parcelado, problema que, hasta hoy, ha padecido en mayor grado la ciencia jurídica alemana que, por ejemplo, la angloamericana.

² Sobre la responsabilidad de la República alemana por el embargo a Irak, desde el punto de vista de la injerencia en las relaciones contractuales de los particulares con Irak: sent. del Tribunal Supremo alemán de 27 de enero de 1994, BGHZ, 125, p. 27, comentada por: Herdegen, M.: JZ, 1994, pp. 729 ss.

- 7 Tampoco en los sistemas económicos en los que los grandes movimientos de bienes y factores de producción están en manos de particulares puede ignorarse, desde un punto de vista jurídico, el control estatal ejercido sobre la producción y el comercio. En el plano del Derecho internacional público, el ámbito estatal de decisión se ve restringido por los compromisos derivados de acuerdos internacionales; entre ellos, por ejemplo, las disposiciones de los acuerdos sobre el comercio mundial como el Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT). El mercado interior de la Unión Europea es actualmente el máximo exponente de la consecución de la libre circulación de mercancías, servicios, personas y capitales, en un grado no alcanzado en otra parte. Finalmente, el Derecho internacional público general, por medio del principio consuetudinario de no intervención, limita las posibilidades de cada Estado de hacer valer su Derecho del comercio exterior más allá de su ámbito nacional (por ejemplo, mediante la extensión de restricciones al comercio a filiales extranjeras de empresas nacionales).
- 8 Los Estados individualmente considerados no están, en principio, obligados a tener en cuenta, o a aplicar, en su propio ámbito estatal, o a sus propios nacionales, normas económicas de un Estado extranjero. No puede decirse lo mismo en relación con reglas especiales derivadas de un acuerdo internacional; el ejemplo más conocido es el Artículo VIII.2.b del Convenio de Bretton Woods, constitutivo del Fondo Monetario Internacional (FMI) de 1944, que obliga a los Estados parte a observar las normas extranjeras sobre control de cambios.³ En este sentido, por ejemplo, las reclamaciones de pago en una determinada moneda que no cuenten con la preceptiva autorización del Banco Central de un Estado parte no podrán ser estimadas por los tribunales de otro Estado parte.
- 9 El efecto “extraterritorial” del Derecho nacional constituye uno de los grandes temas del Derecho económico internacional.⁴ Se trata, por ejemplo, de que un Estado aplique sus normas prohibitivas a comportamientos que afectan al Derecho de la competencia y que tienen lugar en el territorio de otro Estado, porque tales comportamientos producen efectos en el propio mercado estatal. En relación con las restricciones al comercio exterior, como la prohibición de exportar máscaras tribales de un Estado africano, a menudo se plantea la pregunta de cómo afectan estas restricciones, que se basan en el Derecho de otro Estado, a los contratos privados de suministro (por ejemplo, como fundamento para su nulidad por transgresión a las buenas costumbres, en virtud del § 138.1 BGB).
- 10 Una comprensión adecuada de la vida económica actual en la comunidad de Estados obliga a ejercitar una visión de conjunto. Así, el Derecho económico internacional reúne, especialmente, al Derecho internacional público, al Derecho del comercio exterior y a los elementos de Derecho civil del Derecho económico nacional. Esta concepción conduce a rechazar una noción sistemática del Derecho económico internacional que, por razón de la fuente, sólo tenga en cuenta el complejo de normas de Derecho internacional (limitán-

³ Al respecto ver tema 24, nota al margen 15.

⁴ Al respecto v. tema 3, nota al margen 42.

dose al Derecho internacional público económico). En lugar de adoptar una perspectiva ceñida a las regulaciones interestatales, esta orientación atiende a la función ordenadora del Derecho; el Derecho económico internacional se convierte así en el marco regulador de las relaciones económicas internacionales. De acuerdo con esta concepción, no sólo se entiende el Derecho económico internacional como el Derecho internacional de la economía (el Derecho internacional público económico en el sentido de las explicaciones de Carreau/Juillard, Schwarzenberger y Seidl-Hohenveldern), sino también como el Derecho de la economía internacional (Behrens, Releer, Fikentscher, P. Fischer, Großfeld, Joerges).

El concepto de orden económico mundial remite a la integración de los órdenes económicos nacionales en el tráfico económico mundial. Así, a la comprensión del Derecho económico internacional como marco normativo sólo se adecúa un punto de vista que parta del peso que tiene la regulación jurídica del tráfico económico privado en la capacidad de integración de un sistema nacional en la economía mundial, y que no sólo conciba el tráfico económico exterior desde la dimensión interestatal. La eliminación de la economía planificada marxista del grupo de los modelos aceptables o competitivos, así como el fracaso del sistema de comercio estatal, vienen a reforzar este punto de vista. 11

En conclusión, la concepción que se va a defender en este trabajo es la del Derecho económico internacional como el ordenamiento jurídico de las relaciones económicas de los Estados y las organizaciones internacionales, pero también de los intercambios de bienes, servicios y factores de producción que realizan los particulares, incluyendo también los aspectos transfronterizos de las estructuras empresariales y estándares de producción. 12

La inclusión de los aspectos del Derecho civil produce una importante ampliación de los contenidos. De ahí que esta obra limite su objeto a determinadas materias seleccionadas. El propio conjunto de reglas de Derecho internacional público ya no se centra solamente en el equilibrio de los intereses interestatales. De manera creciente, los acuerdos internacionales (por ejemplo, en Derecho de obligaciones) se encargan de regular el tráfico económico privado en interés de la unificación del Derecho y de la cooperación jurídica. En este sentido, se puede pensar, por ejemplo, en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y en el Convenio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. En casos como éste, la naturaleza internacional-publicista sólo puede predicarse teniendo en cuenta el origen normativo del texto. De hecho, no se trata de la regulación de las relaciones económicas entre Estados (y entre organizaciones internacionales), sino de la facilitación del tráfico económico privado. En el Derecho de la Unión Europea se ha eliminado en gran medida la contraposición entre el Derecho internacional público, por un lado, y el Derecho civil y mercantil, por otro. Entre los aspectos del Derecho civil que adquieren gran relevancia en el Derecho económico internacional se encuentra, en primer lugar, el Derecho internacional privado (Derecho conflictual). El Derecho internacional privado de cada Estado determina, en los supuestos con elemento extranjero (como, por ejemplo, un contrato de compraventa celebrado en Alemania que debe cumplirse en Panamá), qué Derecho debe aplicarse a 13

cada uno de los elementos de las relaciones jurídicas entre las partes. Una especial atención requieren, por ejemplo, los aspectos conflictuales de los contratos de compraventa, la protección de la propiedad industrial, el Derecho de sociedades, el Derecho de la competencia y el Derecho concursal.

- 14 La extensión del Derecho económico internacional a las normas que regulan el tráfico económico privado se basa en consideraciones propias del Derecho internacional público moderno. En efecto, el núcleo del Derecho internacional público económico lo componen las normas que regulan las relaciones económicas entre los Estados y las organizaciones internacionales. A ellas pertenecen institutos clásicos como la inmunidad de los Estados y la regulación convencional internacional del comercio mundial a través del Derecho de la OMC. Pero el Derecho internacional consuetudinario clásico impone restricciones a la injerencia de un Estado en la propiedad de los extranjeros. Así, y de modo habitual, los inversores privados gozan de especial protección en la práctica convencional internacional, a través de acuerdos entre su Estado de origen y el Estado anfitrión o de acogida. En estos casos, sólo el Estado de origen puede hacer valer reclamaciones basadas en el Derecho internacional público. Pero el peso económico de algunas empresas multinacionales ha conducido *de facto* a una equiparación jurídica entre los “particulares” y los Estados de acogida. Este peso se traduce jurídicamente, por ejemplo, en el intento, por parte de la empresa, de que el Estado de acogida sea tratado en el ámbito contractual como un socio sin privilegios, y de sustraer las relaciones jurídicas de la influencia del Derecho nacional (con la finalidad de, por ejemplo, evitar que sean desconocidos los derechos adquiridos a través de una concesión). Se produce asimismo un reforzamiento adicional de la posición jurídica de la empresa individual cuando, a través de convenios interestatales o de acuerdos entre la empresa y el Estado de acogida, este Estado y su socio “privado” se colocan procesalmente a un mismo nivel, a través del sometimiento a un arbitraje o a otro mecanismo de solución de diferencias. Una instancia independiente decidirá entonces sobre las relaciones jurídicas entre la empresa privada y el Estado extranjero. A este respecto, es preciso referirse especialmente al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias sobre Inversiones (CIADI) que, sobre la base de un convenio multilateral, ofrece un foro arbitral para la solución de diferencias entre los Estados parte y los inversores extranjeros privados.

Acuerdos especiales como el de Estados Unidos e Irán en el “asunto de la toma de rehenes de Teherán”, a raíz del cual se estableció un tribunal arbitral en La Haya (*Iran-US Claims Tribunal*), pueden brindar a los particulares, desde el punto de vista de la ejecución de sus derechos, una protección equivalente a la de un tribunal estatal. Ese Tribunal arbitral garantizó, de manera apropiada, la satisfacción de las reclamaciones planteadas por los acreedores estadounidenses mediante la puesta a disposición de activos procedentes de la previa congelación de bienes iraníes que el Gobierno de Estados Unidos había realizado en su país.

- 15 La revalorización de la posición jurídica de los particulares no es la consecuencia de un poder económico como el que ostentan los Estados industrializados occidentales en la protección de sus nacionales o las grandes multinacionales. En el desarrollo de la protec-

ción de los derechos humanos sobre la base de convenios internacionales o de Derecho consuetudinario, se reconoce de manera creciente a los particulares como titulares de sus propios derechos, lo cual también incide en su situación como sujetos económicos. Estos efectos se alcanzan en mayor medida allí donde los derechos humanos experimentan un desarrollo comparable con el de los derechos fundamentales nacionales y se encuentran protegidos por mecanismos de vigilancia eficaces. Buena muestra de ello es la Convención Europea de los Derechos Humanos que, a través de la garantía de las libertades individuales, influye profundamente en la ordenación de la vida económica (por ejemplo, en lo que se refiere al derecho de las telecomunicaciones o a la protección de la propiedad privada). Las garantías de la Convención Europea de los Derechos Humanos juegan también un papel esencial en el Derecho de la Unión Europea, en la destilación de principios generales del Derecho y como fuente de inspiración para la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (habiéndose ya producido la adhesión de la Unión Europea a la Convención Europea de los Derechos humanos prevista en el Artículo 6.1 TUE). Por su parte, el régimen convencional del “Convenio de bioética” del Consejo de Europa establece límites a las opciones de la moderna biomedicina, para proteger la dignidad del ser humano y una determinada concepción del mismo, y restringen el acceso a los datos genéticos en el ámbito de los seguros y en la vida laboral.

Habida cuenta de su función reguladora del tráfico económico internacional como marco 16 para la solución de conflictos y la conciliación de los diferentes intereses que juegan dentro de la comunidad de Estados, el Derecho económico internacional está impregnado de valoraciones políticas. Esto sucede no sólo en la dimensión interestatal, sino también en la regulación de las relaciones económicas privadas. La visión de un mero marco regulador para el “biotopo” de una sociedad de sujetos económicos privados que en gran medida se autorregula, supone desconocer las tareas normativas del Derecho económico internacional. A este respecto, existe unanimidad en que el moderno orden económico depende, entre otras cosas, de la garantía internacional de una competencia libre, a través de la unificación o armonización de las normas antimonopolio y, más aún, a través de órganos de vigilancia interestatal. Por el momento, esta ordenación de la libre competencia sólo se ha logrado en el seno de la Unión Europea.

Entre los valores centrales de un ordenamiento jurídico estatal se encuentra el reco- 17 nocimiento de cada ser humano como persona responsable, lo que no puede dejarse simplemente en manos del poder soberano. El Derecho internacional público moderno prohíbe supeditar la individualidad humana a fines económicos y dirigir la posición legal de los particulares en el Estado, o dentro de la comunidad de Estados, únicamente hacia expectativas de eficiencia económica. Este razonamiento marca la relación del Derecho con el análisis económico.⁵ El trasfondo de derechos humanos del moderno Derecho internacional público y los derechos fundamentales del Estado constitucional ideológica-

⁵ Sobre el análisis económico del Derecho, Posner, R. A.: *Economic Analysis of Law*, 7.^a ed., 2007 (versión en castellano traducida por Eduardo L. Suárez, Fondo de Cultura Económica, México, 1998).

mente neutral prohíben concebir el Derecho como mero “sirviente” de una racionalidad económica (independientemente de cómo se conciba esta). Más bien ocurre al contrario: la imagen humana cristalizada en un sistema jurídico determina la conformación del orden económico.⁶

- 18 El Derecho determina, tanto a nivel internacional como nacional, el espectro de opciones que existe en el terreno económico. Los marcos normativos nacionales e internacionales para la configuración de la vida económica no son creados por el *homo economicus*, definido a partir de determinadas disciplinas económicas, sino que son creados por la decisión normativa sobre el ámbito de la libertad individual y la ordenación del poder económico.

Tema 2

Globalización de las relaciones económicas

Bibliografía recomendada: Alam, S., Klein, N., Orelan, I.: *Globalisation and the Quest for Social and Environmental Justice*, 2010; Benedek, W. / De Feyter, K. / Marrella, M.: *Economic Globalisation and Human Rights*, 2011; Beck, U.: *Was ist Globalisierung?*, 9.^a ed., 2004; Bhagwati, J.: *In Defense of Globalization*, 2007; Doucet, M.: *Global Justice and Democracy: The Anti-globalisation Movement*, 2011; Gerber, D.: *Global Competition: Law Markets and Globalization*, 2010; Heuser, U. J.: *Das Unbehagen im Kapitalismus*, 2000; Kaul, I., Grunberg, I., Stern, M. A. (eds.): *Global Public Goods*, 1999; Krugman, P., Obstfeld, M.: *Internationale Wirtschaft*, 7.^a ed., 2006; Reinicke, W. H.: *Global Public Policy*, 1998; Rodnik, D.: *The Globalization Paradox*, 2011; Siebert, H.: *Weltwirtschaft*, 1997; *id.*: *Außenwirtschaft*, 7.^a ed., 2000; *id.*: *Global Governance: An Architecture for the World Economy*, 2003; Spero, J., Hart, J.: *Politics of International Economic Relations*, 7.^a ed., 2006; Stiglitz, J.: *Globalization and its Discontents*, 2002; Vollmöller, T.: *Die Globalisierung des öffentlichen Wirtschaftsrechts*, 2000; von Weizsäcker, C.: *Logik der Globalisierung*, 2003; Wolf, M.: *Why Globalization Works*, 2004.

- 1 La estrecha interconexión de las áreas económicas nacionales suele ser definida en el debate público con el concepto de moda “globalización de la economía”. En primer plano aparece la ya muy adelantada integración de los mercados financieros y del tráfico de mercancías. La integración mundial de los mercados de servicios va más retrasada. También es más débil la interconexión internacional de los mercados de trabajo (mediante formas de integración regional, como en el mercado interior europeo). La globalización de las relaciones económicas se remonta, en sus orígenes, hasta la época de los grandes imperios coloniales, y ha experimentado un alza debido a la evolución de los modernos medios de comunicación y transporte. Sin embargo, la consolidación normativa de la globalización económica no se alcanzó hasta que se suprimieron las trabas comerciales en el marco convencional (por

⁶ V., por ejemplo, Fezer, K. H.: “Aspekte einer Rechtskritik an der Economic Analysis of Law und am Property Rights Approach”, *JZ* 1986, pp. 817 ss.; Hoppmann, E.: “Ökonomische Theorie der Verfassung”, *ORDO*, 38/1987, pp. 31 ss.

ejemplo, el GATT y otros tratados de la Organización Mundial del Comercio creada en 1994) y con la constitución de un sistema monetario internacional. Además, entre los componentes centrales del proceso de globalización se cuenta la eliminación de obstáculos a la inversión, de distorsiones en la competencia, así como la supresión de la intervención estatal. En el plano político, la propagación de los modelos estatales jurídico-democráticos y de los sistemas de economía de mercado han actuado como catalizadores del proceso de globalización. En los procesos de transformación vinculados a la globalización se ha reducido dramáticamente el sector estatal en muchos países. En algunos Estados, la eliminación de los monopolios estatales y la privatización de empresas públicas están muy avanzadas. Así ocurre en los mercados del transporte o de las telecomunicaciones. Faceta importante de la globalización es que la comunidad internacional ha alcanzado la unanimidad respecto de intereses colectivos que merecen protección (*global commons/global public goods*). Entre ellos, destacan la protección del clima, la limpieza del agua o del aire, y también la preservación de los bienes culturales de importancia mundial. Además, valores fundamentales reconocidos por el Derecho internacional público, como los derechos humanos esenciales, actúan en calidad de parámetros regulativos, especialmente en materia de cooperación al desarrollo.

En cuanto al incremento del bienestar que resulta de un creciente entrelazamiento de las economías nacionales, cabe resaltar, en particular, los importantes explicaciones y postulados ofrecidos por Adam Smith (*An Inquiry into the Nature and the Causes of the Wealth of Nations*, 1776) y David Ricardo (*On the Principles of Political Economy and Taxation*, 1817), específicamente en torno a las ventajas comparativas del libre comercio y la división internacional del trabajo.⁷

La globalización de las relaciones económicas, con el entrelazamiento cada vez más intenso de los mercados nacionales y una alta movilidad del dinero y el capital físico, da nuevos bríos a la competencia internacional en cuanto a la localización de actividades económicas, plasmándose ésta, sobre todo, en los intentos de atraer inversiones domésticas y extranjeras. Esta competencia también se refleja específicamente en la configuración de las condiciones legales para la constitución de empresas, la imposición tributaria, de estándares laborales y sociales, así como de otras condiciones de producción.

En los últimos tiempos, un malestar generalizado en torno al fenómeno de la globalización se ha ido abriendo paso, al concebirse ésta como un conjunto de amenazas percibido más o menos claramente.⁸ Detrás de este planteamiento se encuentra el temor al dominio por parte de los grandes bloques económicos y a la marginación de los países en vías de desarrollo. Hay que añadir que la competencia vinculada a la globalización supone un gran desafío, no sólo para la economía de los países más pobres; una intensificación de la libre competencia internacional también pone en peligro en los países ricos ciertos “biotopos”

⁷ Al respecto Siebert, *Außenwirtschaft*, 7.ª ed., 2000.

⁸ Martín, H.-P., Schumann, H.: *La trampa de la globalización: el ataque contra la democracia y el bienestar*, 1998.

sociales y culturales, profundamente arraigados en la conciencia colectiva.⁹ Este tipo de preocupaciones se vincula frecuentemente con la resistencia frente al poder de las empresas multinacionales y con una inespecífica hostilidad hacia la tecnología, o con unos comprensibles temores a los riesgos de las modernas tecnologías. La a partir del año 2007 altamente contagiosa crisis financiera ha claramente mostrado cómo, dada la interconexión mundial de los mercados de capital, la evaluación negligente de riesgos por parte de grandes (y pequeños) bancos, junto con la ilimitada avidez de réditos, pueden poner en peligro a economías nacionales enteras. Las ONGs canalizan gustosamente todas estas preocupaciones y resistencias, siendo ellas mismas actores estructurados multinacionalmente en su potencial de actuación, que se aprovechan de la interconexión mundial. Las resistencias frente a la globalización, que se traducen, por ejemplo, en protestas contra la OMC, ocultan los incrementos de bienestar que ya han alcanzado, o que se prevé que alcanzarán, los países más pobres (también por medio de inversiones extranjeras directas).

- 5 Sin duda, esto no cambia nada respecto de las injusticias en el reparto de las asimetrías en la configuración de los procesos político-económicos. Pero estas injusticias y asimetrías a menudo no tienen su origen en el proceso de globalización, sino en desigualdades preexistentes. Ejemplo de éstas son problemas sociales, económicos y políticos de muchos países que, según valoración propia o ajena, se cuentan como “víctimas” de la globalización. En el actual debate en torno a la “globalización”, se ignora con frecuencia que la interconexión de las economías nacionales no es un fenómeno nuevo, y que éste presenta diferencias especialmente relevantes respecto de la movilidad de personas, mercancías, servicios y capitales. Por ejemplo, la interconexión de los mercados de capitales ya había alcanzado un nivel extraordinariamente alto antes de la Primera Guerra Mundial; en cambio, la movilidad mundial de personas, con su correspondiente impacto en los mercados laborales, es menos pronunciada en la actualidad que en épocas anteriores. La temerosa protección de estándares sociales en muchos Estados industriales, junto con un cierre simultáneo de los mercados laborales, impone poderosos límites a la globalización en este sector.
- 6 La interconexión de las relaciones económicas también conduce a un mecanismo de control global (*Global Governance*). En él, no sólo participan Estados y organizaciones internacionales, sino que también organizaciones no gubernamentales (ONGs) y empresas privadas establecen pautas de conducta, y desarrollan estándares internacionalmente aplicables. Así, las agencias privadas de *rating* determinan de forma decisiva la evaluación de la solvencia de las empresas e incluso de los Estados.
- 7 Existe una gran desproporción en la participación de las distintas regiones del mundo en el comercio global de mercancías y servicios. Tanto en importaciones como en exportaciones, el papel de Europa (esencialmente, la Unión Europea), Asia y Estados Unidos es claramente dominante.

⁹ Paul, J. P.: “Cultural Resistance to Global Governance”, *Michigan Journal of International Law*, 22/2000, pp. 1 y ss.

SEGUNDA PARTE

Fundamentos

Tema 3

Fuentes del Derecho Económico Internacional

1. El Derecho internacional público como ordenación de las relaciones económicas interestatales

Bibliografía recomendada: Carreau, D., Juillard, P.: *Droit international économique*, 4.^a ed., 2010, pp. 49 ss.; Dolzer, R.: “Wirtschaft und Kultur im Völkerrecht”, en Graf Vitzthum (ed.), *Völkerrecht*, 4.^a ed., 2010, pp. 491 y ss.; Fischer, P.: “Das Internationale Wirtschaftsrecht”, *GYIL* 19/1976, pp. 143 y ss.; Gloria, Ch., en Ipsen, K. (ed.), *Völkerrecht*, 5.^a ed., 2004, pp. 588 y ss.; Hailbronner, K.: *Entwicklungstendenzen des Wirtschaftsvölkerrechts*, 1983; Picone, P., Sacerdoti, G.: *Diritto Internazionale dell’Economia*, 1982; Seidl-Hohenveldern, I.: *International Economic Law*, 3.^a ed., 1999; Zamora, S.: “Is there Customary International Economic Law?”, *GYIL*, 32/1989, pp. 9 y ss., esp. pp. 29 y ss.

a) Consideraciones generales respecto al Derecho Económico Internacional

El Derecho internacional público tiene por objetivo esencial la ordenación de las relaciones interestatales. Sin embargo, desde el final de la Segunda Guerra Mundial, el desarrollo de la protección de los derechos humanos ha conducido a una revalorización del individuo frente a su Estado de origen (o de domicilio). Asimismo, han adquirido gran relevancia los tratados constitutivos de las organizaciones internacionales, los actos jurídicos de sus órganos y sus relaciones exteriores. 1

El Artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia enumera las fuentes reconocidas del Derecho internacional: “las convenciones internacionales”, “la costumbre internacional, como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho” y “los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas” (letras a-c). Además, el precepto también alude a las decisiones judiciales y a las doctrinas de 2

los publicistas como medio auxiliar para la determinación de las reglas de Derecho internacional público (letra d).

- 3 La aportación del Derecho internacional público a la ordenación de las relaciones económicas internacionales reviste una importancia sustancial. Las expectativas económicas respecto al comportamiento de los Estados (o de las organizaciones internacionales y sus órganos) requieren del Derecho internacional público cuando se trata de que estas expectativas tomen cuerpo en el plano internacional a través de reglas vinculantes. Posiciones protegidas por el Derecho internacional público, como las que existen, por ejemplo, a favor de un inversor privado en un país receptor extranjero, son independientes del Derecho nacional y de su modificación. Derecho internacional y Derecho nacional son, respectivamente, sistemas jurídicos independientes que presentan frecuentes puntos de contacto. La violación de obligaciones derivadas de la normativa convencional internacional, por ejemplo a través de limitaciones a la importación o de la imposición de medidas frente a una empresa extranjera, puede estar justificada desde la perspectiva del juez nacional por una norma interna, pero trae consigo la responsabilidad internacional del Estado. Frecuentemente, los mecanismos para asegurar el cumplimiento del Derecho internacional público no alcanzan la efectividad del aparato coercitivo del sistema estatal. Sin embargo, justamente para las obligaciones derivadas del Derecho internacional económico, existen sanciones jurídicas y fácticas, cuya eficacia es considerable. Frente a la violación de obligaciones consuetudinarias, o la falta de fidelidad convencional, conoce la práctica estatal de un espectro de reacciones escalonadas que puede asegurar, en gran medida, la conformidad de la práctica estatal con el Derecho internacional. Teniendo una intensidad menor que las medidas coercitivas económicas, también reacciones, como la negación de apoyo económico o la suspensión de las inversiones extranjeras, pueden suponer para el Estado responsable un precio muy alto a pagar por la violación del Derecho internacional público. Tras concluir el conflicto Este-Oeste, la disposición a adoptar tales reacciones por parte de los países occidentales industrializados está menos determinada que antes por consideraciones políticas contrapuestas. Al mismo tiempo, también se ha aplacado la discrepancia, alimentada por los diferentes planteamientos de regulación política, entre los países industrializados y los países en vías de desarrollo, respecto a principios particulares del Derecho internacional económico, como por ejemplo, la indemnización en caso de expropiación a extranjeros. Finalmente, desde hace algún tiempo se han consolidado de forma destacada los procedimientos de avenencia y de resolución vinculante de diferencias –por ejemplo, a través de instancias arbitrales–. También de esta forma se ha incrementado la autoridad del Derecho internacional público en la práctica estatal. Las resoluciones vinculantes del Consejo de Seguridad de la ONU, emitidas en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, son también importantes para las relaciones económicas, ya que imponen sanciones económicas contra Estados individuales y establecen procedimientos frente al terrorismo internacional (incluyendo las

denominadas *smart sanctions* contra agrupaciones terroristas y personas presuntamente involucradas en actividades de terrorismo internacional).¹

Sin duda, siguen existiendo graves lagunas normativas en el nivel interestatal; sobre todo, 4
en lo que respecta al reparto de recursos en el contexto de la contraposición entre países industrializados y en vías de desarrollo. Además, falta una red tupida de disposiciones de Derecho internacional público reguladoras de supuestos que, al presentar puntos de contacto con diversos Estados, pueden dar lugar a colisiones entre reglas sustantivas estatales (por ejemplo, en Derecho de la competencia, Derecho concursal o del comercio exterior).

Para la observancia del Derecho internacional público en la práctica estatal, es de gran 5
importancia su validez en el ámbito interno, su fuerza vinculante respecto de los órganos nacionales. Cuanto más arriba en el orden jerárquico nacional estén situadas las fuentes de Derecho internacional público, en mayor grado se evitarán los conflictos entre el Derecho nacional y el Derecho internacional. En Alemania, en el mismo nivel jerárquico que las leyes federales ordinarias, se encuentran los convenios que regulan las relaciones políticas de Alemania y los denominados *gesetzesinhaltliche Verträge*, que se refieren a materias de legislación sustantiva (citados en el Artículo 59.2 primer inciso de la Constitución alemana de 1949 –GG–) y que requieren ser aprobados por los órganos legislativos por medio de una ley federal. Las reglas generales del Derecho internacional público, esto es, la costumbre internacional y los principios generales del Derecho, tienen primacía sobre las leyes federales, según el Artículo 25.2 GG. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán se ha caracterizado por una pronunciada inclinación a favor del Derecho internacional público.²

b) La costumbre internacional

La costumbre internacional se genera a través del comportamiento de los sujetos del 6
Derecho internacional público, especialmente Estados y organizaciones internacionales, durante un determinado periodo de tiempo, siempre que también refleje su convicción sobre la existencia de un deber jurídico. Como regla general, las normas convencionales

¹ Con respecto al efecto vinculante de las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas según los arts. 25 y 48 de la Carta de Naciones Unidas, v. la sentencia del Tribunal Federal Suizo, EuGRZ 2008, p. 66; en cuanto a su efecto en la protección de los derechos humanos bajo el Derecho de la Unión Europea v. la sentencia del TJUE, asuntos acumulados. C-402/05 P y C-415/05 P, Kadi y Al Garakaat, Rec. 2008, I-6351, n. marg. 280 y ss.

² V. por ejemplo, la Sent. TC alemán de 23 de junio de 1981, BverfGE, t. 58, esp. p. 34 y Sent. TC alemán de 26 de marzo 1987, BverfGE, t. 74, esp. p. 370 (concreción del principio del Estado de Derecho a la luz del contenido y grado de desarrollo de la Convención Europea de Derechos humanos). Según la Sent. TC alemán de 31 de mayo de 1987 (BverfGE, t. 75, esp. p. 19) las autoridades y tribunales de la República Federal Alemana están obligadas, con base en el Artículo 25 de la Constitución (GG), “a no otorgar eficacia a una actuación de autoridades no alemanas, efectuada violando las reglas generales del Derecho internacional público, en el ámbito de aplicación de la Constitución, y a impedir cooperar de forma decisiva en una acción de autoridades no alemanas contraria a las reglas generales del Derecho internacional público”.

especiales prevalecen sobre la costumbre internacional. Constituyen una excepción los estándares consuetudinarios que protegen intereses elementales de la comunidad internacional y, por ello, tienen carácter imperativo (*ius cogens*). En esta categoría se engloba, por ejemplo, la prohibición del uso de la violencia, el derecho de autodeterminación de los pueblos o el núcleo esencial de los derechos humanos. De importancia para la vida económica internacional son, sobre todo, las reglas consuetudinarias sobre la no sujeción de los Estados a una jurisdicción extranjera (inmunidad de los Estados),³ sobre expropiación a nacionales extranjeros con obligación de indemnizar,⁴ y sobre la protección diplomática que concede un Estado a sus nacionales frente a un Estado extranjero,⁵ También van adquiriendo una importancia creciente los contenidos consuetudinarios en la delimitación del ámbito de jurisdicción estatal, cuando se trata de regular supuestos con elemento extranjero.⁶ Algunos principios consuetudinarios, como la prohibición de intervención,⁷ carecen, hasta hoy, de perfiles definidos.

- 7 Teniendo en cuenta la heterogeneidad de la comunidad de Estados, el Derecho consuetudinario internacional ha aportado pocos principios de Derecho económico. No obstante, el triunfo del sistema de la economía de mercado podría provocar un cambio. Actualmente, los Estados están sujetos a escasas limitaciones derivadas de normas consuetudinarias a la hora de configurar sus relaciones económicas externas; por ejemplo, al admitir importaciones o al fijar tipos de cambio. Un Estado tampoco está obligado sin más, a tenor del principio de nación más favorecida, a extender a otros Estados los privilegios económicos que concede a un determinado Estado. En esta materia, la no discriminación sólo se asegura por vía convencional.
- 8 En algunos ámbitos, es de gran importancia la evolución en curso del Derecho consuetudinario. Esto sucede, por ejemplo, con la problemática de la crisis internacional de la deuda externa, en vista de las deudas extraordinariamente altas contraídas por algunos países en vías de desarrollo y su reivindicación de renegociar tales deudas con los Estados acreedores, o en cuanto a la observancia de determinadas obligaciones en el ámbito del Derecho internacional del medio ambiente. También en el Derecho monetario internacional se discute sobre la observancia de determinadas obligaciones en el ejercicio del poder normativo nacional.⁸

³ V. *infra*, tema 6, nota al margen 2.

⁴ V. *infra*, tema 20, nota al margen 1.

⁵ V. *infra*, tema 6, nota al margen 4.

⁶ V. *infra*, tema 3, nota al margen 5.c.

⁷ V. *infra*, tema 6, nota al margen 1.b.

⁸ Más extensamente, v. Zamora, S.: "Is there Customary International Economic Law?", *GYIL*, 32/1989, pp. 9 y ss., esp. pp. 29 y ss.

La formación del Derecho consuetudinario es un proceso largo y complicado. Ello nutre con frecuencia el debate de si un principio es ya, o ha dejado de ser, parte de la costumbre internacional vigente. En el desarrollo de los principios jurídicos, la opinión de una gran parte de la comunidad internacional se adelanta a veces a la práctica estatal. Especialmente, algunas resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas ponen de manifiesto, en ocasiones, una convicción mayoritaria que todavía no se sustenta en una práctica asentada. De esta forma, este tipo de aclaraciones ayuda a modificar el Derecho consuetudinario. Debido a la necesidad de que exista una práctica estatal suficiente, estas opiniones no son por sí mismas una auténtica fuente del Derecho. Pero, por otra parte, manifestaciones de este tipo, como muestra de la concepción jurídica mayoritaria, pueden conducir a la consolidación consuetudinaria de reglas. Para estas opiniones se utiliza el concepto de *soft law*. Entre las resoluciones de la Asamblea General que presentan una conexión con el orden económico destaca la declaración *Friendly Relations* (Declaración relativa a los principios del Derecho internacional sobre las relaciones amistosas y la cooperación entre Estados), adoptada por unanimidad en 1970,⁹ y que proclama la obligación de todos los Estados de cooperar en el plano interestatal, especialmente con los países en vías de desarrollo. Las peticiones político-económicas de los países en vías de desarrollo, que dominan cuantitativamente la Asamblea General, han hallado reflejo en la denominada Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados de 1974.¹⁰ Esta resolución fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por una amplísima mayoría. Sin embargo, los pocos Estados que votaron en contra, o se abstuvieron, tienen un gran peso, de ahí que la resolución sea rechazada, o no reconocida, por casi todos los países industrializados occidentales. En definitiva, el significado indiciario de las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas como expresión del Derecho internacional público vigente depende de la actitud que frente a ellas adopten los distintos segmentos de la comunidad internacional, como países industrializados y países en vías de desarrollo. Dentro del ámbito del *soft law* se encuadran también los esfuerzos tendentes a desarrollar códigos de conducta para las empresas multinacionales.

c) Tratados sobre el tráfico económico interestatal

La pobreza del Derecho consuetudinario internacional en materia de principios de Derecho económico especiales, hace que los convenios internacionales ordenadores del tráfico económico interestatal adquieran una importancia decisiva. En este sentido, a día de hoy todavía falta un convenio general en el plano universal que regule las dimensiones particulares de la vida económica internacional, a través de reglas uniformes. El ámbito en el que se ha alcanzado un mayor progreso es el de la regulación de las relaciones de comercio exterior, al limitarse los aranceles a la importación, así como otros obstáculos comerciales.

⁹ Resolución de la Asamblea General 2625 (XXV), UNYB, 1970, pp. 788 y ss.

¹⁰ Resolución de la Asamblea General 3281 (XXIX), UNYB, 1974, pp. 402 y ss.

- 11 El intento llevado a cabo después de la Segunda Guerra Mundial de crear una Organización Internacional de Comercio (OIC), con un amplio ámbito competencial, fracasó. Así, la “Carta para una Organización Internacional del Comercio” de 1948 nunca llegó a entrar en vigor.¹¹ De este proyecto lleno de pretensiones, sólo se ha llegado a realizar una parte: el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (*General Agreement on Tariffs and Trade* - GATT), un acuerdo sobre las disposiciones de política comercial de la Carta, a las que se añaden disposiciones aduaneras.¹² Con la conclusión de la Ronda Uruguay,¹³ se ha alcanzado una importante revalorización del sistema GATT: con la modificación del GATT (GATT 94) y una red de acuerdos adicionales, se ha alcanzado un marco organizativo general para la liberalización del tráfico comercial internacional, en cuyo centro se encuentra la Organización Mundial del Comercio (OMC o en inglés, *World Trade Organization* - WTO). El GATT, junto con los demás acuerdos del sistema de la OMC, constituye la columna vertebral del actual orden del comercio mundial, sobre la base de un modelo liberal. En el ámbito de la cooperación monetaria y al desarrollo, se crearon el Fondo Monetario Internacional y el Banco para la Reconstrucción y el Desarrollo (Banco Mundial).¹⁴ Auspiciados por el régimen del Banco Mundial, el Convenio sobre el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CISDI) de 1965, y el Tratado constitutivo de la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) de 1985, tienen por objetivo la protección de las inversiones.¹⁵
- 12 Finalmente, en el ámbito suprarregional, juegan un papel relevante los acuerdos sobre materias primas.¹⁶ Este tipo de pactos aglutina principalmente los intereses de los países productores; pero existen también algunos acuerdos sobre materias primas que permiten equilibrar los intereses de los países productores y consumidores.
- 13 Junto al GATT son asimismo de gran importancia los acuerdos regionales de cooperación económica.¹⁷ Un extraordinario grado de integración se ha alcanzado en el marco de la Unión Europea.¹⁸ Hace ya tiempo que el Derecho de la Unión Europea no se puede clasificar según las categorías tradicionales del Derecho internacional convencional, ya que se ha transformado en un sistema jurídico autónomo que cada vez acoge más elementos federales, y que, con el Tratado de la Unión Europea, se encamina en una nueva dirección. El Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE) vincula a la Unión Europea y a la Asociación Europea de Libre Cambio (*European Free Trade Association* - EFTA), de

¹¹ Al respecto, v. Jaenicke, G.: “Havana Charter”, EPIL, 1995, t. II, pp. 679 y ss.

¹² V. *infra*, tema 10.

¹³ V. *infra*, tema 10, nota al margen 1 b)

¹⁴ V. *infra*, tema 24, nota al margen 2 y tema 26, notas al margen 1 y 2.

¹⁵ V. *infra*, tema 23, notas al margen 5 y 6.

¹⁶ V. *infra*, tema 11.

¹⁷ V. *infra*, tema 12.

¹⁸ V. *infra*, tema 5 y tema 12, nota al margen 2.

acuerdo con los principios del Tratado de la Comunidad Europea (hoy TUE).¹⁹ La zona de libre comercio pactada entre Estados Unidos y Canadá ha sido ampliada hacia el sur a través del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o, en inglés, *North American Free Trade Agreement - NAFTA*).²⁰ Además, en el Continente americano existen diversas asociaciones regionales entre Estados latinoamericanos.²¹ Especialmente, el Mercosur ha contribuido a ampliar de forma reseñable las relaciones comerciales entre los Estados miembros. En cambio, la Comunidad Andina, antes Pacto Andino, sólo ha alcanzado hasta ahora una eficacia limitada.

En el ámbito de los acuerdos bilaterales, son reseñables los numerosos Tratados de amistad, comercio y navegación, en los que a menudo se protege especialmente el derecho de establecimiento y la posición jurídica de los respectivos nacionales en el Estado de acogida.²² Muchos de estos acuerdos contienen una cláusula de nación más favorecida, que asegura a los Estados contratantes las mismas ventajas concedidas a otros Estados. Asimismo, son de destacada relevancia práctica los Tratados bilaterales de protección de las inversiones.²³ 14

d) Principios generales del Derecho

Los principios generales del Derecho forman parte del sistema del Derecho internacional público (Artículo 38.1.c del Estatuto de la CIJ), y tienen como función la integración de lagunas. Se extraen de los principios que son comunes a los “grandes” sistemas jurídicos. Dado que hoy el Derecho internacional público se sigue basando en la igualdad de los Estados, los principios generales del Derecho se obtienen a través de la comparación de los sistemas de Derecho civil, que regulan las relaciones horizontales entre sujetos privados (Derecho de obligaciones, cosas o sociedades). Para fundamentar los principios generales del Derecho, en la mayoría de las ocasiones, se efectúa una remisión a los sistemas jurídicos continentales más importantes; por ejemplo, al Código Civil francés, alemán o al Derecho anglosajón (*common law*). Desde el punto de vista de los países del “tercer mundo”, esto podría ser visto como una preferencia injustificada de la tradición jurídica occidental. No obstante, debe tenerse en cuenta que los sistemas jurídicos de origen latino (el Derecho francés, italiano o español), el Derecho civil alemán o el *common law* inglés, han influido fuertemente en los ordenamientos de muchos países de Latinoamérica, África y Asia. 15

¹⁹ V. *infra*, tema 12, nota al margen 3.

²⁰ V. *infra*, tema 12, nota al margen 4

²¹ V. *infra*, tema 12, nota al margen 5.

²² V. Sent. de la Corte Internacional de Justicia, de 20 de julio de 1989, Case Concerning Elettronica Sicula S p A (United States v. Italy), ICJ Reports, 1989, pp. 15 y ss. y Vives Chillida, J. A.: “Las cuestiones relativas a la admisibilidad de la reclamación en la Sentencia Elettronica Sicula S p A (ELSI) (Estados Unidos/Italia), RED, 1/1992, pp. 7 y ss.

²³ V. *infra*, tema 23, nota al margen 2.

- 16 Se consideran principios generales del Derecho internacional público, por ejemplo, la prohibición del abuso de derecho, el instituto de la caducidad, o los principios del enriquecimiento injusto,²⁴ y de la gestión de los negocios ajenos sin mandato.²⁵ También juega un papel relevante el principio de buena fe en sus diversas manifestaciones. Entre ellas, se cuenta por ejemplo el principio de *estoppel*, proveniente del Derecho inglés;²⁶ conforme a este principio, quien induce a otro a tomar determinadas medidas, no puede posteriormente alegar que el otro ha actuado de forma ilícita (idea de que el comportamiento previo genera confianza, la prohibición del *venire contra factum proprium*). Las reglas del enriquecimiento injusto imponen fundamentalmente que, quien ha recibido una prestación con base en un contrato ineficaz, debe devolver lo percibido.
- 17 Los principios generales del Derecho tienen carácter subsidiario y, en la mayoría de las ocasiones, concretan derechos y deberes ya existentes. Sin embargo, en algunos casos, se acude a los principios generales del Derecho para crear derechos y deberes. En este último contexto, se puede encajar, por ejemplo, la responsabilidad de los miembros de una organización internacional por las deudas que ésta ha contraído frente a Estados y acreedores privados.²⁷ A este respecto, se discute sobre si es adecuado recurrir a los principios vigentes en el Derecho de sociedades respecto al “levantamiento de velo”. En este sentido, es controvertido si una organización internacional con personalidad jurídica propia puede ser tratada de forma similar a una sociedad de capital, o como determinadas formas de sociedad personalista.
- 18 En la aguda problemática del destino de las obligaciones derivadas de préstamos en el caso de sucesión de Estados, los principios generales del Derecho juegan un papel importante.²⁸ Esta problemática ha adquirido actualidad, por ejemplo, respecto al posible traslado de responsabilidad a los nuevos Estados, tras la disolución de Unión Soviética y Yugoslavia.
- 19 La costumbre internacional no contiene ninguna regla clara en esta materia, a no ser que se trate de deudas especiales, como deudas territorialmente vinculadas (*localized debts*). Por eso, se buscan criterios de solución con la ayuda de los principios generales del Derecho. A este respecto se plantea, por ejemplo, la pregunta de si se puede recurrir a

²⁴ Schreuer, C.: “Unjust Enrichment”, en EPIL, 2000, t. IV, pp. 1243 y ss.

²⁵ Herdegen, M.: “Zur Geschäftsführung ohne Auftrag (negotiorum gestio) im Völkerrecht”, en AA.VV.: *Staat und Völkerrechtsordnung, Festschrift für Karl Doebring*, 1989, pp. 303 y ss.

²⁶ Müller, J. P., Cottier, T.: “Estoppel”, en EPIL, 1995, t. II, pp. 116 y ss.

²⁷ V. *infra*, tema 4, nota al margen 2.c).

²⁸ Dahm, G., Delbrück, R., Wolfrum, R.: *Völkerrecht*, 2.^a ed., t. I/1, 1989 temas 17-18; Ebenroth, C. T., Wilken, O.: “Sezessionsbedingte Schuldüberleitung – Wirtschaftsrechtliche Dimension der Staatennachfolge”, RIW, 1991, pp. 885 y ss; Fastenrath, U., Schweisfurth, T., Ebenroth, C. T.: “Das Recht der Staatensukzession”, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, t. 35, 1996; v. también Williams, P. R.: “State Succession and the International Financial Institutions: Political Criteria v. Protection of Outstanding Financial Obligations”, ICLQ, 43/1994, pp. 776 y ss.

principios del Derecho de sucesiones, para justificar una sucesión universal por parte de los Estados sucesores, en calidad de “herederos” de las deudas. En la doctrina moderna, está abriéndose paso la opinión que aboga, basándose en principios generales de Derecho civil, por un sincronismo en el traspaso de activos y pasivos (*res transit cum onere suo*).²⁹ En este sentido, las obligaciones de la antigua Unión Soviética se repartirían entre los nuevos Estados, teniendo en cuenta su participación en el anterior producto nacional bruto. Una solución de este tipo sería más apropiada que la de recurrir, por ejemplo, al censo de la población como criterio de distribución. En la sucesión de Estados, ha de tenerse en cuenta que, respecto a la sucesión de deudas frente a acreedores privados, el nuevo Estado es el “señor” de su sistema jurídico, y que, por tanto, también puede disponer de las reclamaciones de los particulares. El poder normativo del Estado es limitado por el Derecho consuetudinario internacional sólo a partir del momento en que se trata de posiciones patrimoniales de extranjeros que se han consolidado como propiedad.³⁰

2. Derecho de la Unión Europea

Bibliografía recomendada: Bieber, R., Epiney, A., Haag, M.: Die Europäische Union, 8.^a ed., 2009; Calliess, Ch.: Die Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon, 2010; *id.*, Ruffert, M. (ed.): Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 3.^a ed., 2006; Dausies, M. A. (ed.): Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts (enero 2010); Geiger, R.: EUV/EGV (Kommentar), 4.^a ed., 2004; Grabitz, E., Bogdandy, A. v., Nettesheim, M. (ed.): Europäisches Außenwirtschaftsrecht, 1994; Grabitz, E., Hilf, M. (ed.): Das Recht der Europäischen Union, (octubre 2009); Herdegen, M.: Europarecht, 13.^a ed., 2011; Haratsch, A., König, Ch., Pechstein, M.: Europarecht, 7.^a ed., 2010; Hummer, W., Obwexer, W. (ed.): Der Vertrag von Lissabon, 2009; Lenz, C. O., Borchardt, D.: EU- und EG-Vertrag, 4.^a ed., 2006; Oppermann, T.: Europarecht, 4.^a ed., 2009; Schwarze, J. (ed.): EU-Kommentar, 2.^a ed., 2009; Schweitzer, M., Hummer, W., Obwexer, W.: Europarecht, 10.^a ed., 2007; Streinz, R.: Europarecht, 9.^a ed., 2011; von der Groeben, H., Schwarze, J. (ed.): Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 6.^a ed., 2004; Weatherill, S., Beaumont, P.: EU Law, 4.^a ed., 2004. V. igualmente la bibliografía recomendada del tema 5.

El sistema de la Unión Europea constituye un orden propio, de carácter supranacional. 20 De las tres Comunidades originales, únicamente subsiste en la actualidad la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEa). La Comunidad Europea (CE, originalmente Comunidad Económica Europea - CEE) fue absorbida, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa a finales de 2009, por la Unión Europea. El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) expiró en el 2002.

²⁹ En el sentido de un sincronismo entre *burdens* (cargas) y *benefits* (beneficios), v. Ebenroth, C., T., Wilken, O., *supra*, nota 37.

³⁰ V. *infra*, tema 20, nota al margen 1.

- 21 Las competencias de la Unión Europea, extensas y en constante ampliación, así como las atribuciones normativas de sus instituciones frente a los Estados Miembros y a los ciudadanos de la Unión Europea, distinguen a la Unión Europea frente al resto de las organizaciones internacionales. Los Tratados Constitutivos y el Derecho derivado elaborado por las instituciones de la Unión conforman un ordenamiento jurídico autónomo, que ya no puede clasificarse adecuadamente atendiendo a las categorías generales del Derecho internacional público.³¹ El Derecho de la Unión Europea tiene absoluta prevalencia frente a todo Derecho nacional que le sea contradictorio. Desde la perspectiva del Derecho de la Unión, su prioridad es directamente obligatoria; los Tratados no sólo generan simples deberes convencionales respecto de los Estados miembros, sino que también configuran la base para la transferencia de derechos soberanos a favor de la Unión Europea. Además, si cada Estado pudiese oponer a las normas de la Unión su propia Constitución o sus leyes, se produciría en el mercado común de los Estados miembros, una distorsión del marco jurídico de la vida económica. Como consecuencia, habría grandes distorsiones de la libre competencia dentro de la Unión. Por ello, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), es evidente que el Derecho de la Unión Europea debe ser aplicado por las autoridades o tribunales nacionales sin restricción alguna; los jueces nacionales, a los que se haya acudido en el marco de su competencia, están obligados a:

aplicar íntegramente el derecho comunitario y a proteger los derechos que éste confiere a los particulares dejando sin aplicación toda disposición de la ley nacional eventualmente contraria a aquél, ya sea anterior o posterior a la norma comunitaria.³²

- 22 La primacía del Derecho de la Unión Europea también es reconocida por el Derecho alemán, salvo por lo que se refiere a los principios estructurales irrenunciables de su Constitución (véase el Artículo 79.3 GG).³³ Con esta reserva a favor del “núcleo duro” (*Identitätskern*) del orden constitucional alemán se pone de manifiesto que, desde la perspectiva del Estado alemán y de sus órganos jurisdiccionales, la Unión Europea aún dista de convertirse en un Estado federal.
- 23 Las disposiciones de los Tratados Constitutivos de la Unión y las normas elaboradas por las instituciones de la Unión no vinculan únicamente a los Estados miembros; con frecuencia también crean directamente derechos y deberes para los particulares. Este efecto significa que los ciudadanos de la Unión pueden alegar el Derecho de ésta frente a las autoridades y tribunales nacionales, y que, a través del Derecho de la Unión, están

³¹ Sent. TJUE 26/62, As. van Gend & Loos, Rec., 1963, pp. 1 y ss., esp. p. 25 y Sent. TJUE 6/64, As. Costa c. ENEL, Rec., 1964, p. 1251 y ss., esp. p. (1269).

³² Sent. TJUE 106/77, As. Simmenthal II, Rec., 1978, pp. 223 y ss., esp. p. 230.

³³ Sent. TC alemán de 22 de octubre de 1986, BverfGE tomo 73, pp. 339 y ss., esp. p. 376.

sujetos de forma directa a determinados deberes. En este sentido, el Derecho de la Unión Europea se coloca, frente a los particulares, en una posición similar a la del Derecho nacional. Esta influencia del Derecho de la Unión en el ámbito de los Derechos nacionales se describe con el concepto de “efecto directo”. La aplicación directa del Derecho de la Unión Europea frente a los particulares requiere que no sea necesaria la transposición previa, por medio de leyes u otros actos jurídicos nacionales.

Los particulares pueden invocar una serie de disposiciones convencionales referidas a 24 las “cuatro libertades comunitarias” (libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales). Así, el TJUE decidió tempranamente que, frente al incremento de los aranceles de importación, una empresa podía alegar que estas medidas contravenían la obligación de los Estados miembros prevista en el Artículo 30 TFUE.³⁴ De forma similar, un jurista holandés al que, a pesar de poseer la aptitud requerida, se le impide ejercer en Bélgica como letrado únicamente por cuestiones de nacionalidad, podría ampararse en la libertad de establecimiento reconocida en el Artículo 49 TFUE.³⁵ Según la reciente doctrina del TJUE, las libertades comunitarias en el Derecho de la Unión Europea también protegen, con un alcance aún no precisado totalmente, frente a limitaciones realizadas por particulares, y despliegan, por lo tanto, “eficacia horizontal”.³⁶

Junto a los Tratados de la Unión y en el mismo nivel jerárquico, se encuentran “los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros” (v. art. 340.2 TFUE y 188.2 TCEEA). Concretando estos principios rectores comunes de los ordenamientos jurídicos nacionales, el TJUE, entendiendo de forma dinámica su misión judicial, ha dotado a la Unión de un modelo no escrito de derechos fundamentales de la Unión Europea y determinados principios de Derecho estatal. Para ello, su doctrina jurisprudencial se ha apoyado en la tradición constitucional común de los Estados miembros, así como en las garantías de la Convención Europea de Derechos humanos.³⁷ A éstas pertenecen, por ejemplo, la protección de la propiedad privada, del libre ejercicio de la profesión, o de la esfera privada (especialmente frente a injerencias desproporcionadas), y, asimismo, el principio de la protección de la confianza y garantías procesales elementales. Con el control de la legalidad de los actos de las instituciones de la Unión, el TJUE ha desarrollado un sistema de protección de derechos fundamentales que, según el Tribunal Constitucional

³⁴ Sent. TJUE 26/62, *As. van Gend & Loos*, Rec., 1963, pp. 1 y ss., esp. pp. 26 y 27.

³⁵ Sent. TJUE 2/74, *As. Reyners*, Rec., 1974, pp. 631 y ss., esp. pp. 651 y ss.

³⁶ Respecto a las reglas de transferencia y las cláusulas sobre extranjeros de clubs de fútbol, v. Sent. TJUE C-145/93, *As. Bosman*, Rec., 1995, I-4921. Respecto a la prueba de bilingüismo exigida como requisito para contratar por parte de un empresario privado en el Sur del Tirol, v. Sent. TJUE C-281/98, *As. Angonese*, Rec., 2000, I-4139.

³⁷ Sent. TJUE 44/79, *As. Hauer*, Rec., 1979, pp. 3727 y ss. y compárese con Sent. TJUE 46/87 y 227/88. *Hoechst AG contra Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec., 1989, pp. 2919 y ss.; *Oppermann*, T.: *Europarecht*, 2.^a ed., 1999, nota al margen 6.I y las referencias allí citadas.

- alemán, es comparable al estándar alemán de derechos fundamentales.³⁸ El Tratado de Maastricht se declaró partidario de respetar: “los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario” (Artículo 6.3 TUE).
- 26 El 7 de diciembre de 2000, en la cumbre de Niza, el Consejo de la UE, y los presidentes del Parlamento y de la Comisión, promulgaron de forma solemne la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.³⁹ El Artículo 6.1 TUE asigna a la Carta de Derechos Fundamentales el mismo rango jerárquico que a los Tratados.
- 27 También las normas elaboradas por las instituciones comunitarias (Derecho derivado) pueden actuar directamente sobre la esfera jurídica individual de forma similar a como lo hace la normativa nacional, esto es, generando derechos y obligaciones para los particulares.
- 28 Esto sucede especialmente con los reglamentos a que alude el Artículo 288.2 TFUE (“El Reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro”).⁴⁰ Entre los reglamentos relevantes de la Unión Europea se encuentran, por ejemplo, los siguientes: el Reglamento 1612/68 de la Comunidad Económica Europea relativo a la libre circulación de los trabajadores, el Reglamento (CE) 1/2003 sobre el procedimiento en materia de Derecho de la competencia, y el Reglamento (CE) 139/2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas. Directamente vinculantes para sus destinatarios son las decisiones dirigidas a los Estados o a los particulares, como las autorizaciones y prohibiciones de disponer en materia de Derecho de la competencia, o la imposición de sanciones pecuniarias por parte de la Comisión (art. 288.4 TFUE). Así, si la Comisión de la Unión Europea sospecha que algunas empresas están llevando a cabo acuerdos restrictivos de la competencia, puede exigir la exhibición de documentos comerciales, o que se permita llevar a cabo investigaciones en las instalaciones de la empresa, y en caso de que se le nieguen tales iniciativas puede imponer una multa coercitiva.
- 29 Por el contrario, las directivas, con carácter general, no pueden ser aplicadas de forma directa en el Derecho nacional. Estas normas contienen disposiciones más o menos concretas, que primero han de ser transpuestas por los Estados miembros a sus respectivas legislaciones nacionales (art. 288.3 TFUE). Por su tipología, la directiva, en atención a

³⁸ Sent. TC alemán de 22 de octubre de 1986, BverfGE, t. 73, esp. pp. 378 y ss.

³⁹ DO, C 364, pp. 1-22; un texto ligeramente cambiado fue proclamado a finales de 2007, v. EuGRZ 2007, pp. 747 y ss.

⁴⁰ En el mismo sentido, v. el art. 161.2 TCEEA referido a los Reglamentos.

su forma y medios de transposición, deja a los Estados miembros un cierto margen de actuación. Excepcionalmente, las directivas adquieren una aplicabilidad directa cuando ha transcurrido el plazo de transposición otorgado a los Estados miembros para su adaptación al ordenamiento interno y si se trata de preceptos con un contenido suficientemente determinado. En estos casos, según la doctrina del TJUE, todo ciudadano puede invocar en su beneficio estas disposiciones frente al Estado incumplidor.⁴¹ Este desarrollo jurídico que lleva a cabo el TJUE permite la aplicación uniforme del Derecho de la Unión. Sin embargo, el TJUE rechaza la eficacia directa de directivas en perjuicio de los particulares (“efecto directo horizontal”).⁴²

Así, un consumidor que haya negociado un contrato fuera de un establecimiento comercial no puede alegar directamente, en un litigio frente al oferente, el precepto de una directiva que, para estos casos, concede un derecho de revocación del contrato en interés del consumidor.⁴³

Adicionalmente, el TJUE ha desarrollado una sanción especial frente a los Estados miembros que incumplan la obligación de transponer. Bajo determinadas circunstancias, los particulares pueden exigir una indemnización al Estado que no ha transpuesto una directiva que les sería favorable. 30

Así, un Estado miembro, que no haya incorporado al Derecho nacional disposiciones que protegen a los trabajadores frente a la insolvencia del empresario contenidas en una directiva, deberá indemnizar al trabajador que sufra un perjuicio económico por encontrarse su empleador en una situación de este tipo.⁴⁴

En su jurisprudencia reciente, el TJUE ha ampliado este planteamiento inicial, creando 31 un sistema de responsabilidad que abarca también otras violaciones del Derecho originario o derivado cometidas por los Estados miembros (por ejemplo, violaciones del TFUE a través de actos del poder legislativo,⁴⁵ ejecutivo, o judicial⁴⁶). Los presupuestos de la responsabilidad de los Estados, según el Derecho de la Unión Europea, son la vulneración de una norma protectora de intereses individuales, una violación “suficientemente cualificada” (que debe resultar de la notoriedad de la lesión), y una relación causal entre la violación y el daño. Con esta jurisprudencia, el TJUE ha forzado los límites admisibles del desarrollo judicial del Derecho.

⁴¹ As. 8/81, Becker, Rec., 1982, pp. 53 y ss., y Sent. TJUE 152/84, As. Marshall, Rec., 1986, pp. 723 y ss.

⁴² Sent. TJUE 80/86, As. Kolpinghuis Nijmegen, Rec., 1987, pp. 3969 y ss.

⁴³ Sent. TJUE C-91/92, As. Faccini Dori, Rec., 1994, I-3325.

⁴⁴ Sent. TJUE C-6/90 y 9/90, As. Francovich, Rec., 1991, p. I-5357 y ss.

⁴⁵ En torno a la responsabilidad de la República Federal Alemana por una infracción del Artículo 28 TCE causada por la “ley alemana sobre pureza de la cerveza”, v., Sent. TJUE C-46/93, As. Brasserie du Pêcheur, Rec., 1996, p. I-1029 y TJUE C-5/94, As. Hedley Lomas, Rec., 1996, p. I-2553.

⁴⁶ Al respecto, v. Herdegen, M.: *Europarecht*, 12.^a ed., 2010, § 10 n. marg. 8 y ss., y Herdegen, M., Renssmann, T.: “Die neue Konturen der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung”, *ZHR*, 161/1997, pp., 522 y ss.

- 32 Entre las fuentes del Derecho de la Unión Europea, también se cuentan los acuerdos internacionales que la Unión concluya con terceros Estados u organizaciones internacionales (conforme con el Artículo 216 TFUE y al Artículo 101 TCEEA). Estos acuerdos son vinculantes para los Estados miembros y para las instituciones de la Unión (Artículo 216. 2 TFUE), y son jerárquicamente superiores al Derecho derivado.
- 33 Los acuerdos sobre materias que son competencia tanto de la Unión Europea, como de los Estados miembros, se concluyen como “acuerdos mixtos”, esto es, tanto la Unión Europea como sus Estados miembros figuran como partes contratantes (muestra de ello son los acuerdos de la OMC, o los Tratados de asociación económica concluidos entre la Comunidad Europea y los denominados Estados ACP).
- 34 Esquema de las fuentes del Derecho de la Unión Europea
- 1) Derecho originario: Tratados Constitutivos (TUE, TFUE, TCEEA), con sus respectivos protocolos, principios generales comunes del Derecho de la Unión, Carta de los Derechos Fundamentales.
 - 2) Acuerdos de la Unión con terceros Estados y organizaciones internacionales, reglas generales del Derecho internacional público, y obligaciones derivadas de la Carta de las Naciones Unidas.
 - 3) Derecho derivado:
 - Reglamentos
 - Directivas
 - Decisiones
 - Recomendaciones y dictámenes

3. Acuerdos internacionales referidos al tráfico económico privado

Bibliografía recomendada: Jayme, E., Hausmann, R. (ed.): Internationales Privat und Verfahrensrecht, 15.^a ed., 2010; Kegel, G., Schurig, K.: Internationales Privatrecht, 9.^a ed., 2004, pp. 227 y ss.; Reithmann, C., Martiny, D.: Internationales Vertragsrecht, 7.^a ed., 1996.

- 35 Existe un abundante grupo de acuerdos internacionales, que tiene por objetivo facilitar el tráfico económico entre particulares. Entre ellos, hay acuerdos ya clásicos en materia de comercio internacional, como los Convenios internacionales de Ginebra de 1930 y 1931, sobre letra de cambio, y sobre pagaré y cheque;⁴⁷ las dos Convenciones de La Haya de 1964 sobre el contrato de compraventa internacional de bienes muebles corporales, y la formación de los contratos de compraventa internacional de objetos muebles corporales, y el Convenio de La Haya, de 22 de diciembre de 1986, sobre la ley aplicable a los

⁴⁷ BOE no 172 de 19 de julio de 1985.

contratos de venta internacional de mercancías.⁴⁸ Estas regulaciones convencionales se califican como *loi uniforme* (ley uniforme), ya que obligan a los Estados contratantes a adaptar su Derecho sustantivo, o su Derecho internacional privado, con el fin de alcanzar la unificación jurídica perseguida.

En esta dirección, la Convención de las Naciones Unidas, sobre los contratos de compra-venta internacional de mercaderías,⁴⁹ pretende unificar la regulación sobre compraventa de los respectivos Estados contratantes. En el marco de las Comunidades Europeas, se elaboró el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, que, entretanto, ha sido incorporado al Derecho de la Unión Europea.⁵⁰

En la práctica juegan un papel importante los convenios para la consecución procesal de pretensiones, por ejemplo, en materia de obtención de pruebas en el extranjero, y reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales,⁵¹ y laudos arbitrales.⁵² También poseen un significado destacable los convenios internacionales sobre transporte terrestre, marítimo y aéreo.⁵³

4. “Derecho transnacional” y *lex mercatoria*

Bibliografía recomendada: Bar, Ch v., Mankowski, P.: *Internationales Privatrecht*, t. I, 2.^a ed., 2003, pp. 75 y ss.; Berger, K. P.: *The Practice of Transnational Law*, 2001; *id.*: *Formalisierte oder “schleichende” Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts*, 1996; *id.*: *The Creeping Codification of the New Lwx Mercatoria*, 2010; Bonell, M. J.: “Das autonome Recht des Welthandels. Rechtsdogmatische und rechtspolitische Aspekte”, *RabelsZ*, 42/1978, pp. 485 y ss.; Booyen, H.: “Die internationale lex mercatoria”, *AVR*, 30/1992, pp. 196 y ss.; Cutler, A. C.: *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*, 2003; Ehrlicke, J.: “Zur Einführung: Grundstrukturen und Probleme der lex mercatoria”, *JuS*, 1990, pp. 967 y ss.; Goldman, B.: “La lex mercatoria dans les contrats et l’arbitrage internationaux: réalité et perspectives”, *Clunet* 106/1979, pp. 475 y ss.; Kötz, H.: “Allgemeine Rechtsgrundsätze als Ersatzrecht”, *RabelsZ* 34/1970, pp. 663 y ss.; Langen, E.: *Transnational Commercial Law*, 1973; *id.*: *Transnationales Recht*, 1981; Meyer, R.: *Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition*, 1994; Röthel, A.: “Lex mercatoria, lex sportiva, lex technica – Private Rechtsetzung jenseits des Nationalstaates?”, *JZ* 2007, pp. 755 y ss.; Schmitthoff, C.: “Das neue Recht des Welthandels”, *RabelsZ* 28/1964, pp. 47 y ss.;

⁴⁸ Al respecto de estos Tratados v. *infra*, tema 13, nota al margen 3.

⁴⁹ V. *infra*, tema 13, nota al margen 3.

⁵⁰ V. *infra*, tema 13, nota al margen 2.

⁵¹ V. *infra*, tema 9, nota al margen 4.

⁵² V. *infra*, tema 9, nota al margens 2 y 5.

⁵³ V. *infra*, tema 14, nota al margen 2.

Spickhoff, A.: “Internationales Handelsrecht vor Schiedgerichten und staatlichen Gerichten”, *RabelsZ* 56/1992, pp. 116 y ss.; Stein, U.: *Lex mercatoria. Realität und Theorie*, 1995; Weise, P.-F.: *Lex mercatoria*, 1990.

- 38 Las similitudes de muchos ordenamientos jurídicos, especialmente con respecto a las instituciones y principios del Derecho privado, han alimentado los alegatos a favor del reconocimiento de un “Derecho transnacional”.⁵⁴ Los defensores de este concepto pueden apoyarse en que los tribunales de muchos Estados, cuando aplican normas codificadas o cuando recurren a la noción “naturaleza del caso” para resolver asuntos semejantes, desarrollan reiteradamente pautas de solución similares, y acuden a principios generales del Derecho que son comunes a una pluralidad de ordenamientos jurídicos nacionales. Para que se den estas similitudes estructurales, es presupuesto necesario que concurren valores fundamentales análogos en el enjuiciamiento de los conflictos de intereses. En este sentido, la práctica de los tribunales nacionales se apoya en gran medida en los ordenamientos jurídicos de Europa continental y anglosajones, pero también en acuerdos de Derecho internacional público referidos al tráfico económico privado.

Aquí existen ciertos puntos de contacto con los principios generales del Derecho internacional (Artículo 38.1.c del Estatuto de la CIJ). En este orden de cosas, han fructificado usos y costumbres comerciales que se han consolidado en una *lex mercatoria*. Juegan un importante papel a este respecto las reglas desarrolladas por la Cámara de Comercio internacional de París, para interpretar determinadas cláusulas de los contratos internacionales de comercio, los denominados Incoterms (*International Rules for the Interpretation of Trade Terms*), como la cláusula CIF *Cost, Insurance and Freight* –Costo, seguro y flete–.⁵⁵ Desde hace algún tiempo existen aspiraciones a codificar, bajo la denominación de *New Lex Mercatoria* (nueva ley mercatoria), una red cada vez más densa de reglas reconocidas en el comercio internacional. Así, un laudo arbitral de la Cámara de Comercio Internacional, de 1987, enumeró ocho principios y reglas:

*The arbitral tribunal decides that the applicable rules of the lex mercatoria should comprise principles such as the one that contracts must prima facie be executed in conformity with stipulations contained therein (pacta sunt servanda), the one that contracts must be executed in good faith, the one that in case that unforeseen difficulties arise after the conclusion of the contract the parties must negotiate in good faith to overcome them... the one that contracts must be interpreted according to the principle of ut res magis valeat quam pereat (favor validitatis) and the one that a party's omission to respond to a letter which has been addressed to it by the other party may be considered as an indication for the acceptance of the terms contained therein.*⁵⁶

⁵⁴ Al respecto, v. especialmente, Langen, E., *Transnationales Recht*, 1981 (sobre la terminología y al análisis del concepto, pp. 13 y ss.; en torno a la práctica, pp. 29 y ss.).

⁵⁵ V. *infra*, tema 13, nota al margen 1.

⁵⁶ Laudo arbitral 8365 de la CCI, Ciunet (*Journal du Droit International*) 1997, p. 1078 ss., esp. 1079 ss. V. también <http://www.translex.org/208365>.

Entre tanto, ya existen codificaciones que recogen un número importante de reglas vigentes en el tráfico comercial.⁵⁷

El reconocimiento de principios del “Derecho transnacional” no supone admitir la existencia de un ordenamiento jurídico autónomo. Más bien, la validez de estos principios requiere su reconocimiento por el Derecho nacional o por el Derecho internacional público. Por tanto, el “Derecho transnacional” no constituye un ordenamiento jurídico autónomo, capaz de “autosustentarse”. Así, las reformas de la normativa sobre arbitraje de numerosos Estados reconocen cada vez más la facultad de las partes, dentro de los límites de la autonomía de la voluntad, para someter sus relaciones contractuales a un Derecho no-nacional.⁵⁸

El empleo de la autonomía privada no convierte, sin embargo, la conexión con un Derecho nacional en superflua. Así, si dos empresas someten sus relaciones comerciales en el momento de la conclusión del contrato a principios del Derecho del comercio internacional, dicho pacto sólo desplegará eficacia si un juez nacional lo reconoce de acuerdo con su Derecho interno. En algunos ordenamientos parece que existe cada vez más predisposición a aceptar este sometimiento de las transacciones económicas a principios jurídicos transnacionales.

En la práctica arbitral moderna, existe la posibilidad de acudir a principios generales del tráfico jurídico privado, si las partes han pactado de forma clara la no aplicación de determinados ordenamientos jurídicos. En la jurisprudencia actual de los tribunales nacionales, se aprecia una clara y extendida tendencia a dar paso a reglas comerciales internacionales desvinculadas de un ordenamiento nacional concreto. En el asunto *Compañía Valenciana*, el tribunal arbitral resolvió una controversia entre una empresa española y otra estadounidense, referida a un contrato de suministro de carbón, aplicando reglas comerciales internacionalmente reconocidas, dado que las partes habían acordado que no se debería aplicar ni Derecho español, ni estadounidense.⁵⁹ Posteriormente, la parte no beneficiada por el laudo arbitral acudió a los tribunales franceses y solicitó la anulación del mismo, alegando que, según las reglas de la Cámara de Comercio Internacional que deberían aplicarse en este caso (Artículo 13.3), la corte arbitral hubiera debido decidir aplicando la ley nacional que ella considerase pertinente. Por consiguiente, existiría una obligación de basarse en las normas de un determinado Derecho nacional. Sin embargo,

⁵⁷ Al respecto y con más referencias, Berger, K. P.: “Transnational Commercial Law Online”, KSzW 2010, pp. 206 y ss.

⁵⁸ V. por ejemplo, el § 1051.1 de la *Zivilprozessordnung* alemana, el art. 28.1 de la Ley Modelo de UNCITRAL (recogido en Berger, K. P.: *International Economic Arbitration*, 1993, pp. 875 y ss.); el art. 1496 del *Nouveau code de procédure civile français* (recogido en AA. VV.: *Traité de l'arbitrage commercial international*, 1996, pp. 1023 y ss.); el art. 1054 de la ley procesal holandesa (recogido en Berger, K. P., *op. cit.*, pp. 887 y ss.), el art. 46.1.a y b de la *United Kingdom Arbitration Act* 1996 (recogido en ILM, 36/1997, pp. 155 y ss.).

⁵⁹ *Compañía Valenciana de Cementos Portland c/ Primary Coal Inc.*, *Revue de l'arbitrage*, 1992, pp. 663 ss. esp. 665.

el Tribunal de Apelación de París rechazó este planteamiento afirmando que un procedimiento arbitral regido por las reglas de la Cámara de Comercio Internacional permite invocar “*l'ensemble des règles du commerce international dégagées par la pratique et ayant reçu la sanction des jurisprudences nationales*”.⁶⁰

- 41 La remisión a principios internacionalmente reconocidos, por ejemplo del Derecho de contratos,⁶¹ tiene la ventaja (a pesar de todas sus inseguridades metodológicas) de que ya no importa qué Derecho sustantivo es aplicable a un supuesto y cuál es su contenido. Dado que este tipo de principios generales normalmente presenta perfiles menos claros que las disposiciones del Derecho nacional, el hecho de que las partes realicen una “elección de Derecho aplicable” de este tipo aumenta el margen de decisión de la instancia que ha sido requerida, sin que ello suponga admitir por completo la creación de una justicia basada en la equidad. Por lo demás, las inseguridades en la aplicación de la *lex mercatoria*, a veces, no son mayores que las que surgen en el curso de la titubeante aplicación de normas de un ordenamiento jurídico nacional escasamente matizado y que, además, puede resultar extraño a una de las partes. Esto explica que, sobre todo en el ámbito del arbitraje internacional, se acuda a los principios jurídicos internacionales reconocidos para fundamentar la decisión. El *Iran-US Claims Tribunal* de La Haya ha acudido reiteradamente a principios jurídicos internacionalmente aceptados, para resolver controversias entre nacionales estadounidenses y el Estado iraní o empresas estatales iraníes.⁶² La autorización para ello se encuentra en el Acuerdo celebrado entre Estados Unidos e Irán, que permite que el tribunal pueda acudir a los principios del Derecho mercantil (*principles of commercial law*) que estime aplicables.⁶³ La jurisprudencia inglesa ha considerado que era eficaz y ejecutable un laudo arbitral internacional en el cual una disputa sobre petróleo, entre una sociedad alemana y una empresa estatal árabe, había sido resuelta aplicando “*internationally accepted principles of law governing contractual relations*”.⁶⁴ En este caso,

⁶⁰ Cour d'Appel de Paris, *Revue de l'arbitrage* 1992, pp. 497-498.

⁶¹ V. *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* 1994, Lando, O., Beale, H.: *The Principles of European Contract Law*, 1995, y Berger, K. P., “Die Unidroit-Prinzipien für Internationale Handelsverträge. Indiz für ein autonomes Weltwirtschaftsrecht?”, *ZvglRWiss*, 94/1994, pp. 217 y ss.

⁶² Reynolds Tobacco Co versus The Government of Iran and Iranian Tobacco Co, As. 35 firmado el 31 de julio de 1984, Iran-US CTR 1984-III, vol. 7, pp. 181 y ss., esp. p. 192; McCollough and Co v. The Ministry of Post, Telegraph and Telephone, The National Irania Oil Co. and Bank Markazi, As. 89, firmado el 22 de abril de 1986, Iran-US CTR 1986-II, vol. 11, pp. 3 y ss., esp. pp. 29-30; Mobil Oil Iran Inc., and Mobil Sales and Supply Corporation versus Government of the Islamic Republic of Iran and National Iranian Oil Company, As. 74, firmado el 14 de julio de 1987, Iran-US CTR 1987-III, volumen 16, pp. 3 y ss., esp. pp. 27-28; The Islamic Republic of Iran versus The United States of America, As. B1, firmado el 31 de agosto de 1988, Iran-US CTR 1988-II, vol. 19, pp. 273 y ss., esp. p. 295. V. igualmente, Crook, J. R.: “Applicable Law in International Arbitration: The Iran-US Claims Tribunal Experience”, *AJIL*, 83/1989, pp. 278 y ss., esp. pp. 280 y ss.

⁶³ Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran, 19 de enero de 1981 (recogido en Oellers-Frahm, K., Wühler, N.: *Dispute Settlement in Public International Law*, 2.ª ed., 2001, p. 2131).

⁶⁴ Sent. de la Court of Appeal inglesa de marzo 1987, Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrgesellschaft m.b.H. versus R'As al-Khaimah National Oil Company Co., *Weekly Law Reports*, 3/1987, pp. 1023 y ss.

el tribunal arbitral hizo referencia, sobre todo, a los usos comerciales internacionales en materia de licencias sobre sondeos petrolíferos. En esta jurisprudencia, se manifiesta la creciente disponibilidad a desvincular, sobre la base de un pacto entre las partes, las relaciones contractuales respecto de un determinado Derecho nacional.⁶⁵ Por otra parte, se discute en qué medida las partes, al regular contractualmente sus relaciones, por ejemplo en relación con un acuerdo arbitral, pueden separarse por completo de todo Derecho nacional.⁶⁶ A este respecto, los tribunales estatales dan respuestas diversas.

5. El Derecho económico nacional y su aplicación extraterritorial

Bibliografía recomendada: American Law Institute: Restatement of the Law Third, The Foreign Relations Law of the United States, t. 1, 1987, pp. 230 y ss.; Basedow, J., “Wirtschaftskollisionsrecht-Theoretischer Versuch über die ordnungspolitischen Normen des Forumstaates”, *RabelsZ*, 52/1988, pp. 8 y ss.; *id.*: “Private Law Effects of Foreign Export Controls, An International Case Report”, *GYIL*, 27/1984, pp. 109 y ss.; Dolzer, R.: “Extraterritoriale Anwendung des nationalen Rechts aus der Sicht des Völkerrechts”, *Bitburger Gespräche* (2003), pp. 71 y ss.; Gramlich, L.: *Außenwirtschaftsrecht*, 1991; Huber, U.: “Auswirkungstheorie und extraterritoriale Rechtsanwendung im internationalen Kartellrecht”, *ZGR*, 1981, pp. 510 y ss.; Kaffanke, J.: *Nationales Wirtschaftsrecht und internationale Wirtschaftsordnung*, 1990; Kegel, G., Schurig, K.: *Internationales Privatrecht*, 8.^a ed., 2000, pp. 934 y ss.; Lange, D., Born, G. (ed.): *The Extraterritorial Application of National Laws*, 1987; Maier, H. G.: “Extraterritorial Jurisdiction at a Crossroads – An Intersection between Public and Private International Law”, *AJIL*, 76/1982, pp. 280 y ss.; Mann, F. A.: “The Doctrine of Jurisdiction in International Law” *RdC*, 111/1964 I, pp. 1 y ss.; *id.*: “The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years”, *RdC*, 186/1984 III, pp. 9 y ss.; Meessen, K. M.: “Antitrust Jurisdiction Under Customary International Law”, *AJIL*, 78/1984, pp. 783 y ss.; *id.* (ed.): *Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practise*, 1996; Meng, W.: *Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht*, 1994; Mestmäcker, E. J.: “Staatliche Souveränität un offene Märkte”, *RabelsZ*, 52/1988, pp. 205 y ss.; Puttler, A.: *Völkerrechtliche Grenzen von Export- und Reexportverboten*, 1989; Remien, O.: “Außenwirtschaftsrecht in kollisionsrechtlicher Sicht”, *RabelsZ*, 54/1990, pp. 431 y ss.; Rigaux, F.: “Droit économique et conflits de souveraineté”, *RabelsZ*, 52/1988, pp. 104 y ss.; Roth, P. M.: “Reasonable Extraterritoriality: Correcting the “Balance of Interests”, *ICLQ*, 41/1992, pp. 245 y ss.; Ryngaert, C.: *Jurisdiction in International Law*, 2008; Schnyder, A. K.: *Wirtschaftskollisionsrecht*, 1990; Schulz, T.: “Carving up the Internet Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interface”, *EJIL* 1(2004), pp. 799 y ss.; Siehr, U.: “Ausländische

⁶⁵ Boyd, S. C.: “The role of national law and the national courts in England” en Lew, J. D. M.: *Contemporary Problems in International Arbitration*, 1987, pp. 149 y ss.

⁶⁶ V. *infra*, tema 9, nota al margen 2 y tema 22.

Eingriffsnormen im inländischen Wirtschaftskollisionsrecht”, *RabelsZ*, 52/1988, pp. 41 y ss.; Veelken, W.: *Interessenabwägung im Wirtschaftskollisionsrecht*, 1988.

- 42 El tráfico económico internacional aún se sigue regulando por el Derecho nacional, por ejemplo, por el Derecho nacional de obligaciones, de Derechos reales, el Derecho mercantil y de sociedades, el Derecho del comercio exterior o el Derecho administrativo económico. El Derecho económico nacional está, en primer lugar, vinculado a un territorio. Así, depende de si un proceso económico transcurre en el territorio de un determinado Estado, o si, al menos, produce efectos en el mismo Estado. En situaciones transfronterizas, que afectan a una pluralidad de Estados, existe un riesgo de “fraccionamiento” de las relaciones económicas que se conectan con distintos Derechos nacionales. La posibilidad de concurrencia de normas aumenta, teniendo en cuenta que la aplicación del Derecho nacional puede hacerse depender no sólo de elementos territoriales, sino también de conexiones personales con el respectivo Estado. Así, los Estados someten, en muchas ocasiones, el comportamiento de sus propios nacionales en el extranjero, también a determinados mandatos o prohibiciones. Sin embargo, la ejecución de tales obligaciones de conducta nacionales se limita generalmente al propio territorio estatal. Con razón se considera que la territorialidad del Derecho, por los “costes de transacción” vinculados a ella, supone un freno esencial para el comercio exterior.⁶⁷ Por eso, en esta materia, adquieren gran importancia los esfuerzos para lograr una armonización en la regulación de supuestos de hecho vinculados con una pluralidad de ordenamientos jurídicos. Esta puede lograrse, por ejemplo, a través de la uniformización del Derecho sustantivo (así, en materia de eficacia de los contratos de compraventa, o las consecuencias del incumplimiento de prestaciones), o bien unificando las normas sobre el Derecho aplicable (normas de Derecho internacional privado o de conflicto. Por ejemplo, aplicando el Derecho vigente en el lugar de celebración del contrato a los requisitos de forma).
- 43 Además, es importante que el Derecho nacional tome en consideración los intereses “legítimos” de otros Estados: esto se logra si un Estado renuncia a que su Derecho nacional se extienda a determinados supuestos, o si en la adopción de decisiones judiciales se tienen en cuenta disposiciones extranjeras, por ejemplo, atendiendo a la existencia de una prohibición de exportar al decidir sobre un contrato de suministro desde un país africano de unas máscaras tribales de gran valor histórico-cultural.

a) Regulación del comercio exterior

- 44 Las normas nacionales sobre comercio exterior (dejando a un lado las obligaciones convencionales internacionales de los respectivos Estados, derivadas, por ejemplo, del GATT) regulan especialmente el tráfico transfronterizo de mercancías y capitales. Los principios

⁶⁷ Schmidt-Trenz, H. -J.: *Außenhandel und Territorialität des Rechts*, 1990, pp. 167 y ss. y passim.

rectores político-económicos de un ordenamiento estatal se reflejan directamente en su normativa sobre comercio exterior. Así, el número de países cuyo comercio exterior está monopolizado estatalmente está disminuyendo, especialmente tras la caída del régimen comunista en el antiguo Bloque Oriental.

Los mecanismos más importantes de regulación del comercio exterior son los aranceles aduaneros, las limitaciones a la exportación e importación (entre las que se cuentan las prohibiciones de importar y exportar, las reservas de autorización o las restricciones cuantitativas), y las subvenciones. La utilización de estos instrumentos se puede valorar de forma distinta, sea desde el punto de vista teórico o económico. Así, desde la perspectiva exterior, son preferibles, por su mayor transparencia, los aranceles a la importación que las subvenciones. Pero, por otra parte, tales mecanismos provocan una distorsión en las estructuras del precio y el consumo. 45

En Estados Unidos, rige una prohibición general a la exportación junto con una reserva de autorización. No obstante, esta prohibición se ha relajado, al proclamarse exenciones generales en importantes ámbitos.⁶⁸ Los Derechos europeo y alemán, en materia de comercio exterior, siguen otro modelo: parten del principio de libre circulación de mercancías, capitales y otros tráficos económicos (en relación con terceros Estados).⁶⁹ Según el Artículo 1 del Reglamento general de exportaciones de la Unión Europea, el principio que rige es el de la libre exportación.⁷⁰ De manera similar, el Artículo 1.2 del Reglamento general de importaciones de la Unión Europea establece el principio de libre importación.⁷¹ En Alemania, el § 1.1 de la *Außenwirtschaftsgesetz* (AWG o Ley de comercio exterior) establece: 46

La circulación de bienes, servicios, capitales y pagos, el restante comercio económico con territorios extranjeros, y el tráfico de divisas y oro entre residentes (intercambio económico externo) es, por regla general, libre. Está sometido a las limitaciones contenidas en esta ley, o a las introducidas por el orden jurídico con base en esta ley.

En la Unión Europea, el Derecho del comercio exterior se determina a través del ejercicio, por parte de la propia Unión Europea, de las competencias sobre política comercial (Artículos 206, 207, 215 TFUE).⁷² Los Estados miembros de la Unión Europea aún tienen 47

⁶⁸ Gabriel, J. M.: "Das amerikanische Exportkontroll-System", *Außenwirtschaft*, 44/1989, pp. 59 y ss. y Hentzen, M. K.: *US-amerikanische Exportkontrollen*, 1988, esp. pp. 54 y ss.

⁶⁹ V. Epping, V.: *Die Außenwirtschaftsfreiheit*, 1998.

⁷⁰ Reglamento (CE) No. 1061/2009 del Consejo, de 19 de octubre de 2009, por el que se establece un régimen común aplicable a las exportaciones.

⁷¹ Reglamento (CE) No. 260/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre el régimen común aplicable a las importaciones.

⁷² V. *infra*, tema 5, nota al margen 3.

capacidad para establecer regulaciones propias en materia de comercio exterior, ya que así lo permiten tanto autorizaciones especiales contenidas en normas de la Unión Europea de Derecho derivado, como reservas generales a favor de intereses de política exterior y económica de los Estados parte. La ley alemana de comercio exterior admite limitaciones al comercio exterior, por ejemplo, con el fin de cumplir con obligaciones del Derecho internacional público (§ 5 AWG), o para defender al país frente a influencias perjudiciales provenientes de ámbitos económicos extranjeros (así, en caso de falseamiento de la competencia a nivel nacional provocado por subvenciones extranjeras a la exportación, o si peligra el comercio interestatal, según se recoge en el § 6 AWG). Las autorizaciones extraordinariamente amplias previstas en el § 7 AWG con el fin de limitar el comercio exterior, tienen por objeto proteger la seguridad de Alemania y sus intereses exteriores. Al mismo tiempo, el Derecho de la Unión Europea se superpone, a causa del traspaso de competencias de política nacional a la Unión Europea, al Derecho del comercio exterior alemán (véase Artículo 215 TFUE).

El embargo comercial contra Irak (a causa de la ocupación –ilegal, desde la perspectiva del Derecho internacional– de Kuwait), basado en normas sancionadoras paralelas a un reglamento de embargo de la Comunidad Europea, se amparó tanto en el § 5 AWG (cumplimiento de obligaciones internacionales atendiendo a una resolución de embargo del Consejo de seguridad de la ONU), como en la autorización del § 7.1.2 AWG, que opera frente a “una perturbación de la convivencia pacífica de los pueblos”.

- 48 De gran importancia es la restricción permanente a la importación o exportación de determinados bienes económicos que prevé el § 7.2 AWG. Un ejemplo de estas limitaciones son los controles a la exportación de bienes estratégicos, recogidos en el denominado Arreglo de Wassenaar sobre control de exportaciones de armas convencionales y bienes y tecnología de doble uso,⁷³ el cual ha reemplazado la denominada Lista COCOM (*Coordinating Committee for East-West Trade*), de los países de la OTAN.⁷⁴ El Derecho de la Unión Europea restringe la exportación de bienes que puedan ser usados tanto para fines civiles como militares (doble uso).⁷⁵ Junto al vínculo territorial existen también otros puntos de conexión, de naturaleza material o personal. Así, la regulación del comercio exterior de muchos países limita la libertad de actuación económica de sus propios nacionales en el extranjero (§ 7.3 AWG). A los alemanes se les prohíbe participar en la producción de determinadas armas (por ejemplo, atómicas, biológicas y químicas) en el extranjero –bajo una drástica amenaza de sanción– (§§ 16 ss. y 19 ss. de la Ley alemana de control de las armas de guerra - *Kriegswaffenkontrollgesetz*).

⁷³ Al respecto, Werner, W.: “Die neuen internationalen Grundlagen der Exportkontrolle”, RIW 1998, pp. 179 y ss.

⁷⁴ Oeter, S.: “CoCom und das System der koordinierten Exportkontrollen”, *RabelsZ*, 55/1991, pp. 436 y ss.

⁷⁵ Reglamento (CE) 428/2009 del Consejo de 5 de mayo de 2009 por el que se establece un régimen comunitario de control de las exportaciones, la transferencia, el corretaje y el tránsito de productos de doble uso, D. O. 2009, núm. L 134, p. 1; al respecto Hölscher, C.: “Die Neufassung der Dual-Use-Verordnung”, RIW 8/2009, pp. 524 y ss.

Muy controvertidos son los intentos emprendidos individualmente por algunos Estados, 49 de extender el alcance extraterritorial de sus prohibiciones de exportación, ampliando los criterios de conexión territoriales o personales.

Esta problemática se aprecia en el caso *Pipeline-Embargo* (embargo del gaseoducto).⁷⁶ Como consecuencia de su disconformidad con los negocios soviético-europeos referidos a la conducción de gas natural, el gobierno estadounidense prohibió (reservándose la autorización) la exportación de maquinaria creada con tecnología estadounidense y que sirviese para la extracción de petróleo o gas natural. Esta prohibición también comprendía, si se daban determinados presupuestos, los suministros realizados por empresas no estadounidenses. Junto a este embargo definido objetivamente, el gobierno estadounidense decretó también una prohibición de exportar bienes no provenientes de Estados Unidos, basada en un criterio personal. Dicha prohibición afectaba, entre otros, a nacionales estadounidenses, a sociedades de capital constituidas en los Estados Unidos, así como a sociedades y otras empresas controladas por éstos, independientemente de donde se localizase su sede real o su lugar de constitución. Estas limitaciones a la exportación se complementaban, además, con importantes amenazas de sanciones. En el asunto *Sensor*, la sucursal holandesa de una empresa estadounidense se comprometió con un contratista francés, a entregarle piezas que serían destinadas a la construcción del gaseoducto soviético. La empresa holandesa no pudo cumplir con su obligación contractual de entrega, a causa de la prohibición de exportación estadounidense. Un tribunal holandés estimó la demanda del comprador requiriendo el cumplimiento del contrato, y consideró que el amplio alcance de la norma prohibitiva estadounidense suponía una violación del Derecho internacional público.⁷⁷ Aquí queda patente cómo, a veces, la expansión extraterritorial del Derecho nacional, para desplegar eficacia, requiere el reconocimiento por parte de los otros Estados. En este caso, se podría haber tenido en cuenta, al menos, la amenaza de sanción prevista por las normas estadounidenses de comercio exterior como un obstáculo fáctico al cumplimiento de la prestación.

La imposición de una prohibición de reexportación a una empresa extranjera sobre la mera base de que ésta esté controlada por capital nacional (a través de una empresa matriz nacional) parece inadmisibles. En el asunto *Sensor*, se tuvo en cuenta, como punto de conexión adicional, la “nacionalidad” de los bienes provenientes de Estados Unidos. Tal adscripción de productos a un determinado Estado debe tomarse en consideración, especialmente si éstos son el resultado de procesos de producción altamente tecnológicos. Finalmente, en relación con el caso estadounidense *Pipeline-Embargo*, se ha discutido si la aplicación de las normas de control de exportaciones de un Estado más allá de sus

⁷⁶ Basedow, J.: “Das amerikanische Pipeline-Embargo vor Gericht”, *RabelsZ*, 47/1983, pp. 141 y ss.; Lowe, A. V.: “International Law Issues Arising in the Pipeline Dispute; The British Position”, *GYIL* 27/1984, pp. 54 y ss.; Vagts, D. F.: “The Pipeline Controversy: An American Viewpoint”, *GYIL* 27/1984, pp. 38 y ss. También, Puttler, A.: *Völkerrechtliche Grenzen von Export- und Reexportverboten*, 1989.

⁷⁷ Sent. de 17 de septiembre de 1982, District Court at The Hague Judgment in *Compagnie Europeenne des Petroles S.A., v. Sensor Nederland B. V.*, *ILM*, 22/1983, pp. 66 y ss.; *RabelsZ* 47 (1983), p. 141.

fronteras se puede justificar mediante una declaración privada de quien contrata con el exportador, sometándose a la regulación nacional del comercio exterior. A una declaración de este tipo no se le puede hacer caso omiso, si se refiere a las normas de control de exportación vigentes en ese momento en el Estado en cuestión, y si constituye un presupuesto para la concesión de la autorización para exportar. Ya que si un Estado puede denegar por completo la exportación salvo reserva de realizar un sometimiento de este tipo, el mismo debe ser admitido como la medida menos gravosa. De hecho, el sometimiento, en el marco de la autonomía de la voluntad, a una ley extranjera de comercio exterior, constituye una conexión que brinda legitimidad a la aplicación de normas extranjeras de control de exportaciones.

- 50 La regulación del comercio exterior de muchos Estados se caracteriza por el hecho de que el poder ejecutivo dispone de unas facultades extraordinariamente amplias para limitar las importaciones o exportaciones. En los pocos casos en que existe una protección jurídica efectiva de los particulares frente a regulaciones de este tipo queda un amplio margen de maniobra, que los tribunales sólo depuran muy tímidamente. Algunos consideran al ejecutivo como el poder más receptivo a intereses económicos sectoriales y egoístas, y ven en los amplios poderes de las normas de comercio exterior la puerta de acceso de tendencias proteccionistas.

b) Consideraciones generales sobre el Derecho económico conflictual

- 51 Los supuestos transfronterizos de la vida económica afectan a intereses normativos de una pluralidad de Estados y pueden ser enjuiciados sobre la base de diversos Derechos nacionales. Desde el punto de vista de las autoridades administrativas y los tribunales de un determinado Estado, el primer elemento a tener en cuenta es si a ese supuesto se le aplica el propio Derecho nacional o un ordenamiento extranjero. Ello será decidido aplicando las normas de conflicto nacionales (*conflict of laws*), esto es, el Derecho internacional privado o el Derecho internacional público del foro (Estado del juez que conoce del caso). Así, el Derecho internacional privado alemán (especialmente atendiendo a las disposiciones del EGBGB - Ley de introducción al Código Civil⁷⁸) determina, por ejemplo, el Derecho aplicable a un contrato concluido en Francia entre una empresa alemana y un comprador oriental sobre el suministro de productos químicos. Si se trata de decidir sobre expropiaciones, medidas estatales de control económico o reglas del comercio exterior (como limitaciones a la exportación o licencias de construcción y explotación), aquí interviene el Derecho público internacional. El Derecho público de un Estado se dirige directamente a sus propios órganos. Al contrario que el Derecho privado, el Derecho público no es apto para ser “aplicado”, en sentido estricto, por tribunales extranjeros. Se

⁷⁸ El art. 3.1 EGBGB establece que: “En relación con situaciones con una vinculación al Derecho de un Estado extranjero, las siguientes disposiciones determinan el ordenamiento jurídico aplicable (Derecho internacional privado)”.

trata, más bien, de ver si es posible tomar en consideración las consecuencias jurídicas de los actos de soberanía extranjeros. El Derecho internacional privado y el Derecho público internacional están estrechamente interrelacionados. Así muchos ordenamientos jurídicos renuncian por completo a esta distinción conceptual. Las concepciones de regulación política penetran en los complejos normativos privados de forma similar que en el Derecho público, aunque, en este último sector, con frecuencia, la contradicción de intereses en el plano interestatal se pone de relieve más claramente.

Los puntos de conexión que brindan legitimidad a la aplicación de un determinado ordenamiento jurídico nacional se desprenden, en particular, de los principios de territorialidad y de personalidad. Según el principio de territorialidad, esta vinculación se puede generar sea por la localización de una cosa en el territorio nacional, sea por ser éste el lugar de la acción o del resultado. Además, en Derecho económico también tiene relevancia el principio de personalidad, que atiende a la nacionalidad o al domicilio de una persona física, o a la sede de una persona jurídica. Puede ocurrir, por ejemplo, que un Estado expropie el patrimonio de uno de sus nacionales o de una sociedad nacional. Respecto de los bienes de la persona expropiada situados en el extranjero, se puede producir una superposición del principio de personalidad (que remitiría al Derecho del Estado de origen del sujeto) y del principio de territorialidad (que daría poder normativo al Estado donde el bien está situado). También en la regulación del comercio exterior se aplica el principio de personalidad.⁷⁹ El ejercicio de la autoridad reglamentaria por parte de un Estado se puede justificar también por motivos de protección de la seguridad nacional y de bienes jurídicos nacionales valiosos (principio de protección). Finalmente, en determinados casos es posible que un Estado persiga y sancione, aplicando su Derecho nacional, una serie de comportamientos universalmente proscritos (como la piratería, la esclavitud, el genocidio y probablemente también ciertos actos de terrorismo - principio de jurisdicción universal).

El muy influyente *Restatement of the Law (3d) of Foreign Relations Law of the United States*⁸⁰ establece en su § 402:

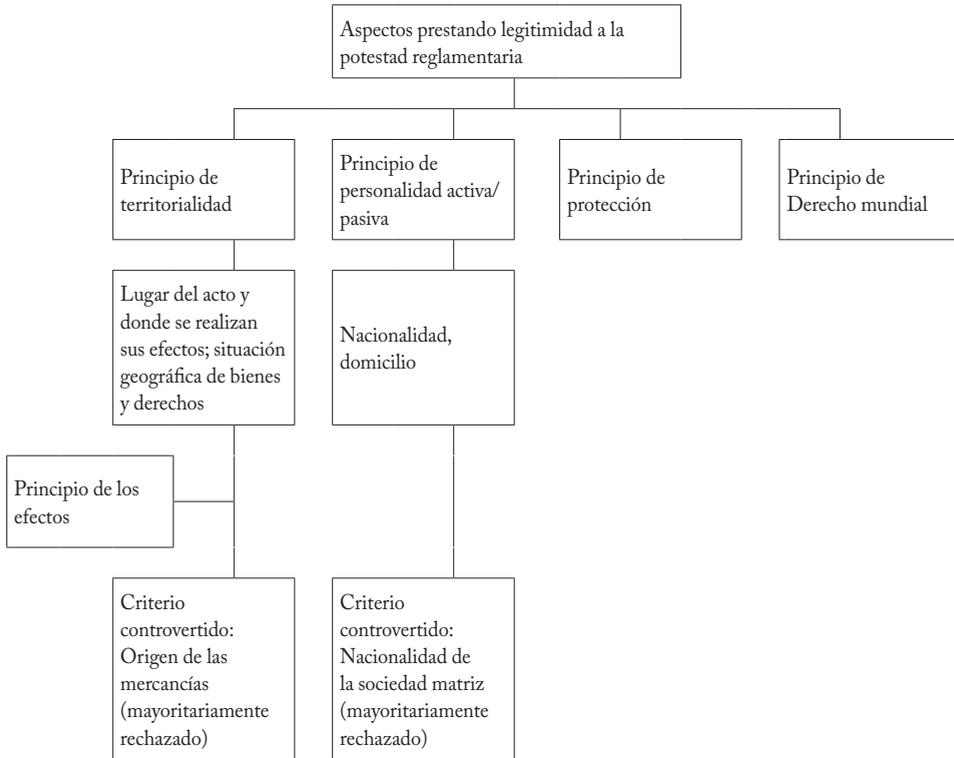
- (1) Subject to § 403, a state has jurisdiction to prescribe law with respect to
 - (a) conduct that, wholly or in substantial part, takes place within its territory,
 - (b) the status of persons, or interests in things, present within its territory,
 - (c) conduct outside its territory that has or is intended to have substantial effect within its territory.
- (2) the activities, interests, status or relations of its nationals outside as well as within its territory, and

⁷⁹ V. supra, tema 3, nota al margen 5.a.

⁸⁰ American Law Institute: *Restatement (Third) of the Law. The Foreign Relations Law of the United States*, t. 1, 1987, § 402.

- (3) certain conduct outside its territory by persons not its nationals that is directed against the security of the state or against a limited class of other state interests”.

En el ámbito de las relaciones societarias, por ejemplo, en lo que atañe a la organización interna de una sociedad anónima o respecto a los derechos de los accionistas individuales, las normas de conflicto nacionales atienden al lugar de la sede de administración o al lugar de constitución.⁸¹



- 54 Los tribunales nacionales no aplican el Derecho extranjero cuando el contenido de éste no es compatible con los principios fundamentales del propio ordenamiento jurídico (excepción del *ordre public*-orden público). Esta reserva se tiene en cuenta en Derecho alemán (Artículo 6 EGBGB⁸²) si, por ejemplo, la aplicación del Derecho extranjero no es conforme con los derechos fundamentales (con la prohibición de discriminación por motivos de raza o sexo, por ejemplo), o con el Derecho consuetudinario internacional

⁸¹ V. *infra*, tema 16, nota al margen 1.

⁸² “Una norma legal de otro Estado no ha de aplicarse cuando su aplicación conduzca a un resultado que es claramente incompatible con principios esenciales del Derecho alemán. En particular, no ha de aplicarse cuando su aplicación sea incompatible con derechos fundamentales”.

imperativo (por ejemplo, respecto del suministro de armas para cometer una agresión militar).

En Derecho internacional privado alemán, las obligaciones contractuales quedan siempre sujetas (incluso aunque las partes hayan elegido la aplicación de un Derecho extranjero) a “aquellas normas del Derecho alemán que son de aplicación imperativa sin tener en consideración cuál es el derecho aplicable al contrato”. Las normas obligatorias (también conocidas como “leyes de policía”) son reglas orientadas (por lo menos en parte) a salvaguardar importantes intereses referidos al bien común. En esta categoría de normas se subsumen prohibiciones del Derecho del comercio exterior o de la competencia, y posiblemente también ciertos preceptos del Derecho de la protección de consumidores e inversores.

Los supuestos cuyos elementos, personales o materiales, remiten a dos o más ordenamientos jurídicos nacionales, están sujetos a la “intervención” concurrente de los Estados implicados si éstos, en ejercicio de su facultad normativa, se valen de puntos de conexión “legitimantes” (como el lugar de cumplimiento de la obligación o la sede societaria), y someten el supuesto de hecho a su propio Derecho y jurisdicción. Cuando dos o más Estados extienden la aplicación de su Derecho a un mismo supuesto de hecho y de ello se derivan distintas concepciones normativas, amenaza con producirse un conflicto de jurisdicciones. Estos conflictos pueden surgir debido a que un determinado Derecho nacional regula un supuesto de hecho con elemento extranjero de tal forma que éste produce efectos más allá del territorio nacional, esto es, cuando el Derecho nacional se aplica “extraterritorialmente”. La incidencia de estas regulaciones transfronterizas se aprecia, por ejemplo, cuando una sociedad anónima con sede en Francia y patrimonio en Alemania es expropiada aplicando una ley francesa, o cuando el Derecho de la competencia alemán se aplica a acuerdos restrictivos de la competencia de empresas extranjeras, o si una prohibición de exportación estadounidense se hace extensiva a los suministros realizados por sucursales europeas de sociedades estadounidenses. La manifestación más aguda de estos conflictos normativos se produce cuando el Derecho del Estado A impone un comportamiento cuya realización supone, a la vez, la violación de una prohibición vigente en el Estado B. 55

La concurrencia de una pluralidad de Estados en la regulación de un determinado supuesto genera inseguridad jurídica; ésta puede debilitar la confianza en los órganos estatales, hacer que los tribunales de distintos Estados entren en contradicciones difícilmente superables, o fomentar estrategias de las partes en cuanto a qué foro es, en cada caso, el más beneficioso para sus respectivos intereses. Además, en algunos conflictos de este tipo, surge la amenaza de que los intereses del particular sean sacrificados en el altar de los intereses estatales en pugna. La utilización del poder legislativo y de la competencia judicial sobre un supuesto de hecho unitario por parte de dos o más Estados, fomenta la tendencia del potencial demandante a elegir el tribunal que vaya a ser más favorable 56

a sus pretensiones (fenómeno denominado *forum shopping*).⁸³ Las regulaciones convencionales internacionales sobre la competencia judicial son un mecanismo para limitar estas posibilidades de elección.

- 57 Frente al peligro de que los supuestos económicos transfronterizos se conviertan en motivo de conflicto entre las pretensiones regulativas estatales y que, de esta forma, se genere intranquilidad en las relaciones económicas internacionales, puede reaccionarse desde distintos niveles. Una posibilidad es la elaboración de acuerdos interestatales que unifiquen el Derecho material (como los existentes en materia de compraventa internacional), o de normas para determinar el Derecho nacional aplicable en cada caso.⁸⁴ Otros planteamientos consideran que, en relación con supuestos con elementos extranjeros, las limitaciones al poder normativo estatal se infieren del Derecho internacional público (por ejemplo, la prohibición de intervención), o de la noción de toma en consideración de intereses de Estados extranjeros. Finalmente, mediante la consideración en un país del Derecho económico extranjero, se evita que los contextos económicos se disgreguen, a causa de la intervención de dos ordenamientos nacionales.

c) Aplicación del Derecho nacional a supuestos con elemento extranjero

- 58 La aplicación extraterritorial de disposiciones nacionales constituye uno de los grandes temas del Derecho económico internacional. Se trata de la aplicación del Derecho nacional a supuestos con elemento extranjero, esto es, casos conectados con uno o varios Estados extranjeros. La confluencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos a la hora de regular una situación hace que con frecuencia colisionen distintos intereses estatales y concepciones jurídicas. Factor desencadenante de los conflictos económico-jurídicos no son únicamente las normas con una “agresiva” proyección exterior que se hallan, por ejemplo, en reglas sobre embargo o sobre comercio exterior. Con mayor frecuencia, se trata de efectos “extraterritoriales” de disposiciones que tienen un carácter *ad intra* y cuyo objeto es proteger los intereses económicos internos. El objetivo normativo de estas “disposiciones internas”, en muchas ocasiones, no se puede alcanzar sin integrar los elementos extranjeros, teniendo en cuenta la moderna división del trabajo de la economía mundial. Por ello, es comprensible que los Estados hagan objeto de su Derecho nacional las situaciones acontecidas en el extranjero, que produzcan efectos negativos en bienes protegidos en el ámbito interno.

Especialmente controvertido ha sido el intento del legislador estadounidense, en el marco del conflicto con el régimen comunista de F. Castro, de imponer sanciones a las inversiones extranjeras en Cuba (Ley Helms-Burton de 1996).⁸⁵ Desde el punto de vista

⁸³ V. *infra*, tema 9, nota al margen 3 f).

⁸⁴ V. *infra*, tema 11.

⁸⁵ *Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act of 1996 – Helms-Burton Act* de 12 de marzo de 1996, ILM 1996, vol. 35, p. 357 y ss. Al respecto: Kress, C., Herbst, J.: “Der Helms-Burton-Act aus völkerrechtlicher Sicht,

de los Estados Unidos, con ello se trataba de proteger los intereses patrimoniales de sus propios nacionales, que fueron sometidos a expropiaciones por parte del régimen de Castro (idea de “perpetuar” la expropiación mediante inversiones en inmuebles expropiados). Además, existe el empeño genérico de acabar con el sistema comunista cubano a través de sanciones económicas. Desde la perspectiva del Derecho internacional público, se trata de determinar hasta qué punto la protección de los propios nacionales puede comprender la imposición de sanciones a inversores extranjeros en Cuba. Todavía más problemáticas que estas medidas respecto de Cuba son las normas sancionadoras de Estados Unidos contra Irán y Libia (*Iran and Libya Sanctions Act* de 1996),⁸⁶ y que han incidido también sobre el comportamiento de extranjeros que no tienen ninguna vinculación especial, personal o territorial, con Estados Unidos. A su vez, la Unión Europea ha reaccionado frente a esta extensiva normativa sancionadora estadounidense con medidas de defensa (*blocking statutes*).⁸⁷ El Reglamento con el que la Unión Europea reacciona frente a esta normativa debía bloquear en la Unión el reconocimiento y la ejecución de las medidas sancionadoras estadounidenses. Pero el conflicto ha perdido fuerza debido a la práctica del ejecutivo estadounidense de hacer un uso moderado de sus facultades sancionadoras.

En el asunto *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*,⁸⁸ la Corte Suprema estadounidense ha limitado de manera fundamental la aplicación del Derecho estadounidense a supuestos extranjeros. Según esta decisión, se supone que el Congreso de Estados Unidos sólo quería reglamentar supuestos de hecho domésticos: “*When a statute gives no clear indication of an extraterritorial application, it has none*”.⁸⁹ 59

En consecuencia, una ley estadounidense destinada a proteger el mercado de valores frente a actos fraudulentos sólo cubre transacciones realizadas dentro de Estados Unidos. Aunque exista una conexión entre un acto fraudulento y una sucursal estadounidense, ello no tiene relevancia si la transacción se llevó a cabo fuera de este país y no existen conexiones adicionales con los Estados Unidos.

Las circunstancias concretas del caso eran las siguientes: tras comprar acciones de un banco australiano, los compradores australianos presentaron una demanda contra el banco ante un tribunal de Estados Unidos. En ella alegaron que la junta directiva de la sucursal estadounidense del banco, con sede en Florida, había manipulado la valoración

RIW, 1997, pp. 630 y ss.; Lowenfeld, A. F.: “Agora: The Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act”, AJIL 1996, vol. 90, p. 419 y ss.; Meng, W.: “Extraterritoriale Jurisdiktion in der US-amerikanischen Sanktionsgesetzgebung”, EuZW, 1997, p. 423; Snyder, J.L., Agostini, S.: “New U. S. Legislation to Deter Investment in Cuba”, JWT, 1996, vol. 30, pp. 37 y ss.; Stern, B.: “Can the United States Set Rules for the World?”, JWT, 1997, vol. 31, pp. 5 y ss.

⁸⁶ *Iran and Libya Sanctions Act of 1996*, de 5 de agosto de 1996, ILM, 35/1996, pp. 1273 y ss.

⁸⁷ Reglamento 2271/96 del Consejo, de 22 de noviembre de 1996, relativo a la protección contra los efectos de la aplicación extraterritorial de la legislación adoptada por un tercer país y contra las acciones basadas en ella o derivadas de ella, DO L 309, pp. 1 y ss.

⁸⁸ 561 U.S. Supreme Court, *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*, 130 S. Ct. 2869 (2010).

⁸⁹ 561 U.S. Supreme Court, *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*, 130 S. Ct. 2873 (2010).

de sus sucursales bancarias, disminuyendo de manera indirecta el valor bursátil del banco demandado.

La sentencia citada debería servir a contrarrestar, de una forma constatable, la tendencia de extranjeros a presentar demandas ante tribunales estadounidenses.

60

Los Estados no tienen una libertad ilimitada a la hora de regular situaciones de tráfico jurídico externo. Según el Derecho consuetudinario internacional vigente, un Estado únicamente puede someter a su Derecho nacional un caso, o la posición jurídica de una persona, si los mismos presentan una conexión suficiente con dicho Estado (según los principios de territorialidad, de personalidad activa o pasiva, o de protección).

Si un Estado no sólo regula el comportamiento de sus nacionales o de las sociedades nacionales, sino que también quiere regular la actividad de las filiales extranjeras controladas por éstos, está sobrepasando los límites del principio de personalidad. La creación de una filial conforme a un Derecho extranjero, con sede además en el extranjero, corta la conexión personal de la filial con el Estado de la empresa matriz.

De ahí que, en el caso Pipeline,⁹⁰ la extensión del embargo estadounidense a las filiales de empresas estadounidenses generara justificadas protestas en Europa.⁹¹

Sólo excepcionalmente se toma como criterio el control del capital de una sociedad para justificar la regulación del comportamiento de la empresa, o de las relaciones internas de la sociedad, por parte del Estado de origen del socio mayoritario. Es problemático el caso de que el Estado de origen de una empresa someta a las filiales extranjeras de ésta a su Derecho (por ejemplo, respecto de la rendición de cuentas o regulaciones fiscales dentro del consorcio empresarial).⁹²

⁹⁰ V. supra, n. marg. 49.

⁹¹ "European Communities: Comments on the U. S. Regulations concerning trade with the U.S.S.R.", ILM 21/1982, pp. 891 y ss.

⁹² V. el (Tercer) *Restatement* del Derecho de relaciones internacionales de Estados Unidos:

(1) *Subject to §§ 403 and 441, a state may exercise jurisdiction to prescribe for limited purposes with respect to activities of foreign branches or corporations organized under its laws.*

(2) *A state may not ordinarily regulate activities of corporations organized under the laws of a foreign state on the basis that they are owned or controlled by nationals of the regulating state. However, under § 403 and subject to § 441, it may not be unreasonable for a state to exercise jurisdiction for limited purposes with respect to activities of affiliated foreign entities*

(a) *by direction to the parent corporation in respect of such matters as uniform accounting, disclosure to investors or preparation of consolidated tax returns of multinational enterprises; or*

(b) *by direction to either the parent or the subsidiary in exceptional cases, depending on all relevant factors, including the extent to which*

(i) *the regulation is essential to implementation of a program to further a major national interest of the state exercising jurisdiction;*

(ii) *the national program of which the regulation is a part can be carried out effectively only if it is applied also to foreign subsidiaries;*

(iii) *the regulation conflicts or is likely to conflict with the law or policy of the state where the subsidiary is established.*

(c) *In the exceptional cases referred to in paragraph (b), the burden of establishing reasonableness is heavier when the direction is issued to the foreign subsidiary than when it is issued to the parent corporation.*

La mayor parte de los conflictos se generan al entenderse el principio de territorialidad 61 en un sentido amplio, es decir, en tanto que se trate de las repercusiones de un acto en el territorio de un Estado, aunque la actividad generadora se hubiese efectuado por completo en el extranjero. El “principio de los efectos”, como base para que el Derecho nacional pueda extender su aplicación a supuestos con elemento extranjero, se reconoce desde hace tiempo en Derecho internacional público.

En el famoso caso Lotus de 1927, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional en- 62 tendió de manera amplia el principio de territorialidad:⁹³

Jurisdiction... cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention. It does not, however, follow that international law prohibits a State from exercising jurisdiction in its own territory, in respect of any case which relates to acts which have taken place abroad, and in which it cannot rely on some permissive rule of international law. Such a view would only be tenable if international law contained a general prohibition to States to extend the application of their law and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, and if, as exception to this general prohibition, it allowed States to do so in certain specific cases. But this is certainly not the case under international law as it stands at present. Far from laying down a general prohibition to the effect that States may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, it leaves them in this respect a wide measure of discretion which is only limited in certain cases by prohibitive rules.

El principio de los efectos juega un papel importante en el Derecho de la competencia 63 de muchos Estados. Los tribunales de Estados Unidos han aplicado su normativa *anti-trust* a sucesos producidos en el extranjero, alegando el principio de los efectos.⁹⁴ La ley alemana contra las restricciones a la competencia se aplica a todas las restricciones de la competencia que produzcan efectos dentro del ámbito de aplicación de esta ley, incluso si éstas se originan fuera del ámbito de aplicación territorial de esta ley (Artículo 130.2 *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - GWB*).

La Unión Europea, invocando el principio de los efectos, también realiza una aplicación 64 extensiva de las normas de Derecho de competencia previstas en el Tratado sobre Funcionamiento de la Unión Europea. Así, en el caso de acuerdos colusorios por los que se

⁹³ Caso Lotus, France v. Turkey, Tribunal Permanente de Justicia Internacional, Serie A, núm. 10, p. 19. En este caso, se trataba de la extensión del Derecho penal turco a un oficial de guardia de un barco francés que había chocado con un barco de vapor turco en alta mar, causando daños a personas.

⁹⁴ United States v. Aluminum Co. Of America *et al.*, Circuit Court of Appeals, Second Circuit, 12 de marzo de 1945, F. 2d., vol. 148, pp. 416 y ss.

pactan ciertos comportamientos, y también para uniones de empresas de terceros Estados que repercutan en el mercado interior europeo.

En el asunto *Zellstoff*, la Comisión Europea impuso sanciones pecuniarias a productores de celulosa domiciliados fuera de la Comunidad y que habían acordado imponer un precio uniforme a su producto. Estos acuerdos sobre el precio también iban a imponerse a ventas realizadas (por el propio productor o a través de empresas distribuidoras) en la Unión Europea. El TJUE consideró que la extensión del Artículo 81 TCE (ahora, Artículo 101 TFUE) a este caso era una aplicación del principio de territorialidad admisible desde los parámetros del Derecho internacional público, ya que los pactos sobre el precio perseguían, o producían de hecho, una limitación de la competencia dentro del mercado común.⁹⁵

Tras una disputa con Estados Unidos, en el asunto *Boeing/McDonnell*, la Comisión Europea sometió al Derecho de la competencia comunitario una fusión entre dos empresas fabricantes de aviones con sede en Estados Unidos, ya que ésta afectaba al mercado aeronáutico europeo y únicamente autorizó la fusión si se cumplía con unas estrictas condiciones.⁹⁶

En vista de las consecuencias perjudiciales para el mercado europeo de componentes de aviones, la Comisión Europea prohibió el 3 de julio de 2001 la compra de la empresa estadounidense Honeywell por parte de la empresa (también estadounidense) General Electrics.⁹⁷

d) Conflictos de jurisdicción

- 65 Es muy natural que los particulares ajusten su conducta, en primer término, al Derecho del lugar de actuación (o también a su Derecho nacional). La intervención de otro Estado sobre la base del principio de los efectos genera, frecuentemente, inseguridad jurídica. Si dos ordenamientos nacionales tratan de forma distinta un mismo supuesto de hecho, se corre el riesgo de que las empresas implicadas luchen por la aplicación del Derecho que, respectivamente, les resulte más favorable, o de una confrontación entre Estados, por imponer sus propios intereses normativos. En particular, es problemático el principio de los efectos, porque posibilita la regulación de comportamientos que se desarrollan completamente en el extranjero.
- 66 Estos conflictos normativos se dieron en el pasado reiteradamente entre Estados Unidos y distintos países europeos. La legislación *antitrust* estadounidense prevé unas sanciones mucho más duras que las recogidas en los Derechos de la competencia europeos, para

⁹⁵ Sent. TJUE 125-129/85, As. Åhlström Osaakeyhtiö y otros c. Comisión de las Comunidades Europeas, Rec., 1988, p. 5193 y ss.

⁹⁶ DO 1997, L 336, p. 16 y ss.

⁹⁷ DO 2004, L 48, p. 1; Tribunal General, As. Honeywell International Inc. c/ Comisión de las Comunidades Europeas, asuntos acumulados T-209/01 y T-210/01, Rec. 2005, II-5527.

casos de inadmisibles restricciones de la libre competencia. Ejemplo paradigmático son los *treble damages*, una indemnización de naturaleza punitiva, que puede ser cuantitativamente muy superior a las pérdidas reales sufridas por los competidores lesionados. Además, el Derecho procesal civil estadounidense facilita que los perjudicados, en la fase preliminar, puedan obtener de la contraparte una entrega extensiva y exhaustiva de documentos (*pre-trial discovery*). En la práctica judicial estadounidense, existen amplias obligaciones de aportar pruebas que se encuentran en el extranjero.⁹⁸ En este contexto, también se ven extensivamente sometidas al Derecho estadounidense las filiales, o sociedades matrices extranjeras, de empresas estadounidenses. Muchos países consideran que la práctica estadounidense constituye una intrusión en su soberanía. Una serie de Estados (como Australia, Francia, Reino Unido, Canadá y, con un alcance muy limitado, Alemania) han reaccionado a través de normas de defensa propias (*blocking statutes*). Por medio de estas normas, se puede, por ejemplo, impedir la presentación a los tribunales estadounidenses de pruebas situadas en el propio país, o posibilitar la devolución de indemnizaciones excesivas (establecidas por tribunales extranjeros).⁹⁹

De una forma especialmente grave se pone de relieve la problemática de la aplicación 67 extraterritorial del Derecho y las contradicciones normativas nacionales, en los casos en que el tribunal de un Estado exige a una de las partes procesales algo que el tribunal de otro Estado prohíbe.

Muestra de ello es el famoso caso Laker. En él, la compañía aérea británica Laker (especializada en vuelos baratos) presentó una demanda en Estados Unidos contra empresas competidoras que habían realizado ventas a pérdida que, en opinión de la demandante, contravenían el Derecho de la competencia estadounidense. El trasfondo de la demanda lo constituyeron las ventas por debajo del coste, realizadas por las compañías aéreas demandadas en las rutas transatlánticas. El Gobierno británico prohibió (basándose en una norma de defensa) la entrega de determinadas pruebas en el proceso estadounidense. Algunas de las compañías demandadas, que consideraban que la demanda suponía una actuación de mala fe por parte de Laker, solicitaron a la *Court of Appeal* inglesa que dictara una resolución por la que se prohibiera a dicha entidad continuar con el procedimiento estadounidense. Entonces, los tribunales estadounidenses prohibieron al resto de los demandados y a otros potenciales proceder judicialmente en Reino Unido contra el proceso estadounidense. Con esto, afirmaron la competencia judicial internacional tanto de Estados Unidos como de Gran Bretaña,¹⁰⁰ generándose, a partir de ahí, una espiral de medidas judiciales contradictorias. Posteriormente, el conflicto se suavizó cuando

⁹⁸ V. *infra*, tema 9, nota al margen 4.

⁹⁹ V. por ejemplo, la ley francesa 80-538 du 16 juillet 1980, *relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères*, Journal officiel de la République française, julio 1980, pp. 1799 y ss. o la *Protection of Trading Interests Act* 1980 británica, Law Reports Statutes 1980, pp. 243 y ss.

¹⁰⁰ *Laker Airways Limited v. Sabena Belgian World Airlines and KLM, Royal Dutch Airlines, United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit*, 6 de marzo de 1984, F. 2d., vol. 731, pp. 909 y ss.

la *House of Lords* británica proclamó que la demanda de Laker en Estados Unidos era lícita y anuló las resoluciones prohibitivas británicas.¹⁰¹ Finalmente, el proceso concluyó mediante un acuerdo transaccional.

- 68 Para moderar los conflictos normativos en supuestos conectados con una pluralidad de Estados, la jurisprudencia de los tribunales nacionales y la doctrina internacional se esfuerzan desde hace tiempo por establecer barreras frente a la competencia legislativa nacional. Se trata de ejercitar esta potestad estatal de la forma más considerada posible, respetando los intereses extranjeros. Esta cuestión se encuentra actualmente en una fase de intensa evolución. Ya en el plano del Derecho consuetudinario, se debería admitir la prohibición de regulaciones excesivas sobre la base del principio de los efectos. Conforme a esto, un Estado sólo puede regular un supuesto que se desarrolla por completo en el extranjero, si ello es necesario para la defensa de intereses nacionales.

En este sentido, el *Kammergericht (KG)* de Berlín conoció del asunto de la participación de la gran empresa tabaquera Philip Morris Inc. (EE.UU.) en la tabacalera británica Rotman's International.¹⁰² La *Bundeskartellamt* (Oficina Federal Antimonopolio) estimó que, en este caso, se trataba de una fusión de las filiales, o subfiliales alemanas, de ambas grandes empresas y, por ello, prohibió la adquisición de la participación social planeada (esto es, prohibió una transacción entre empresas extranjeras que se efectuó por completo en el extranjero), teniendo en cuenta los efectos que ésta iba a producir en el mercado nacional. Este tribunal de Berlín confirmó la prohibición sólo respecto de las dos sociedades alemanas. Una prohibición más amplia de toda la fusión fue considerada por el tribunal como una violación del principio internacional de no intervención.

- 69 La tendencia a limitar el principio de los efectos y a seguir concretando la necesaria toma en consideración de intereses extranjeros ha encontrado gran resonancia en los Estados Unidos. Además, se reconoce, en primer lugar, la aplicación del principio de los efectos únicamente a comportamientos que producen consecuencias relevantes y previsibles (*substantial and foreseeable effect*) en el interior del país.¹⁰³ Esta restricción cumple una función de filtro, aunque sólo con un modesto alcance. De todos modos, cabe señalar que la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema estadounidense da un tratamiento restrictivo al principio de los efectos, limitando la aplicación extraterritorial del Derecho de la competencia estadounidense.

Existe también una ley estadounidense, la *Foreign Trade Antitrust Improvements Act*, que, por regla general, excluye la aplicación del Derecho de la competencia estadouni-

¹⁰¹ *British Airways Board v. Laker Airways LTD and others*, House of Lords, julio de 1985, A. C. 1985, pp. 57 y ss.

¹⁰² Decisión del *Kammergericht* de 1 de julio de 1983, WuW/E OLG, pp. 233 y ss., y Ebenroth, C.T.: "Fusionskontrolle bei Auslandszusammenschlüssen mit mittelbarem Inlandsbezug", DB, 1984, pp. 597 y ss.

¹⁰³ En este sentido, v. por ejemplo; American Law Institute, *Restatement (third) of the Foreign Relations Law of the United States*, Estados Unidos 1987, t. I, § 402.1.c) e Instituto de Derecho Internacional, Resolución sobre empresas multinacionales (art. VI.1), *Annuaire*, 57/1977, t. II, pp. 338 y ss., esp. pp. 342-343.

dense (*Sherman Act*) a los actos comerciales en el extranjero. Sólo permite una aplicación extraterritorial en casos excepcionales, esto es, cuando un comportamiento en el extranjero produce efectos directos, considerables y previsibles en el mercado nacional.

Más ambicioso es el modelo de un ejercicio razonable de la potestad normativa estatal 70 en conformidad con determinados criterios de valoración. Este concepto de ponderación se depura por medio de determinados elementos de estimación, que han de tenerse presentes al aplicar Derecho nacional a supuestos con conexiones extranjeras. La discusión actual se ve determinada, sobre todo, por el test del *reasonableness standard*, recogida en el influyente *Restatement of the Foreign Relations Law* estadounidense.¹⁰⁴ Con este test se trata, en particular, de valorar la intensidad de las conexiones personales y materiales de un caso con el propio país (por ejemplo, medir la extensión de las consecuencias internas de una restricción de la competencia).

El tercer *Restatement of the Foreign Relations Law* estadounidense enumera una serie de 71 elementos de valoración, que guían la utilización del poder normativo estatal, y cuya toma en consideración debería permitir decidir si es “razonable” (*reasonable*) la extensión del Derecho nacional a un supuesto con elemento extranjero. Según el § 403.2:

Whether exercise of jurisdiction over a person or activity is unreasonable is determined by evaluating all relevant factors, including, where appropriate:

- a) *the link of the activity to the territory of the regulating state, i e., the extent to which the activity takes place within the territory, or has substantial, direct, and foreseeable effect upon or in the territory;*
- b) *the connections, such as nationality, residence, or economic activity, between the regulating state and the person principally responsible for the activity to be regulated, or between that state and those whom the regulation is designed to protect;*
- c) *the character of the activity to be regulated, the importance of regulation to the regulating state, the extent to which other states regulate such activities, and the degree to which the desirability of such regulation is generally accepted;*
- d) *the existence of justified expectations that might be protected or hurt by the regulation;*
- e) *the importance of the regulation to the international political, legal, or economic system;*
- f) *the extent to which the regulation is consistent with the traditions of the international system;*
- g) *the extent to which another state may have an interest in regulating the activity;*
and
- h) *the likelihood of conflict with regulation by another state.*

¹⁰⁴ Restatement, *supra*, nota 112, § 403 y Meng, W.: “Regeln über die Jurisdiktion der Staaten im amerikanischen Restatement (Third) of the Foreign Relations Law”, AVR, 27/1989, pp. 156 y ss.

- 72 Esta ponderación de intereses consiste dogmáticamente en una forma de toma en consideración, que se ancla en una obligación previa vigente en virtud del Derecho consuetudinario internacional (*comity*). Este modelo de valoración, que también existe en la jurisprudencia estadounidense,¹⁰⁵ ha fortalecido la conciencia de la comunidad de Estados en torno a la existencia de determinados deberes de respeto, y contrarresta la tendencia a imponer de forma intransigente las concepciones jurídicas nacionales. Las debilidades de este modelo se derivan de que los elementos de valoración formulados de manera general carecen de perfiles claros y de que estos factores no están ordenados de forma jerárquica. Además, parece arriesgado que sean los tribunales, y no el legislador parlamentario, quienes decidan cuándo se aplicará el Derecho nacional a cuestiones fundamentales. Por otro lado, tampoco se deben generar demasiadas expectativas en torno al resultado de las ponderaciones. En las decisiones de los tribunales estadounidenses, esta valoración ha conducido hasta ahora a aplicar mayoritariamente el Derecho propio. Es problemática la nueva tendencia jurisprudencial de la Corte Suprema estadounidense, que parece supeditar la toma en consideración de intereses normativos extranjeros a la existencia de un conflicto normativo expreso (divergencia entre las órdenes de conducta del Derecho nacional y del Derecho extranjero).¹⁰⁶

e) Toma en consideración del Derecho económico extranjero

- 73 La aplicación de Derecho privado extranjero (por ejemplo, normas extranjeras en materia de obligaciones, Derecho de cosas o de sociedades) se sujeta a las reglas generales del Derecho internacional privado, que vinculan al juez respectivo. En la aplicación del Derecho privado extranjero que corresponda, el juez procede de forma similar a como lo hace con las disposiciones del Derecho del foro. No puede decirse lo mismo si se trata de aplicar normas jurídicas extranjeras que no regulan simplemente relaciones entre privados, sino que son expresión directa de intereses estatales y cuya ejecución e imposición se asigna a órganos estatales (Derecho público). Lo mismo ocurre con los actos de soberanía, que concretan *ad casum* este último tipo de normas jurídicas. Esta realización directa de intereses estatales se aprecia en sectores como el Derecho financiero, el Derecho del comercio exterior o en materia expropiatoria. Las disposiciones de un Derecho público nacional, relativas a las facultades de intervención del Estado frente a los particulares, sólo están destinadas a ser aplicadas por los propios órganos nacionales y no por tribunales

¹⁰⁵ V. por ejemplo, *Timberlane Lumber Company et. al., Plaintiffs v. Bank of America National Trust and Savings Association et al., Defendants*, United States District Court N. D., California, 24 de octubre de 1983, F. Supp. vol. 574, p. 1453 y ss.; *Mannington Mills, Inc, appellant, v. Congoleum Corporation, appellee*, United States Court of Appeals, third Circuit, 3 de abril de 1979, F. 2d., vol. 595, pp. 1287 y ss. e *In re Insurance Antitrust Litigation*, United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 18 de junio de 1991, F. 2d., vol. 938, pp. 919 y ss.

¹⁰⁶ *Hartford Fire Insurance Co et al. v. California et al.*, 28 de junio de 1993, U. S., vol. 509, pp. 764 y ss. y Lowenfeld, A. F.: "Conflict, Balancing of Interests and the Exercise of Jurisdiction to Prescribe: Reflections on the Insurance Antitrust Case", *AJIL* 1995, vol. 89, pp. 42 y ss.

extranjeros. Así, un tribunal alemán no puede aplicar las normas sobre expropiación de un Estado oriental.

Si un Estado quiere recurrir a las potestades soberanas existentes en su Derecho para 74
ejercitar sus propios intereses económicos, debe circunscribirse a su territorio estatal. En principio, cada Estado es “el amo en su territorio”. Desde esta perspectiva, los Estados muestran poca propensión a ser esbirros de intereses estatales extranjeros. Estas consideraciones encuentran reflejo en la fórmula de la “inaplicabilidad del Derecho público extranjero”, que esencialmente significa que los órganos nacionales (especialmente los tribunales) no aplican normas de intervención de un Derecho extranjero, y que las pretensiones ejecutivas de un Estado extranjero en calidad de soberano no se impondrán en otro Estado.

Sobre todo, los tribunales nacionales se niegan de un modo general a ejecutar créditos 75
tributarios de un Estado extranjero en su territorio.¹⁰⁷ Existen, sin embargo, tratados internacionales por medio de los cuales los Estados participantes se obligan a cooperar en la recaudación de las liquidaciones de deudas tributarias extranjeras.

Ha de distinguirse, claramente, entre la ejecución de pretensiones soberanas de un 76
Estado extranjero y la toma en consideración de las consecuencias jurídicas que los actos de soberanía extranjeros pueden producir en otro Estado. Esto depende fundamentalmente de si la norma de intervención extranjera ya se ejecutó en su país de origen o si, por el contrario, todavía requiere ser ejecutada en otro país. Si, por ejemplo, el Estado A expropia determinados objetos de arte que están en manos de nacionales del Estado A, un tribunal alemán reconocerá esta expropiación, dado que son obras de arte que se hallan en el territorio de A. Si, tras la expropiación, uno de estos objetos pasa a localizarse en Alemania, la acción reivindicatoria del antiguo propietario (basada en el § 985 BGB alemán) no prosperará. Distinto resultado se alcanza si se trata de una obra de arte que ya se encontraba en Alemania en el momento de la expropiación; en este caso, si un tribunal alemán reconociese la transmisión de la propiedad se convertiría en “órgano ejecutivo” del Estado A.

Excepcionalmente, los tribunales alemanes y otros tribunales nacionales están dispuestos 77
a contribuir de una forma indirecta a la aplicación de normas de intervención en materia económica o de política exterior, esto es, al juzgar las relaciones jurídicas entre particulares. Como requisito para ello, es necesario que exista coincidencia en relación con los valores que fundamentan la normativa extranjera (noción de la analogía de intereses).¹⁰⁸

¹⁰⁷ V. por ejemplo, House of Lords, Peter Buchanan Ltd. And Macharg v. McVey, A.C., 1955, pp. 515 y ss. Respecto a las reclamaciones de un beneficiario de la seguridad social holandés, v. la sentencia del Tribunal Federal Social alemán de 26 de enero de 1983, Entscheidungen des Bundessozialgerichts, t. 54, pp. 250 y ss.

¹⁰⁸ Kegel, G., Schurig, K.: *Internationales Privatrecht*, 9.ª ed., 2004, pp. 1096-1097.

También procede tomar en consideración disposiciones político-económicas de un Estado extranjero, si ello está al servicio de la justicia respecto de los derechos y deberes individuales. Una vía para conseguir la observancia del Derecho económico extranjero es la concreción de cláusulas generales del Derecho civil.

Ejemplo de lo expuesto es el asunto *Borax*, resuelto por el Tribunal Supremo alemán.¹⁰⁹ Dos empresas alemanas firmaron un contrato de compraventa que tenía por objeto el suministro de Borax, que la entidad vendedora adquirió en Estados Unidos y que, contraviniendo una prohibición estadounidense a la exportación, sería redistribuido a países del bloque oriental. El TS alemán consideró que la pretendida elusión del embargo estadounidense constituía una violación de las buenas costumbres (Artículo 138 BGB), lo que le permitió declarar la nulidad del contrato. Para ello, el tribunal alemán se basó en que las limitaciones a la exportación no sólo servían a los intereses estadounidenses, sino que eran “en interés de todo el Occidente libre y, por tanto, también de la República Federal Alemana”.

De forma similar decidió el TS alemán en el caso de un contrato de entrega de objetos de arte en Alemania, cuya exportación infringía una prohibición nigeriana.¹¹⁰ El Tribunal consideró que se había producido una violación de las buenas costumbres, contraria a las convicciones existentes en la comunidad internacional en torno a la protección los bienes culturales y al Derecho del Estado de origen, que prohibía la exportación de objetos de arte nacionales.

- 78 Otra forma de tener en cuenta intereses estatales extranjeros es la aplicación directa del Derecho extranjero, que está hallando una creciente acogida en el plano internacional.¹¹¹ Sin embargo, las normas de conflicto generales del respectivo Derecho conflictual no conducen a una aplicación directa del Derecho “público” extranjero en el caso de que el supuesto enjuiciado se rija por otro Derecho nacional. Si un contrato entre nacionales del Estado A en torno al suministro de productos del Estado B, se rige por el Derecho del Estado A –como en el caso *Borax* citado anteriormente–,¹¹² no se deriva, de forma directa, de las reglas de conflicto generales una aplicación del Derecho público del Estado B, sino que ésta sólo se logra por medio de las cláusulas generales del Derecho civil del Estado A. Para lograr una aplicación directa de las normas de intervención extranjeras, la doctrina ha desarrollado la denominada “conexión especial”. Conforme a ella, normas imperativas extranjeras pueden ser aplicadas a un contrato, o a otra relación jurídica, si el caso se rige básicamente por un determinado ordenamiento jurídico, pero el Derecho de otro Estado tiene una relación estrecha con el supuesto.

¹⁰⁹ Sent. TS alemán de 21 de diciembre de 1960, BGHZ, t. 34, pp. 169 y ss.

¹¹⁰ Sent. TS alemán de 22 de junio de 1972, BGHZ, t. 59, pp. 83 y ss.

¹¹¹ V. por ejemplo, la resolución sobre la aplicación del Derecho público extranjero, Instituto de Derecho Internacional, *Annuaire* 1975, vol. 56, pp. 550 y ss.

¹¹² V. la sentencia del Tribunal Supremo Alemán, BGHZ, t. 34, p. 169.

Esta figura de la conexión especial ha sido reconocida, por ejemplo, en el Artículo 7 del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales.¹¹³ El Artículo 9 del Reglamento (CE) 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”),¹¹⁴ que reemplaza a dicho Convenio, le atribuye a la conexión especial un campo de aplicación más restringido. Según el Reglamento, se entiende por ley de policía “una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento” (Artículo 9.1). Además, el Reglamento establece en su Artículo 9.3:

También podrá darse efecto a las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal. Para decidir si debe darse efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación.

Sólo se tendrá en cuenta una conexión especial si la orden, o prohibición, extranjera está al servicio de un interés común del Estado extranjero y del Estado del foro.

Finalmente, existe la posibilidad de que las normas de conducta extranjeras, a causa de las amenazas de sanción vinculadas a ellas, sean tomadas en consideración como un mero dato (*Datum*), como un factor que provoca la imposibilidad, o la alteración, de la prestación. En este sentido, el Tribunal Supremo alemán ha admitido la desaparición de la causa de un contrato de suministro de cerveza en Irán, después de que en este país hubiera alcanzado el poder un estricto régimen islámico, que había prohibido la importación de alcohol.¹¹⁵ Esta decisión no se basa en la toma en consideración de intereses estatales extranjeros, sino en el empeño por lograr la justicia en el caso concreto, ante la imposibilidad de cumplir el contrato. 79

Los principios desarrollados en relación con normas jurídicas extranjeras también se pueden aplicar, en casos particulares, a actos de soberanía. La consideración de este tipo 80

¹¹³ Art. 7.1 CR: “Al aplicar, en virtud del presente Convenio, la ley de un país determinado, podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación presente un vínculo estrecho, si y en la medida en que, tales disposiciones, según el derecho de este último país, son aplicables cualquiera que sea la ley que rija el contrato. Para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación”. Alemania, de acuerdo con el art. 22.1.a) CR se ha reservado el derecho de no aplicar este precepto. En relación con el CR, v., *infra*, tema 13, nota al margen 2.

¹¹⁴ DO 2008, L 77, p. 6 y ss.; v. también *infra*, tema 13, nota al margen 2.

¹¹⁵ Sent. de 8 de febrero de 1984, IPRax, 1986, pp. 154 y ss.

de regulaciones depende de nuevo, en primer lugar, de la aceptabilidad de los intereses en que se fundamenten. Lo más pertinente es tener en cuenta actos de soberanía concretos, si éstos no persiguen intereses estatales especiales, sino que sirven para equilibrar intereses privados. El reconocimiento de tales actos soberanos con efectos jurídico-privados procede, especialmente, si éstos están al servicio de la justicia material, al darle un tratamiento unitario a un supuesto transfronterizo. En el fondo, en contra de la observancia de normativas particulares que produzcan efectos privados existen tan pocas consideraciones de principio como en contra de la aplicación de normas generales de Derecho privado.

El Tribunal Supremo alemán, en una decisión fundamental respecto a la toma en consideración de actos soberanos que produzcan efectos privados, ha reconocido que la apertura de un procedimiento de insolvencia en Bélgica produce determinados efectos sobre el patrimonio del quebrado en Alemania.¹¹⁶ La apertura del procedimiento de quiebra en el extranjero abarca también el patrimonio del deudor en Alemania; lo que permite que el síndico extranjero incluya el patrimonio alemán en la masa de la quiebra. En su decisión, el Tribunal Supremo alemán ha puesto énfasis en el interés de la comunidad de Estados en lograr una satisfacción justa de los intereses de los acreedores:

Se pregunta sobre la calificación jurídica y el alcance del acto soberano de la apertura de la quiebra. El ordenamiento alemán reconoce numerosos actos estatales extranjeros como, por ejemplo, la disolución de personas jurídicas a través de una decisión judicial, la incapacitación de una persona física, la designación y destitución de un tutor, curador o albacea testamentario. En general, puede decirse que se reconocerán actos estatales extranjeros si se trata de medidas que producen efectos privados, y que, por el contrario, no se reconocerán medidas tendentes principalmente a imponer intereses estatales o político-económicos del Estado extranjero (...). La quiebra supone la intervención del patrimonio del quebrado. El mismo efecto producen la expropiación y la confiscación, institutos que, como se admite con carácter general en Derecho internacional privado, se limitan a la esfera de poder del Estado que las adopta. La apertura del concurso se diferencia, no obstante, de estas figuras por su objeto y efectos; la intervención del patrimonio concursal no sirve al Estado, sino exclusivamente a todos los acreedores del quebrado. La limitación de disponer del quebrado y las normas del procedimiento de quiebra persiguen la satisfacción igualitaria de los acreedores y están al servicio del esfuerzo común de todos los Estados para la consecución de la justicia entre los particulares (...).¹¹⁷

Hoy en día, está legalmente regulado en Alemania el reconocimiento de la apertura de un procedimiento de insolvencia extranjero.¹¹⁸

¹¹⁶ Sent. de 11 de julio de 1985, BGHZ, t. 95, pp. 256 y ss.

¹¹⁷ BGHZ, t. 95, esp. pp. 264-265.

¹¹⁸ V. *infra*, tema 18.

Desde luego, este tipo de consecuencias “automáticas” de la apertura de un procedimiento concursal en el extranjero, sólo produce efectos limitados en el territorio nacional. Así, la extensión eficaz de las facultades de actuación del síndico extranjero requiere de un fundamento convencional internacional especial. 81

La denominada doctrina del “acto de Estado” (*Act of State*) juega un papel relevante en Derecho estadounidense (de forma más restringida, también en Derecho inglés).¹¹⁹ De acuerdo con ella, los tribunales estadounidenses renuncian generalmente a someter los actos soberanos de un Estado extranjero a control, por ejemplo, de conformidad con los parámetros del Derecho internacional público. El reconocimiento de actos soberanos extranjeros no depende, por tanto, de su licitud. Sin embargo, el acto de soberanía objeto de reconocimiento debe encuadrarse en el marco de la soberanía territorial.¹²⁰ 82

La transformación en “tabú” de actos soberanos extranjeros a través de la doctrina del *Act of State* está sometida a diversas excepciones. Una importante restricción guarda relación con la función de la doctrina del *Act of State*. Esta concepción no sólo protege al Estado extranjero, sino que debe conservar el margen de maniobra del ejecutivo en materia de política exterior, dentro del sistema de la división de poderes. Por ello, la doctrina no se aplica si, en un caso concreto, en virtud de un posicionamiento expreso del ejecutivo estadounidense, no sirve a los intereses de Estados Unidos en materia de política exterior. Existe otra excepción en relación con las expropiaciones sin indemnización que llevó a cabo el régimen comunista cubano. De acuerdo con una regulación específica (recogida en la denominada *Hickenlooper Amendment*), los actos de expropiación extranjeros no 83

¹¹⁹ V. las siguientes decisiones de la Corte Suprema estadounidense: *Underhill v. Hernández*, Sent. de 29 de noviembre de 1897, U. S., vol. 168, pp. 250 y ss. y *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino Receiver et. al*, Sentencia de 23 de marzo de 1964, U.S. vol. 376, pp. 398 y ss.: Igualmente, v. *Restatement*, (supra, nota 92), §§ 443-444; *Ebenroth, C. T.: Banking on the Act of State*, 1985; *Halberstam, M.: “Sabbatino Resurrected: The Act of State Doctrine in teh Revised Restatement of U. S. Foreign Relations Law”*, *AGIL*, 79/1985, pp. 68 y ss. y *Mann, F. A.: Foreign Affairs in English Courts*, 1986, pp. 164 y ss.

¹²⁰ En el caso *Allied Bank International v. Banco Crédito Agrícola de Cartago, Banco Anglo Costarricense y Banco Nacional de Costa Rica*, (United States Court of Appeals, Second Circuit, 18 de mayo de 1985, F. 2d., volumen 757, pp. 516 y ss.) se trató el tema de la delimitación territorial del reconocimiento de actos soberanos extranjeros. El litigio versaba sobre la reclamación de prestamistas estadounidenses frente a bancos de Costa Rica, que se habían comprometido a devolver el préstamo concedido en Nueva York y en dólares estadounidenses. Los bancos demandados (que eran propiedad del Estado de Costa Rica) rechazaron el reembolso contractualmente pactado y se ampararon para ello en una norma nacional en materia de divisas, que, en caso de que Costa Rica sufriese una crisis económica, prohibía el cumplimiento de tales obligaciones. Esta objeción no prosperó, porque la prohibición de pago no podía afectar a la pretensión contractual de los acreedores, localizada en Estados Unidos y fuera de Costa Rica. El tribunal de apelación de Nueva York consideró (también teniendo en cuenta la opinión del Ejecutivo estadounidense) que la normativa de divisas de Costa Rica constituía un intento de acabar con la deuda externa, que no podía ejecutarse en contra de obligaciones contractuales. Respecto a la problemática en torno a la observancia de normas extranjeras sobre divisas conforme al art. VIII.2.b) del Convenio constitutivo del Fondo Monetario Internacional v. la sent. estadounidense en un proceso paralelo: *Libra Bank Limited v. Banco Nacional de Costa Rica*, United States District Court, S.D. New York, 12 de agosto de 1983, F. Supp., t. 570, pp. 870 y ss., e igualmente, *infra*, tema 24, nota al margen 3.

tienen que ser reconocidos si contravienen el Derecho internacional público (a no ser que exista un pronunciamiento en contrario del ejecutivo).

6. Regulación del “ciberespacio”

Bibliografía recomendada: Boehme-Neßler, V.: *Cyberlaw*, 2001; Grewlich, K.: *Governance in “Cyberspace”*, 2001; *id.*: *Konstitutionalisierung des “Cyberspace”*, 2001; *id.*: “Internet Governance’ und ‘völkerrechtliche Konstitutionalisierung’ – nach dem Weltinformationsgipfel in Tunis”, K & K 2006, pp. 156 y ss.; Rau, M.: “Minimal Contacts’ und ‘Personal Jurisdiction’ über auswärtige Gesellschaften im Cyberspace”, RIW 2000, pp. 761 y ss.; Röben, V.: “International Internet Governance”, GYIL 42 (1999), pp. 400 y ss.; Schmah, S.: “Zwischenstaatliche Kompetenzabgrenzung im Cyberspace”, AVR 2009, pp. 284 y ss.; Shipchandler, S.: “The Wild Web. Non-Regulation as the Answer to the Regulatory Question”, Cornell International Law Journal 33 (2000), pp. 435 y ss.; Tietje, C., Nowrot, K.: “Das Internet im Fokus des transnationalen Wirtschaftsrechts. Normative Ordnungsstrukturen für den E-Commerce”, AVR 2009, pp. 328 y ss.; Uerpmann-Witzak, R.: “Internetvölkerrecht”, AVR 2009, pp. 261 y ss.; von Bernstorff, J.: “The Structural Limitations of Network Governance. ICANN as a Case in Point”, en: Joerges, C., Sand, I. J., Teubner, G. (ed.): *Transnational Governance and Constitutionalism*, 2004, pp. 257 y ss.

84 El espacio de comunicación global denominado “ciberespacio”, que conecta a escala mundial sistemas de comunicación asistidos por ordenador a través de sistemas de transmisión terrestre y vía satélite, escapa en gran medida de la intervención de las instancias reguladoras nacionales. Por eso, entraña (tanto desde la perspectiva del Derecho internacional público como del Derecho nacional) problemas jurídicos particulares. Con la conexión a Internet con redes de telefonía móvil (*Universal Mobile Telecommunications System, UMTS*), el desarrollo global de las comunicaciones ha adquirido una nueva dimensión. Entre los aspectos de las redes de comunicación planetarias, que requieren una regulación jurídica, a ser posible internacionalmente coordinada, se pueden señalar, por ejemplo, los siguientes:

- la competencia (especialmente, los controles frente a los abusos de posición dominante en el mercado,¹²¹ o en el acceso a la red).
- los controles respecto a los contenidos de la información (por ejemplo, en interés de la protección de la juventud).
- la protección de los datos.

¹²¹ Respecto al asunto Microsoft, v. Fleischer, H., Doege, N.: “Der Fall United States versus Microsoft”, WuW, 2000, pp. 705 y ss.; Meier-Wahl, M., Wrobel, R. M.: “Wettbewerbsregulierung in einem dynamischen Markt – Der Fall Microsoft”, WuW, 1999, pp. 28 y ss.; Uerpmann-Witzack, R.: “Internetvölkerrecht”, AöR, 47/2009, pp. 261 y ss.; y Wessely, K.: “Das Microsoft-Kartellverfahren”, MuR, 2000, pp. 127 y ss.

Respecto al contenido de las comunicaciones, Estados Unidos apuesta, en mayor medida **85** que la Unión Europea, por el autocontrol por parte de los operadores privados. Ello está ligado también con el papel tan relevante que se le concede a la libertad de expresión y opinión en el Derecho constitucional estadounidense.¹²² En materia de protección de datos, el Derecho de la Unión Europea (Directiva 46/95¹²³) exige, fundamentalmente, que la transmisión de datos personales a terceros sólo se admita si existe un nivel de protección adecuado. Según una decisión de la Comisión de la Unión Europea, se considera que se ha garantizado un nivel de protección adecuado en Estados Unidos si los organizadores de la transmisión de datos atendieron a determinados estándares de protección establecidos por el gobierno estadounidense (por ejemplo, los denominados principios de *safe harbor* - puerto seguro).¹²⁴

La constitución de la *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN),¹²⁵ **86** competente en materia de adjudicación y gestión técnica de nombres de dominio (el denominado *Domain Name System - DNS*), supone una interesante forma de autorregulación supranacional en colaboración con las instancias nacionales. La ICANN tiene su origen en una iniciativa del Ministerio de comercio estadounidense, que, junto con los fundadores, ha establecido las líneas maestras del régimen de adjudicación en un *Memo-randum of Understanding*.¹²⁶ Los directores son elegidos en parte por las organizaciones que sustentan a la ICANN, y en parte a través de una votación a nivel mundial. A pesar de su fuerte interacción con el Derecho estadounidense, la ICANN es una organización no gubernamental, que se encarga de la gestión de Internet y que ha sido constituida según el Derecho del Estado de California. La actividad de esta organización se sujeta al Derecho estadounidense, lo que concede a Estados Unidos una considerable ventaja normativa frente a la Unión Europea y a otros Estados.

El estatuto fundacional compromete a ICANN con el bienestar de toda la cibercomunidad y la somete a las normas pertinentes del Derecho internacional público:

The Corporation shall operate for the benefit of the Internet community as a whole, carrying out its activities in conformity with relevant principles of international law

¹²² Sent. del TS estadounidense de 26 de junio de 1997, *Reno, Attorney General of the United States et al. v. American Civil Liberties Union et al.*, U. S., vol. 521, pp. 844 y ss.

¹²³ DO, L 281, pp. 31 y ss., Heredero Higuera, M.: *La directiva comunitaria de protección de datos de carácter personal: comentario de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 95/46/CE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*, 1997 y Aparicio Salom, J.: *Estudio sobre la Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal*, 2.ª ed., 2002.

¹²⁴ DO, L 215, de 25 de agosto de 2000, pp. 7 y ss.

¹²⁵ Grewlich, K. W.: "Internet governance" und "völkerrechtliche Konstitutionalisierung" – nach dem Weltinformationsgipfel 2005 in Tunis", K&K 2006, pp. 156 y ss.; Röben, V.: "International Internet Governance", GYIL 42/1999, pp. 400 y ss.; von Bernstorff, J.: "The Structural Limitations of Network Governance. ICANN as a Case in Point", en: Joerges, C., Sand, I.-J., Teubner, G. (ed.): *Transnational Governance and Constitutionalism*, 2004, pp. 257 y ss.

¹²⁶ Dederer, H. -G.: "ICANN und die Dominanz der USA", AVR, 2009, pp. 367 y ss.

and applicable international conventions and local law and, to the extent appropriate and consistent with these Articles and its Bylaws, through open and transparent processes that enable competition and open entry in Internet-related markets. To this effect, the Corporation shall cooperate as appropriate with relevant international organizations (Artículo 4).

Un ente independiente de verificación ha interpretado esta cláusula como una remisión universal al Derecho internacional público, incluidos principios generales como el principio de buena fe (*good faith*). Según este organismo, tal remisión se justifica por “(the) Governance of an intrinsically international resource of immense importance to global communications and economies”.¹²⁷

- 87 De gran importancia práctica es la protección de las marcas y derechos análogos frente a la obtención abusiva de direcciones de Internet (*cyber-squatting*). En esta materia, la ICANN, en coordinación con la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, ha puesto en marcha un procedimiento de solución de diferencias (*Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy*).¹²⁸

Tema 4 Orden Económico Internacional

1. Principios rectores del orden Económico Internacional

Bibliografía recomendada: Dicke, D. Ch., Oppermann, T.: *Fundamental Principles Governing the International Economic Order*, 1988; Jackson, J. H.: *The World Trading System*, 2.^a ed., 1997; Mestmäcker, E. -J.: “Rechtsfragen einer Ordnung der Weltwirtschaft”, en AA. VV.: *Einigkeit und Recht und Freiheit, Festschrift für Karl Carstens zum 70. Geburtstag*, t. I, 1984, pp. 417 y ss.; Petersmann, E. -U.: “International Economic Theory and International Economic Law: On the Tasks of a Legal Theory of International Economic Order”, en Macdonald, R St J., Johnston, D. M. (ed.): *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory*, 1983, pp. 227 y ss.; *id.*: “International Economic Order”, en EPIL, t. II, 1995, pp. 1129 y ss.; *id.*: “World Trade, Principles”, en EPIL, t. IV, 2000, pp. 1542 y ss.; Raiser, L.: “Der Ordnungsrahmen des internationalen Wirtschaftsrechts”, AA. VV.: *Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag*, 1975, pp. 486 y ss.; Röpke, W.: “Economic Order and International Law”, RdC, t. 86, 1954 II, pp. 206 y ss.; Schmidt-Trentz, H. -J.: *Außenhandel und Territorialität des Rechts*, 1990; Verloren van Themaat, P.: *The Changing Structure of International Economic Law*, 1981.

¹²⁷ International Centre for Dispute Resolution, Case No. 50 117 T 00224 08, ICM Registry v. ICANN, Declaration of the Independent Review Panel, notas al margen 104-105, ILM 49 (2010), pp. 49 y ss.

¹²⁸ Lindsay, D.: *International Domain Name Law, ICANN and the UDRP*, 2007.

El orden económico mundial actual tiende a la liberalización del tráfico económico transfronterizo mediante la eliminación de los obstáculos comerciales y de otras limitaciones al acceso a los mercados nacionales. Tras este planteamiento, se halla, sobre todo, la concepción de que el comercio exterior, a través del reparto de trabajo en la comunidad de Estados, beneficia a las economías participantes. Esta teoría de la ventaja comparativa (*comparative advantage*), que traslada las concepciones de mercado de Adam Smith a las transacciones internacionales, tiene su origen en los ingleses David Ricardo y John Stuart Mill.¹²⁹ 1

El credo del aumento del bienestar a través del comercio exterior determinó la fase clásica del liberalismo económico de la segunda mitad del siglo XIX y el período anterior a la Primera Guerra Mundial. Flanqueado por numerosos acuerdos bilaterales y multilaterales, se pudo desarrollar un orden comercial independiente de la reglamentación estatal (y en ese sentido, espontáneo). Un elemento de este orden lo constituía, por ejemplo, el “patrón oro”, cuya aceptación no se basaba en convenios de Derecho internacional público. Con la Primera Guerra Mundial, se desintegró el sistema de comercio mundial liberal. Las tendencias proteccionistas y las inestabilidades monetarias en el período de entreguerras impidieron la reactivación del orden liberal. 2

Durante la Segunda Guerra Mundial, los aliados –con Estados Unidos y Reino Unido como fuerzas motrices– establecieron las bases de un nuevo orden económico mundial, que se sustentaba nuevamente en los principios rectores liberales: la Carta Atlántica de 1941,¹³⁰ que contiene una declaración a favor de una intensificación del tráfico económico internacional con la ayuda de condiciones iguales de acceso a los mercados (puntos 4 y 5). Constituyen otros pasos importantes la Conferencia de Bretton Woods de 1944, con el Convenio constitutivo del Fondo Monetario Internacional (FMI),¹³¹ y también la elaboración de la Carta de La Habana de 1947, de la compleja obra normativa de la Carta de La Habana únicamente ha entrado en vigor un fragmento: el Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT).¹³² El GATT, reformado en 1994, y otros Acuerdos multilaterales de la OMC constituyen el núcleo central del moderno orden del comercio mundial. 3

En los grandes documentos convencionales en los que se han plasmado las ideas directrices del actual orden económico mundial, la apertura de los mercados y la supresión de las restricciones al comercio internacional y a la circulación de capitales se presentan como vehículos para alcanzar y mantener altos niveles de ocupación y de ingresos reales, así como para optimizar la utilización de los factores de producción (Artículo I.ii del Con- 4

¹²⁹ Siebert, H.: *Außenwirtschaft*, 7.ª ed., 2000, pp. 29 y ss.

¹³⁰ Schlochauer, H. -J.: “Atlantic Charter (1941)”, en EPIL, 1992, t. I, pp. 288 y ss.

¹³¹ V. *infra*, tema 24, nota al margen 2.

¹³² V. *infra*, tema 10, nota al margen 1 a).

venio constitutivo del FMI, Preámbulo del GATT). Igualmente, se reconoce el desarrollo sostenible y a una participación proporcionada de los países en vías de desarrollo en el crecimiento del comercio internacional (Preámbulo del Convenio OMC). El Convenio constitutivo del FMI subraya la estabilidad cambiaria en tanto que presupuesto de un crecimiento económico sostenible (Artículo I.3).

- 5 El esfuerzo por lograr la mejor asignación posible de recursos se defiende a través del principio de no discriminación, que desempeña un papel central (a pesar de algunas excepciones), especialmente en el GATT y en otros Acuerdos de la OMC.¹³³ Con ello, se contrarresta la distorsión de la libre competencia que supone el conceder ventajas a Estados particulares. Un instrumento para alcanzar el objetivo del trato igualitario entre Estados es el tratamiento de nación más favorecida (*most favoured nation treatment*), fundamentado en cláusulas convencionales (*most favoured nation clauses*).¹³⁴ Cuando tales cláusulas de nación más favorecida se incorporan en un convenio (el convenio de base), éstas confieren a un Estado contratante (y a sus ciudadanos) la posibilidad de reclamar beneficios que sobrepasan a los recogidos en el convenio de base y que el otro Estado ha concedido convencionalmente a un tercer Estado (y a sus ciudadanos). La aplicación de una cláusula de nación más favorecida presupone que el convenio con el Estado tercero cubre el mismo objeto que el convenio de base. El trato de la nación más favorecida reviste una importancia especial en el GATT (Artículo 1). Las cláusulas de nación más favorecida juegan también un papel importante en convenios de protección de inversiones.¹³⁵
- 6 Los principios rectores del tráfico económico internacional están integrados en un sistema de coordinación que vincula a los Estados soberanos entre sí. La aspiración de alcanzar una liberalización del comercio mundial y un intercambio lo más eficiente posible de bienes, servicios y capitales, ni tiene primacía frente a los Estados, ni puede pretender una vigencia absoluta. Más bien es la libertad de los Estados individuales para decidir por sí mismos sobre sus prioridades político-económicas la que es parte del orden económico internacional. Uno de los principios de la Carta de Naciones Unidas es el de la “igualdad soberana” de los Estados (art. 2.1). La libertad normativa de los Estados que deriva de este principio puede contraponerse a las tendencias liberalizadoras existentes. En la Carta de las Naciones Unidas, al concepto de autonomía estatal se superpone, sin embargo, la declaración a favor de la cooperación internacional, también en los ámbitos económicos y sociales [art. 1.3, 55.a) y 55.b) y 56], y del principio de la “buena vecindad” (art. 74). Los grandes documentos convencionales sobre la armonización de las relaciones comerciales y monetarias internacionales, como el GATT y el Convenio constitutivo del FMI, son expresión de esta cooperación. Sin embargo, muchas cláusulas de excepción que permiten

¹³³ V. arts. I, III, XIII y XVI del GATT, así como *infra*, tema 10, nota al margen 5 b.

¹³⁴ Ustor, E.: “Most-Favoured-Nation Clause”, EPIL, t. III (1997), pp. 468 y ss.

¹³⁵ V. *infra*, tema 23, nota al margen 2 g.

hacer valer intereses nacionales y tendencias proteccionistas dejan un amplio margen de maniobra, a menudo peligroso.

A la demanda de eficiencia económica se une la idea de solidaridad con los Estados 7
económicamente más débiles. Aparte de las prestaciones directas, el trato preferente a los países en vías de desarrollo previsto, por ejemplo, en el GATT (art. XXXVI), en los Convenios de Lomé celebrados por la Unión Europea y sus Estados miembros con los Estados ACP (de África, Caribe y Pacífico), o en el nuevo Acuerdo de Asociación de Cotonú,¹³⁶ supone una forma importante de promocionar el desarrollo. Una serie de organizaciones internacionales tiene como objetivo el asegurar a las materias primas, desde la perspectiva de los Estados productores, unos precios adecuados. Cuestión extraordinariamente controvertida es la precisión de en qué medida las intervenciones para dirigir el comportamiento del mercado, con el fin de proteger a los países en vías de desarrollo, suponen un método adecuado de reparto del bienestar y para el crecimiento económico de los países más pobres. La petición de los países económicamente más débiles para que se tengan más en cuenta sus intereses, constituye el núcleo de la discusión sobre un nuevo orden económico mundial.¹³⁷

El actual orden económico mundial está determinado por la transferencia al plano in- 8
ternacional de planteamientos rectores de la economía de mercado. En esta materia, desempeña un papel fundamental la libertad de acción que los Estados dejan a los sujetos económicos individuales, para que creen un orden autónomo y desligado de reglamentaciones soberanas. El desarrollo de un orden de este tipo supone una contribución esencial a la minimización de los costes de acceso al mercado, que están relacionados con la coexistencia de los ordenamientos jurídicos nacionales. Requisitos para el desarrollo de este tipo de ordenación “espontánea” son el reconocimiento de un amplio margen a la autonomía privada, la garantía de la libertad de empresa y de la protección de la propiedad privada, así como el aseguramiento de las pretensiones contractuales mediante una administración de justicia eficiente. Estos elementos son susceptibles de generar seguridad jurídica para los sujetos económicos extranjeros en las transacciones transfronterizas. La autonomía contractual y la seguridad jurídica para los sujetos económicos extranjeros son el caldo de cultivo de la “sociedad de Derecho privado” que, en gran medida, se autorregula, y que constituye un ideal de la teoría económica liberal. La cristalización de los usos del comercio internacional y el recurso al arbitraje privado internacional son formas de expresión de esfuerzos de coordinación privada, al margen de la regulación estatal. No obstante, sigue siendo indispensable la vinculación con un ordenamiento estatal, porque sólo los Estados disponen de mecanismos de ejecución para hacer valer derechos individuales. Sin

¹³⁶ Nettesheim, M: *WTO-Recht und Globalisierung*, 2003.

¹³⁷ V. *infra*, tema 4, nota al margen 3.

embargo, no debe desconocerse que, por ejemplo en caso de inobservancia de un laudo arbitral, las sanciones no estatales “informales” pueden desplegar una eficacia considerable.

- 9 Una función central de ordenación que no puede ser confiada a la coordinación de sujetos económicos individuales, sigue siendo el control de la libre competencia. Los controles del libre juego de las fuerzas, a través del sometimiento del poder económico, sólo pueden dejarse en manos de instancias estatales o internacionales. Una internacionalización funcionalmente apta del control de la competencia sólo se ha alcanzado, hasta ahora, en la Unión Europea.¹³⁸ Las disposiciones de la Carta de La Habana sobre la prohibición de limitaciones a la libre competencia nunca entraron en vigor (arts. 46-54). Por tanto, en el plano internacional, la misión de controlar el mercado con ese fin se atribuye a los Estados individuales. La aplicación “extraterritorial” del Derecho de la competencia a supuestos transfronterizos no sólo constituye un potencial de conflicto entre los Estados implicados, sino que también desempeña una función de integración de lagunas a la vista de la ausencia de un control internacional efectivo. Las debilidades de los mecanismos de control nacional son consecuencia de su limitación territorial en cuestiones de ejecución. Estas consideraciones no sólo son válidas en el ámbito del Derecho de la competencia, sino que también rigen para otros sectores del control económico. Con razón, las crisis de deuda externa se relacionan con déficits de control bancario en el plano internacional.¹³⁹

2. Sujetos del Derecho Económico Internacional

Bibliografía recomendada: Fischer, P.: “Transnational Enterprises”, EPIL, t. IV, 2000, pp. 921 y ss.; Gramlich, L.: Internationales Wirtschaftsrecht, 2004, pp. y ss.; Kaltenborn, M.: Entwicklungs- und Schwellenländer in der Völkergemeinschaft, AVR 46 (2008), pp. 205 y ss.; Meerhaeghe, M. A. G.: International Economic Institutions, 7.^a ed., 1998; Seidl-Hohenveldern, I.: Corporations in and under International Law, 1987; Rode, R.: Regieren durch internationale Wirtschaftsorganisationen, 2001; Schermers, H. -G., Blokker, N. M.: International Institutional Law, 3.^a ed., 1995; Simmonds, K. R. (ed.), Legal Problems of Multinational Corporations, 1977; Schwartmann, R.: Private im Wirtschaftsvölkerrecht, 2005; Wildhaber, L., Großfeld, B., Sandrock, O., Birk, R.: Internationalrechtliche Probleme multinationaler Korporationen. Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, t. 18, 1978.

a) Estados

Bibliografía recomendada: Bayle, N., Woolcock, S.: The New Economic Diplomacy: Decision-making and negotiation in international economic relations, 2003.

¹³⁸ V. *infra*, tema 17.

¹³⁹ Mestmäcker, E.J.: “Rechtsfragen einer Ordnung der Weltwirtschaft”, en AA. VV.: *Festschrift für Karl Carstens*, 1/1984, pp. 417 y ss., esp. p. 425.

En el orden económico mundial descentralizado, los Estados desempeñan un papel 10 preponderante en un doble sentido. Por un lado, son responsables del poder normativo; esta función normativa se plasma en la actividad legislativa nacional, la administración y la jurisprudencia, así como en la creación de reglas de Derecho internacional público y en la participación en organizaciones internacionales. Por otro lado, los Estados se involucran directamente en las transacciones económicas, por ejemplo, como propietarios de materias primas o de otros bienes económicos.

La comunidad de Estados se caracteriza por la gran heterogeneidad de sus miembros con 11 respecto al potencial económico y a su “Constitución económica” (*Wirtschaftsverfassung*). En principio, cada Estado es libre para estructurar su sistema económico; la prohibición de intervención del Derecho consuetudinario internacional,¹⁴⁰ protege esta libertad de opción frente a injerencias extranjeras.¹⁴¹ Sin embargo, con el hundimiento político y económico de los sistemas comunistas de Europa del Este, ha perdido su fuerza atractiva el modelo fundado en un orden económico dirigido centralmente y con monopolio estatal del comercio exterior.

Entre las asimetrías que caracterizan a la comunidad de Estados contemporánea destacan las diferencias existentes en términos de poder económico, que se expresan a través del producto interior bruto (esto es, el valor total de todas las mercancías y todos los servicios generados que una economía nacional pone a disposición del consumo final en un determinado periodo de tiempo).

Existe una estrecha correlación entre el poder económico y el consumo de energía. Por ello, la demanda de petróleo, de gran importancia en la actualidad, seguirá creciendo (así como la demanda de gas natural).

Oriente Próximo y, de manera creciente, América del Norte desempeñan un papel clave en el abastecimiento mundial de petróleo.

Existen asimetrías considerables entre los Estados, con respecto a la extracción y el consumo de petróleo.

La lucha por conseguir un orden económico mundial equilibrado se ve influenciada, 12 sobre todo, por la contraposición entre los pocos Estados altamente industrializados de Norteamérica, Europa Occidental y Asia (que cuentan con la decisiva influencia de la “tríada”—Estados Unidos, la Unión Europea y Japón—), y los numerosos países en vías de desarrollo de Latinoamérica, África y Asia. Algunos países de Oriente (como “nuevos Estados industriales”) se han aproximado al nivel de productividad occidental (los llamados “tigres asiáticos”: Taiwán, Corea del Sur y Singapur). Actualmente, China e India son actores con gran peso en la economía mundial. Junto a ellos, existe un grupo de “países emergentes” latinoamericanos (como Argentina, Brasil, Chile y México).

¹⁴⁰ V. *infra*, tema 6, nota al margen 1.b).

¹⁴¹ V. Sent. CIJ, de 27 de junio de 1986, Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua, ICJ Reports, 1986, pp. 14 y ss., esp. p. 108.

- 13 Si los Estados intervienen en el tráfico económico internacional directamente, reglas especiales hallan en muchas ocasiones aplicación. Así, los Estados y sus subdivisiones pueden alegar, atendiendo a los principios de la inmunidad de los Estados,¹⁴² su no sometimiento a la jurisdicción extranjera, si lo que está en tela de juicio es una actuación soberana del Estado, o el patrimonio estatal dedicado a fines soberanos especiales.
- 14 Desde el punto de vista de la economía de mercado, los monopolios estatales del comercio y otros ámbitos, que en beneficio del Estado mantienen alejadas a las empresas privadas de la compra y venta de determinados bienes o de la prestación de determinados servicios, se consideran “elementos discordantes” (art. XVII del GATT). El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea prescribe la paulatina transformación de los monopolios comerciales existentes en interés del libre intercambio, y prohíbe la implantación de nuevos monopolios estatales que limiten el comercio (art. 37 TFUE).
- 15 El papel del Estado como oferente, o perceptor, de bienes y servicios en la estructura de la libre competencia constituye (no sólo en el ámbito de los monopolios estatales de comercio o prestación de servicios) un problema especial en un orden económico que pone énfasis en la liberalización y en la reducción de las restricciones de acceso al mercado. Esta situación se da no sólo en las prestaciones de servicios respecto del tráfico de personas y bienes, en el envío de correo o en el sector de las telecomunicaciones, sino también respecto de entes públicos de radio o televisión y en la prestación de servicios en el ámbito de la enseñanza. Que el Estado lleve a cabo una actividad económica en algunos ámbitos se justifica, sobre todo, porque, en interés de la colectividad, determinadas prestaciones no deben dejarse en manos de oferentes con intereses particulares, teniendo en cuenta la enorme responsabilidad del Estado en ofrecer un alto nivel de calidad en las mismas, o debido a su escasa rentabilidad. Por otro lado, las entidades estatales que acceden a la libre competencia no están sometidas al mismo riesgo empresarial que sus competidores, ya que cuentan con el respaldo del presupuesto público.
- 16 Según el TFUE, las empresas públicas encargadas de gestión de servicios “de interés económico general” sólo quedan sometidas a las normas sobre libre competencia de este Tratado, en la medida “en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada” (art. 106.2.1 TFUE). La aplicación a las empresas públicas de las reglas generales sobre competencia de los artículos 111 y ss. TFUE (por ejemplo, en el ámbito de correos, telecomunicaciones, radiodifusión o abastecimiento de energía) es uno de los problemas centrales del Derecho de la competencia europeo.¹⁴³ La doctrina reciente del TJUE tiende a limitar los privilegios de las empresas públicas en el ámbito del Derecho de la competencia, especialmente respecto

¹⁴² Al respecto, v. *infra*, tema 6, nota al margen 2.

¹⁴³ V. *infra*, tema 17.

de los monopolios estatales de prestación de servicios, que suponen un freno a los desarrollos innovadores y a la satisfacción de la demanda existente de prestaciones especiales.

b) Empresas estatales

Bibliografía recomendada: Fischer, P., von Hoffmann, B.: “Staatsunternehmen im Völkerrecht und im internationalen Privatrecht”, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, t. 25, 1984; Mann, F. A.: “Staatsunternehmen in internationalen Handelsbeziehungen”, *RIW* 1987, pp. 186 y ss.

Frecuentemente, los Estados no intervienen directamente en el tráfico económico, sino que lo hacen a través de empresas independientes. Entre ellas, se encuentran entes jurídicamente independientes, con formas de organización administrativa, y también sociedades de capital, que son gestionadas o controladas por el Estado. En general, esta independencia jurídica implica la separación de estos entes de la esfera estatal: son titulares de sus propios derechos y obligaciones. En casos especiales, a pesar de su independencia jurídica, las empresas públicas y sus actividades se imputan al Estado que se encuentra tras ellas. Esto ocurre si, por ejemplo, para escapar de la jurisdicción extranjera acudiendo a las reglas de inmunidad estatal, la empresa es, por decirlo gráficamente, “la prolongación del brazo” del Estado, y actúa soberanamente, o posee bienes que utiliza con fines soberanos (por ejemplo, un banco central jurídicamente independiente); en este sentido, la pretensión de inmunidad de la empresa estatal depende de su calidad de órgano estatal.¹⁴⁴ Las obligaciones de una empresa jurídicamente independiente sólo se pueden imputar al Estado que la controla si se dan determinadas circunstancias, en el sentido de un “levantamiento de velo” (*Haftungsdurchgriff*).¹⁴⁵ Se puede admitir entonces una imputación de responsabilidad si, por ejemplo, el Estado no ha dotado a la empresa controlada por él con los medios financieros necesarios para realizar su función (caso de la infracapitalización), o si la invocación de la independencia jurídica de la empresa responsable fuese abusiva.

En el caso del accidente del reactor de Chernóbil, los tribunales alemanes desestimaron la responsabilidad del Estado soviético respecto de los daños que se habían generado, dado que el explotador de la central nuclear era un ente con personalidad jurídica propia.¹⁴⁶

Por el contrario, sólo se puede tener en cuenta la responsabilidad de una empresa estatal por las obligaciones del Estado que está tras ella, si la separación entre ellos claramente no satisface el principio de equidad.¹⁴⁷

¹⁴⁴ V. *infra*, tema 5, nota al margen 2 y también Mann, F. A.: “Staatsunternehmen in internationalen Handelsbeziehungen”, *RIW*, 1987, pp. 186 y ss., esp. pp. 187-188 y las referencias por él citadas.

¹⁴⁵ Böckstiegel, K.-H.: *Der Durchgriff auf den Staat*, 1972.

¹⁴⁶ Tribunal Local (Amtsgericht) de Bonn, 29 de noviembre de 1987, *NJW* 1988, pp. 1393 y ss., y Tribunal Distrital (Landgericht) de Bonn, 14 de diciembre de 1987, *NJW* 1989, p. 1225.

¹⁴⁷ V. Sent. de 17 de junio de 1983, Supreme Court de Estados Unidos, *First National City Bank c. Banco para*

- 19 En ocasiones, se plantea la cuestión de si una empresa estatal, para liberarse de obligaciones contractuales (alegando fuerza mayor o la desaparición de la causa del negocio), puede invocar que su propio Estado frustra el cumplimiento del contrato, o la causa del contrato, a través de limitaciones legales o administrativas (por ejemplo, impedir el suministro pactado de materias primas por medio de una prohibición a la exportación). Esta alegación sólo se le podrá denegar a una empresa extranjera si ésta, sobre la base de determinados indicios, no goza de una auténtica autonomía decisoria, o si el Estado crea el obstáculo a la prestación, a modo de cooperación oclusiva, especialmente para liberar al empresario de sus obligaciones contractuales.¹⁴⁸

c) Organizaciones internacionales

Bibliografía recomendada: Altman, J., Kulessa, M. E. (ed.): *Internationale Wirtschaftsorganisationen*, 1998; Seidl-Hohenveldern, I., Loibl, G.: *Das Recht der Internationalen Organisationen einschließlich der Supranationalen Gemeinschaften*, 7.^a ed., 2000.

- 20 En la vida económica internacional, las organizaciones internacionales, como forma de cooperación interestatal, juegan un papel clave. Su importancia se muestra en distintos planos. Especialmente, en su función normativa (elaboración de reglas vinculantes para sus miembros o de recomendaciones para los complejos económicos), en su función de foro para la coordinación y la consulta interestatal, y en su función de apoyo (para medidas de reestructuración económica o de mejora de la infraestructura, especialmente en países en vías de desarrollo). Además, las organizaciones internacionales actúan ocasionalmente en el mercado de una forma cuasi-empresarial, por ejemplo, mediante la compra o venta de materias primas en interés de una estabilización de precios.
- 21 Las organizaciones internacionales en sentido estricto (organizaciones intergubernamentales, *governmental international organizations*) tienen su origen en un tratado internacional fundacional firmado por los Estados miembros y poseen una personalidad jurídica propia en Derecho internacional público. Al mismo tiempo, gozan, generalmente, de capacidad jurídica según el Derecho del Estado de su sede y de los (otros) Estados miembros.¹⁴⁹ Algunas de estas organizaciones actúan en la vida económica de forma semejante a una sociedad anónima o a otras empresas privadas. De ello pueden derivarse

el Comercio Exterior de Cuba, U. S., vol. 462, pp. 611 y ss., y Sent. TS alemán de 28 de abril de 1988, BGHZ, t. 104, pp. 240 y ss.

¹⁴⁸ Al respecto, v. Seidl-Hohenveldern, I.: *Corporations in and under International Law*, 1987, pp. 55 y ss. y Sent. House of Lords de 6 de julio de 1978, C. Czarnikow LTD v. Rolimpex, A. C., 1979, pp. 351 y ss.

¹⁴⁹ Bekker, P. H. F.: *The Legal Position of Intergovernmental Organizations*, 1994; Reinisch, A.: *International Organizations Before National Courts*, 2000 y Rensmann, Th.: "Internationale Organisationen im Privatrechtsverkehr", AVR, 37/1998, pp. 305 y ss.

difíciles problemas de responsabilidad, en cuanto a la posición de los Estados miembros, si la organización no cumple sus obligaciones financieras.¹⁵⁰

El caso más conocido en esta materia es la insolvencia del Consejo internacional del estaño (*International Tin Council-ITC*).¹⁵¹ Este Consejo tenía por objeto alcanzar un precio adecuado del estaño en el mercado mundial, mediante la compra y venta de metales con la ayuda de un depósito regulador. Después de que el administrador del depósito realizase transacciones arriesgadas en la Bolsa de metales londinense, el Consejo del estaño ya no pudo hacer frente a sus cuantiosas obligaciones respecto de acreedores privados. Tras múltiples procesos judiciales ante los tribunales ingleses contra miembros individuales del Consejo del estaño (entre ellos, el Reino Unido, la República Federal de Alemania y la Comunidad Europea),¹⁵² y contra la Comunidad Europea ante el TJCE, se llegó a una solución extrajudicial del conflicto mediante un acuerdo transaccional.

La independencia de las organizaciones internacionales desde la perspectiva del Derecho internacional público protege, generalmente, a sus miembros frente a la responsabilidad por las obligaciones de la organización. Una imputación de responsabilidad a los Estados parte (*piercing the corporate veil* - levantamiento del velo corporativo) sólo está excepcionalmente permitida si estos Estados miembros, en el momento fundacional de la organización, no la dotaron con suficiente capital, si los miembros no se oponen a una conducta de los órganos que sea manifiestamente incompatible con la finalidad de la organización o con los deberes de diligencia empresarial, o si el recurso a la autonomía jurídica de la organización fuese abusivo.¹⁵³ En esta materia, existen paralelismos con la figura del “levantamiento del velo” en el Derecho de sociedades nacional. A causa de las experiencias con el Consejo internacional del estaño, algunos convenios constitutivos de organizaciones internacionales sobre materias primas contienen limitaciones expresas de la responsabilidad. Así, por ejemplo, el Convenio internacional del caucho natural (*In-*

¹⁵⁰ V. Ebenroth, C. T./Fuhrmann, L.: “Die zivilrechtliche Haftung internationaler Organisationen”, JZ 1989, pp. 211 y ss.; Haltern, U.: “Die Haftung von Mitgliedstaaten für Verbindlichkeiten Internationaler Organisationen”, ZvgIRWiss, 93/1994, pp. 221 y ss.; Hartwig, M.: *Die Haftung der Mitgliedstaaten für Internationale Organisationen*, 1993; Herdegen, M.: “Bemerkungen zur Zwangsliquidation und zum Haftungsdurchgriff bei internationalen Organisationen”, ZaöRV, 47/1987, pp. 537 y ss., id.: “The Insolvency of International Organisations and the Legal Position of Creditors: Some Observations in the Light of the International Tin Council Crisis”, NILR, 1998, pp. 135 y ss.; Mann, F. A., Die juristische Person des Völkerrechts, ZHR, 152/1988, pp. 302 y ss., esp. pp. 311 y ss.

¹⁵¹ McFadden, E. J.: “The Collapse of Tin: Restructuring a Failed Commodity Agreement”, AJIL 80/1986, pp. 811 y ss e igualmente, v. Ebenroth/ Fuhrmann y Herdegen, citados ambos en la nota anterior.

¹⁵² Sent. House of Lords, 26 de octubre de 1989, J. H. Rayner (Mincing Lane) Ltd c. Department of Trade and Industry and others and related appeals, A. C., 1990, vol. II, pp. 418 y ss.

¹⁵³ Respecto a la responsabilidad de los Estados miembros de una organización internacional, tras haber sido decidida su disolución por parte de la mayoría de los miembros, v. el laudo arbitral del asunto Westland de 5 de marzo de 1984 (que fue parcialmente anulado por los tribunales suizos). Sobre este caso, v. Westland Helicopters Limited v. Arab Organizations for industrialization and others, ILM, 23/1984, pp. 1071 y ss.; Herdegen, M.: “Wirkungen von Schiedssprüchen in Streitigkeiten zwischen Privatpersonen und fremden Staaten”, RIW, 1989, pp. 329 y ss., esp. p. 330 y Rensmann, Th: “Internationale Organisationen im Privatrechtsverkehr”, AVR, 1998, vol. 37, p. 337.

ternational Natural Rubber Agreement - INRA III) de 1995,¹⁵⁴ prevé que las obligaciones financieras de los miembros se limiten a la cuantía de sus obligaciones respecto de las cuotas para el presupuesto administrativo y para la financiación del depósito regulador de la Organización internacional del caucho natural (art. 48.4) .

En este contexto, se debe diferenciar entre las obligaciones de Derecho internacional público de una organización internacional, por un lado, y las deudas frente a acreedores privados, por otro. Los criterios expuestos sobre el “levantamiento del velo” únicamente justifican una responsabilidad inmediata de los miembros respecto de las obligaciones internacionales. Para las deudas de Derecho privado (por ejemplo, las derivadas de contratos de préstamo o compraventa), el Derecho internacional público sólo regula los requisitos que han de darse para que sea posible extender la responsabilidad a los Estados miembros, esto es, las condiciones bajo las cuales un tribunal nacional puede pasar por alto la independencia jurídica de la organización internacional. Por lo demás, la decisión sobre si existe responsabilidad de los Estados miembros frente a acreedores privados se deja en manos del Derecho nacional.

- 23 Las organizaciones más importantes para la vida económica internacional son aquellas que, en calidad de “organismos especializados”, están vinculadas a las Naciones Unidas, por medio de acuerdos de cooperación concluidos por el Consejo Económico y Social (*Economic and Social Council - ECOSOC*) (arts. 57 y 63 de la Carta de las Naciones Unidas). Para fomentar la cooperación económica en el marco de las Naciones Unidas, se crearon, como comités derivados de la Asamblea General, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (*UNCTAD - United Nations Conference on Trade and Development*), y la Conferencia de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (CNUDMI) (*United Nations Commission on International Trade Law*), a la que se le encomendó la armonización y unificación progresivas del Derecho mercantil internacional. La CNUDMI ha elaborado una serie de leyes modelo, por ejemplo la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, la Ley Modelo sobre Transferencias Internacionales de Crédito de 1992, la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza de 1997, la Ley Modelo sobre el Comercio Electrónico de 1996/98, o la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas de 2001.
- 24 Juega un papel clave en materia de circulación internacional de capitales y pagos, especialmente con la actual crisis de la deuda externa, el Fondo Monetario Internacional (FMI) (*International Monetary Fund*),¹⁵⁵ cuya creación se decidió en 1944, en la Conferencia de Bretton Woods. Originariamente, el FMI debía asegurar una coordinación estable de los órdenes monetarios nacionales mediante un sistema más firme, en el que los tipos de cambio estuvieran controlados por el FMI sobre la base del patrón oro. Tras

¹⁵⁴ BOE n. 69 de 21 de marzo 1997, p. 9153 y ss (www.boe.es).

¹⁵⁵ Gold, J.: “International Monetary Fund”, *EPIL* 1995, t. II, pp. 1271 y ss.

el abandono por Estados Unidos del patrón oro y la introducción de tipos de cambio libres, las funciones del FMI han variado. Actualmente, sus cometidos son vigilar con un fin estabilizador las modificaciones de los tipos de cambio y conceder créditos a Estados miembros que presenten dificultades transitorias en su balanza de pagos. En 1969, se incorporó a los Estatutos del FMI (art. V. sección 6), el denominado “derecho especial de giro”. Se trata del derecho de un Estado miembro a adquirir divisas extranjeras pagándolas con su propia moneda. En el FMI, los Estados miembros están representados en la Junta de Gobernadores, que es competente para tomar las decisiones fundamentales. De las operaciones cotidianas se encarga un Directorio Ejecutivo, que se compone por ocho Directores, elegidos entre los Estados miembros financieramente más poderosos, y otros dieciséis procedentes del resto de los Estados. Mientras que en otras organizaciones internacionales rige el principio de la igualdad formal de voto de los Estados (*one State, one vote*), en el FMI, igual que sucede en la mayoría de las organizaciones del ámbito económico y financiero, los votos de los Estados miembros se ponderan (en función de las obligaciones de aportación).

Estrechamente vinculado con el FMI (especialmente por la coincidencia de miembros) 25 se encuentra el Banco Mundial (BIRD - Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo - *International Bank for Reconstruction and Development*).¹⁵⁶ Un aspecto muy destacado de su actividad es la concesión de préstamos a países en vías de desarrollo. A la financiación de proyectos concretos para mejorar las infraestructuras, se ha unido últimamente la promoción general del desarrollo en el tercer mundo. Como organización filial del Banco Mundial, la Corporación Financiera Internacional (CFI) (*International Finance Corporation*),¹⁵⁷ concede créditos a proyectos privados con independencia de las garantías de reembolso por parte del Gobierno de origen del tomador del préstamo. Al grupo del Banco Mundial también pertenece, por ejemplo, la Asociación Internacional de Fomento (AIF) (*International Development Association*),¹⁵⁸ que apoya con préstamos a países en vías de desarrollo especialmente pobres (y, a veces, también a empresas privadas de estos Estados), cuyas necesidades de financiación ya no pueden ser cubiertas por las condiciones de crédito habituales en el mercado. A causa de sus especiales ventajas (por ejemplo, larga duración, períodos de amortización diferida o el no devengo de intereses) los créditos de la AIF se asemejan a aportaciones a fondo perdido.

El compromiso del FMI y del Banco Mundial en relación con la crisis de la deuda externa 26 genera importantes motivos de conflicto político. Se trata de las condiciones de concesión de créditos a países especialmente endeudados, que se tienen que comprometer a adoptar determinadas medidas estructurales para reducir su déficit en la balanza de

¹⁵⁶ V. *infra*, tema 26, nota al margen 2.

¹⁵⁷ V. *infra*, tema 26, nota al margen 2.

¹⁵⁸ V. *infra*, tema 26, nota al margen 2.

pagos.¹⁵⁹ Muchos países en vías de desarrollo consideran que esto supone un amordazamiento político-económico incompatible con su concepto de soberanía.

- 27 Los bancos regionales de desarrollo, que son sustentados por los países donantes (que pueden ser también Estados industriales de otra región) y por los países receptores, desempeñan un papel importante en el fomento del desarrollo y en el apoyo a procesos de transformación económica y política. Entre ellos destacan el Banco Interamericano de Desarrollo (*Inter-American Development Bank*), el Banco Asiático de Desarrollo (*Asian Development Bank*), el Banco del Sur (creado por algunos países sudamericanos) y el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (*European Bank for Reconstruction and Development*), que se dedica al desarrollo de Estados en la Europa oriental y Asia Central. Por su parte, el Banco Europeo de Inversión (art. 308 y ss. TFUE) fomenta el desarrollo de regiones económicamente débiles, así como proyectos comunes de varios Estados en el seno de la Unión Europea. Adicionalmente, el Banco Europeo de Inversión brinda su apoyo al desarrollo de Estados terceros, a través, por ejemplo, de acuerdos de asociación con los Estados ACP. El volumen de créditos del Banco Europeo de Inversión sobrepasa al del Banco Mundial.
- 28 Dentro de las Naciones Unidas, la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (*Food and Agriculture Organization of the United Nations - FAO*), y la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (*United Nations Industrial Development Organization - UNIDO*), tienen como objetivo elevar el nivel de vida de los países más pobres y fomentar el desarrollo industrial.
- 29 Como tercer pilar institucional, junto al FMI y al Banco Mundial, la Carta de La Habana había previsto la Organización Internacional de Comercio (OIC) (*International Trade Organization - ITO*).¹⁶⁰ En vista de las actitudes hostiles frente a la extensas regulaciones de la Carta de La Habana, los Estados participantes acordaron en 1947 una aplicación provisional del GATT (Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio), con el objeto de establecer, en la fase previa a la entrada en vigor del Convenio sobre la Organización Internacional de Comercio, los presupuestos convencionales para la liberalización del comercio mundial. Este acuerdo fracasó debido al rechazo del Congreso estadounidense al Convenio sobre la Organización Internacional de Comercio. El GATT, con una estructura organizativa desarrollada gradualmente,¹⁶¹ lleva existiendo más de cuarenta años en calidad de “provisional”, por lo que se viene tratando desde hace tiempo como una organización internacional. La importante reforma del sistema GATT, con la creación de la Organización Mundial de Comercio (World Trade Organization - WTO), ha asentado

¹⁵⁹ V. por ejemplo, Meng, W.: “Conditionality of IMF and World Bank Loans: Tutelage over Sovereign States?”, *Verfassung und Recht in Übersee*, 21/1988, pp. 263 y ss. e igualmente v. *infra*, tema 26, nota al margen 3.

¹⁶⁰ Al respecto Jaenicke, G.: “Habana Charter”, en EPIL, 1995, t. II, pp. 679 y ss.

¹⁶¹ V. *infra*, tema 10, nota al margen 1.

el orden económico mundial sobre una nueva base institucional.¹⁶² También desempeña un papel significativo en la vida económica internacional la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (*International Labour Organization, ILO*).¹⁶³ Esta Organización se compromete a generar condiciones de trabajo adecuadas, suprimir las discriminaciones injustificadas e impulsar la seguridad social de los trabajadores. Entre las funciones de la OIT, destacan la elaboración de acuerdos y recomendaciones internacionales, la supervisión del cumplimiento de las obligaciones convencionales por parte de los Estados miembros y la solución de diferencias. Las actividades de la OIT contribuyen, por medio de estándares convencionales, a la mejora progresiva de las condiciones de trabajo en el mundo y combaten, al mismo tiempo, el riesgo de que las diferencias de nivel en las condiciones laborales provoquen la búsqueda de ventajas competitivas, en el sentido de un *dumping* social.

Se encuentran vinculadas a Naciones Unidas, en calidad de “organizaciones especiales”, 30 otras organizaciones internacionales, cuyo campo de acción se centra en un sector determinado de la vida económica. A ellas pertenecen, por ejemplo, la Unión Postal Universal (*Universal Postal Union*) fundada ya en 1874,¹⁶⁴ la Unión Internacional de Telecomunicaciones (*International Telecommunications Union*),¹⁶⁵ y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) (*World Intellectual Property Organization - WIPO*).¹⁶⁶

Junto a las organizaciones de carácter universal, existe una pluralidad de organizaciones 31 internacionales concebidas para un grupo limitado de miembros. Entre ellas, se cuentan las organizaciones económicas regionales. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) (*Organisation for Economic Co-operation and Development, OECD*¹⁶⁷) constituye un foro para la cooperación de los treinta países más desarrollados industrialmente del mundo occidental, que producen más de la mitad de los productos manufacturados del mundo y en cuyas manos se encuentra más del 70% del comercio mundial. Son Estados miembros Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Corea del Sur, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Grecia, Holanda, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Nueva Zelanda, Noruega, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Eslovaca, Suecia, Suiza y Turquía. La verdadera importancia de la OCDE no se basa tanto en que dicte reglas vinculantes, sino en que coordina la política económica y monetaria de sus miembros. De gran relevancia es la promoción del crecimiento económico de los países en vías de desarrollo

¹⁶² V. *infra*, tema 10, nota al margen 2.

¹⁶³ Samson, K.T.: “International Labour Organisation”, EPIL, t. II/1995, pp. 1150 y ss.

¹⁶⁴ V. *infra*, tema 14, nota al margen 5.

¹⁶⁵ V. *infra*, tema 14, nota al margen 5.

¹⁶⁶ V. *infra*, tema 15.

¹⁶⁷ Hahn, H.J.: “Organisation for Economic Co-operation and Development”, en EPIL 1997, t. III, pp. 790 y ss.; Hahn, H.J./Weber, A.: *Die OECD-Die Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung*, 1976.

que llevan a cabo los veintidós Estados miembros de la OCDE y la Comisión Europea, que cooperan en el seno del Comité de Asistencia al Desarrollo (*Development Assistance Committee*).

- 32 Las organizaciones internacionales sobre materias primas, que deben garantizar un nivel de precios estable (sobre todo, en interés de los países en vías de desarrollo que dependen en gran medida de las exportaciones de materias primas), han alcanzado hasta ahora sólo un éxito limitado.¹⁶⁸
- 33 Entre las formas organizativas clásicas de la cooperación regional, se cuentan las zonas de libre comercio y las uniones aduaneras.¹⁶⁹ No todos los acuerdos de este tipo dan lugar a una organización jurídicamente independiente, como sucede, por ejemplo, en el caso de la Asociación Europea de Libre Cambio (AELC) (*European Free Trade Association*). En el marco de la Unión Europea, se ha logrado un grado de integración económica de los Estados miembros único hasta el momento.¹⁷⁰ Este grado de integración europea se ha alcanzado gracias, aparte de al alto nivel de industrialización y a la amplia homogeneidad de valores sociales, culturales y político-económicos, a la disposición de los Estados miembros a trasladar, en unas proporciones sin precedentes, derechos soberanos nacionales a instituciones interestatales. Inspirados por el modelo de la Unión Europea, algunos Estados latinoamericanos han constituido formas institucionalmente asentadas de cooperación económica (como, por ejemplo, la Comunidad Andina - CAN).¹⁷¹ Siguiendo el modelo del Tratado de la Comunidad Europea, en el seno de la Organización de la Unidad Africana se ha constituido la Comunidad Económica Africana (*African Economic Community - AEC*).¹⁷² En mayo de 2001 entró en vigor el Acta constitutiva de la Unión Africana.

d) Unión Europea (Comunidades Europeas)

- 34 La Unión Europea se caracteriza por haber alcanzado un grado de integración económica, jurídica y política de sus 27 Estados miembro, desconocido hasta el momento en el plano interestatal.¹⁷³ Su estructura institucional funciona a través de la actividad combinada de las instituciones políticas (Consejo, Comisión y Parlamento Europeo) y el TJUE. La Unión Europea y la CEEA están interrelacionadas a través de sus instituciones comunes. Esto significa que sólo existe un Consejo, una Comisión, un Parlamento y un Tribunal

¹⁶⁸ V. *infra*, tema 11.

¹⁶⁹ V. *infra*, tema 12, nota al margen 1.

¹⁷⁰ V. *supra*, tema 3, nota al margen 2. *infra*, tema 4.

¹⁷¹ V. *infra*, tema 12, nota al margen 5.

¹⁷² ILM 30 (1991), pp. 1241 y ss., esp. p. 1245.

¹⁷³ V. *supra*, tema 3, nota al margen 2.

de Justicia, y que estas instituciones, según el caso, actuarán en nombre de la Unión o de la CEEA (sobre la base de los preceptos del tratado correspondiente).¹⁷⁴

El Tratado de Lisboa de 2007 (que incorpora una gran parte del contenido del Tratado sobre una Constitución para Europa),¹⁷⁵ ha dado lugar a cambios sustanciales en la arquitectura de la Unión Europea. La Unión Europea dispone ahora de personalidad jurídica propia, habiendo absorbido a la Comunidad Europea (art. 1.3 TUE). La CEEA, a resultas de un protocolo especial, continúa existiendo. 35

La estructura de tres pilares (con las Comunidades Europeas como primer pilar, la Política Exterior y de Seguridad Común como segundo, y la Cooperación Policial y Judicial en materia penal como tercero), ha sido reemplazada por un marco único organizacional y de acción. Sin embargo, la Política Exterior y de Seguridad Común preserva su carácter intergubernamental, en el sentido de que las resoluciones tomadas en este marco sólo vinculan a la misma Unión Europea y a los Estados miembros. Para que nazcan obligaciones para los particulares, siempre es necesario un acto de implementación. 36

Así, una resolución en el marco de la Política Exterior y de Seguridad Común que imponga un embargo comercial contra un tercer Estado no tiene efecto inmediato (frente a determinadas empresas comerciales), sino a través de un acto de implementación de la Unión Europea (art. 215.1 TFUE).

El Consejo de la UE es la institución decisoria más importante. Está compuesto por los representantes de los Gobiernos nacionales. Durante mucho tiempo fue el auténtico “legislador” de la Unión. Entre tanto, el Parlamento participa en la producción de normas jurídicas en la gran mayoría de sectores normativos, en una posición de igualdad respecto al Consejo (procedimiento de codecisión). 37

En principio, el Consejo decide por mayoría simple, pero en cuestiones importantes se requiere mayoría cualificada o, incluso, unanimidad. En las decisiones por mayoría cualificada, los votos de los Estados miembros se ponderan. Ello hace que Estados pequeños estén claramente mejor posicionados que si se tuviese en cuenta su número de habitantes.¹⁷⁶ Sólo rara vez se precisa unanimidad para una decisión del Consejo. En particular, ésta se requiere en la utilización de la autorización amplia del Artículo 352.1 TFUE. El principio de mayoría es un instrumento importante para frenar los intereses estatales. 38

¹⁷⁴ Convenio sobre determinadas instituciones comunes a las Comunidades Europeas de 1957; Tratado por el que se constituye un Consejo único y una Comisión única de las Comunidades Europeas de 1965.

¹⁷⁵ Los cambios han sido incorporados bajo forma de una refundición del Tratado sobre la Unión Europea y del Tratado sobre la Comunidad Europea, que ahora se llama Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

¹⁷⁶ Art. 16. 4 TUE y Art. 3 del Protocolo No. 36.

- 39 La Comisión desempeña, sobre todo, importantes funciones de iniciativa y de ejecución (arts. 27, 244 ss. TFUE, 124 TCEEA). Está integrada por miembros independientes. El Presidente de la Comisión desempeña una posición eminente. El Alto Representante para la Política Exterior y de Seguridad Común, nombrado por el Consejo, es, a la vez, uno de los Vicepresidentes a la Comisión. En cuanto a su composición y su proceso de decisión, la Comisión (a diferencia del Consejo) no está vinculada por los intereses nacionales. La Comisión constituye, entre las instituciones políticas, el elemento de estímulo del proceso de integración. De gran importancia es su poder de iniciativa legislativa. Además, la Comisión desempeña competencias de ejecución significativas. En este sentido, puede proceder contra los acuerdos restrictivos de la competencia y el abuso de posición dominante (también mediante multas coercitivas), o autorizar operaciones de concentración entre empresas. Como protectora de los intereses de la Unión, la Comisión puede, por ejemplo, presentar una demanda ante el TJUE por el incumplimiento del Tratado por los Estados miembros (art. 258 TFUE).
- 40 El Parlamento Europeo está compuesto por diputados elegidos directamente por los ciudadanos de cada uno de los Estados miembros (arts. 223 ss. TUE, 107 ss. TCEEA), y, por lo tanto, actúa como la única institución de la Unión con legitimación democrática directa. Junto con el Consejo, el Parlamento Europeo es uno de los órganos legislativos principales de la Unión. La codecisión es el procedimiento legislativo ordinario de la Unión Europea (art. 294 TFUE).
- 41 El TJUE asegura el carácter normativo del ordenamiento jurídico de la Unión (arts. 251 ss. TFUE, 136 ss. TCEEA). Frente al incumplimiento de un Tratado por un Estado miembro, la Comisión u otro Estado miembro pueden presentar una demanda ante el TJUE (arts. 258 ss. TFUE).
- 42 El TJUE puede ser requerido por un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión, mediante el denominado recurso de anulación (art. 263 TFUE), para examinar los actos jurídicos de los órganos comunitarios. En algunos casos, se permite también al Banco Central Europeo y al Tribunal de Cuentas presentar un recurso de anulación para hacer valer sus derechos (art. 263.3 TFUE).
- 43 Bajo determinadas condiciones, los particulares también pueden recurrir actos jurídicos de las instituciones comunitarias que les afecten “directa e individualmente” (art. 263.4 TFUE). Así, las empresas pueden impugnar ante el TJUE una disposición de la Comisión que les suponga una carga en el ámbito de la libre competencia, como, por ejemplo, la inadmisión de una operación de concentración empresarial o la imposición de una multa. Un particular sólo se ve afectado directamente, en el sentido del Artículo 263.4 TFUE, por las decisiones que se dirigen a un Estado miembro o a otros terceros, cuando la decisión, a causa de circunstancias especiales o de determinadas cualidades personales,

le afecta de modo especial y, de este modo, le individualiza de una manera similar que al destinatario mismo.

El procedimiento prejudicial reglamentado en el Artículo 267 TFUE juega un papel 44 extraordinariamente importante. En él, el TJUE, a propuesta de un órgano jurisdiccional nacional, decide sobre la interpretación del Derecho de la Unión y sobre la validez de los actos jurídicos de órganos de la Unión.

En el examen de los actos jurídicos de las instituciones de la Unión, que se ha de basar 45 en un juicio valorativo de situaciones económicas complejas, el TJUE suele ser comedido y admite un margen de apreciación económico-político por parte de las instituciones decisorias de la Unión Europea.¹⁷⁷ El reconocimiento de un margen de este tipo en valoraciones globales complejas se ponía de manifiesto en la referencia contenida en el (ya derogado) Artículo 33. I. inciso 2.º TCECA, que podía entenderse como expresión de una concepción jurídica general.¹⁷⁸

Desde hace tiempo, el TJUE viene siendo auxiliado por un Tribunal de Primera Instancia, que, en determinados casos, es competente en relación con demandas de particulares (personas físicas y jurídicas), y cuyas decisiones pueden ser revisadas por el TJUE en caso de defectos legales (arts. 256 TFUE, 140 TCEEA).

El TJUE ha entendido su misión de salvaguardia del Derecho de la Unión Europea de 46 un modo muy dinámico, y practica constantemente el desarrollo judicial del Derecho. En particular, su doctrina sobre el efecto directo de las disposiciones del Tratado, la primacía del Derecho de la Unión, la aplicación directa de directivas, la responsabilidad de los Estados y los principios generales del Derecho, ha dado un impulso decisivo al desarrollo de la Unión. De esta forma, el TJUE ha compensado, justamente en fases complicadas, la “inmovilidad” de las instituciones políticas.

La Unión Europea es miembro de un gran número de organizaciones internacionales, 47 como la Organización Mundial del Comercio (OMC), la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), u organizaciones de materias primas. En el caso de la OMC, tanto la Unión Europea como sus Estados miembros pertenecen a ella.

¹⁷⁷ V., por ejemplo, las sent. TJUE, As. 43/72 (Merkur), Rec., 1973, p. 1055 (esp. p. 1074), As. 197-200, 243, 245 y 247/80 (Ludwigshafener Walzmühle, Rec., 1981, p. 3211 (esp. p. 3251)); As. 42/84 (Remia), Rec. 1985, p. 2545, n. marg. 34; As. 12/03 (Tetra Laval), Rec. 2005, p. I-987 y ss.

¹⁷⁸ Art. 33. I, inciso 2 TCECA limitaba el control judicial en la revisión de actos jurídicos de la Comisión: “No obstante, el examen del Tribunal de Justicia no podrá referirse a la apreciación de la situación resultante de hechos o circunstancias económicas en consideración a la cual se hubieren tomado tales decisiones o formulado tales recomendaciones, excepto cuando se acuse a la Comisión de haber incurrido en desviación de poder o de haber ignorado manifiestamente las disposiciones del Tratado o cualquier norma jurídica relativa a su ejecución”.

e) Agrupaciones de Estados basadas en intereses económicos comunes

- 48 La globalización económica ha generado múltiples formas de cooperación interestatal, tanto dentro como fuera de organizaciones internacionales.

Así los siete poderes económicos más grandes del mundo –Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Italia y Japón– han formado el llamado “Grupo de los siete” (G7). Este grupo, que no cuenta con un aparato institucional fijo, sirve como foro de cooperación para discutir cuestiones de orden económico internacional. Con la adhesión de Rusia, el G7 se transformó en G8. En los encuentros del G7/G8 también está representada la Unión Europea (según el tema tratado, es representada por el Presidente del Consejo Europeo, el Presidente de la Comisión Europea, el Presidente del Banco Central Europeo o el Presidente del Eurogrupo). En los encuentros regulares del G7/G8, que persiguen sintonizar la política financiera y configurar la arquitectura financiera internacional, los Estados están representados por sus respectivos ministros de hacienda y por los presidentes de los bancos centrales. La Unión Europea está representada por el Presidente de turno del Consejo de ministros de hacienda pública y finanzas (ECO-FIN) y el Presidente del Banco Central Europeo. También asisten a dichos encuentros el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial.

- 49 En la actualidad, el G20 es la agrupación de intereses más influyente en materia de desarrollo de la economía global. Este grupo, que surgió del G8, está conformado por los 20 países industrializados y emergentes más importantes. Sus miembros son: Alemania, Arabia Saudita, Argentina, Australia, Brasil, Canadá, China, Corea del Sur, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, India, Indonesia, Italia, Japón, México, Rusia, Sudáfrica, Turquía y la Unión Europea. En sus reuniones periódicas (“Cumbres Económicas”), los jefes de Estado y de gobierno del G20 discuten cuestiones de política económica y monetaria global.

El G20 nació en 1998 a raíz de una resolución de la cumbre de los ministros de finanzas del G7, celebrada en Colonia. La Cumbre Económica de Pittsburgh, en 2008, resolvió reemplazar al G8 por el G20, como grupo de cooperación en asuntos de la economía mundial.

- 50 En aras de la cooperación en materia de política monetaria, los países más importantes del mundo occidental se unieron para formar el “grupo de los 10” (G10). Los miembros de este grupo han decidido poner ciertos créditos a disposición del Fondo Monetario Internacional. En la actualidad, el G10 está formado por Alemania, Bélgica, Canadá, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Italia, Japón, los Países Bajos, Suecia (y se unió más tarde, como undécimo miembro, Suiza).

- 51 En 1964, 77 países emergentes y en vías de desarrollo crearon dentro de la UNCTAD un grupo con el objetivo de aunar sus intereses económicos frente a los países industrializados, el G77. En la actualidad, este grupo cuenta con más de 130 Estados miembros.

En el seno de la Organización Mundial del Comercio, algunos miembros han formado grupos que les permitan formular intereses comunes y defenderlos en las negociaciones. En vísperas de la Conferencia de Cancún, nació un grupo denominado G21, que engloba a una serie de países emergentes y en vías de desarrollo liderados por Brasil, China, India y Sudáfrica. De esta forma, surgió un nuevo bloque de Estados que compite con Estados Unidos y la Unión Europea, y cuyo objetivo principal es hacer valer ciertos intereses agrarios. Entre las reclamaciones del G21 destacan la de posibilitar un mejor acceso a los mercados agrarios, la eliminación de subvenciones a las exportaciones y una reducción de ayudas estatales domésticas que tome en cuenta los intereses especiales de los países en desarrollo. La formación del G21 deja entrever que, en el seno de la Organización Mundial del Comercio, se están produciendo importantes cambios. Adicionalmente, se ha creado el G33 un grupo aún más amplio de países emergentes y en vías de desarrollo liderado por China e India. Este G33, por un lado reclama una mayor apertura de mercados en los países industrializados, y por otro lado aspira a proteger sus propios sectores agrarios. El G90, un grupo conformado por un gran número de países menos desarrollados, se opone a ciertos procesos de liberalización, por ejemplo en cuanto a servicios o inversiones. El denominado “Grupo Cairns” (entre cuyos miembros se encuentran, por ejemplo, Argentina, Brasil, Canadá, Colombia, India y Nueva Zelanda) aboga por una mayor apertura de los mercados agrarios (reducción de aranceles sobre importaciones y desmantelamiento de subvenciones que distorsionan la competencia).

f) Cooperación internacional de entidades administrativas

Bibliografía recomendada: Barr, M. S., Miller, G. P.: “Global Administrative Law: The View from Basel”, *European Journal of International Law*, 17/2006), pp. 15 y ss.; Kingsbury, B., Krisch, N., Stewart, R. B., Wiener, J. B. (ed.): *Law and Contemporary Problems (Duke University School of Law)*, t. 68, vol. 3-4 (2005); Kinney, E. D.: “The Emerging Field of International Administrative Law: Its Content and Potential”, *Administrative Law Journal*, 54/2002, pp. 415 y ss.; Krisch, N., Kingsbury, B.: “Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order”, *European Journal of International Law*, 17/2006, pp. 1 y ss.; Möllers, Ch.: “Verfassungs- und völkerrechtliche Probleme transnationaler administrativer Standardsetzung”, *ZaöRV* 65 (2005), pp. 351 y ss.; Murphy, S. D.: “Taking Multinational Corporate Codes of Conduct to the Next Level”, 43/2005, pp. 389 y ss.; Picciotto, S.: “Networks in International Economic Integration: Fragmented States and the Dilemmas of Neo-Liberalism”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 17, 1996/97, pp. 1014 y ss.; Raustiala, K.: “The Architecture of International Cooperation: Transgovernmental Networks and the Future of International Law”, *Virginia Journal of International Law*, 43/2002, pp. 1 y ss.; Slaughter, A. -M.: *A New World Order*, 2004; *id.*; “Governing the Global Economy through Government Networks”, en: Byers, M.: *The Role of Law in International Politics. Essays in International Relations and International Law*, 2000; Stewart, B.: “Administrative Law in the Twenty-First Century”, *NYU Law Review*, 78/2003, pp. 437 y ss.; Tietje, C.:

“Global Governance and Inter-Agency Co-operation in International Economic Law”, *JWT*, 36/2002, pp. 501 y ss.; Voßkuhle, A., Möllers, C., Walter, C. (ed.): *Internationales Verwaltungsrecht*, 2007; Zaring, D.: “International Law by Other Means: The Twilight Existence of International Financial Regulatory Organizations”, *Texas International Law Journal*, 33/1998, pp. 281 y ss.; *id.*: “Informal Procedure, Hard and Soft, in International Administration”, *Chicago Journal of International Law*, 5/2005, pp. 547 y ss.

53 La cooperación internacional entre entidades administrativas juega un papel cada vez más relevante en el ámbito de la regulación y ejecución de normas administrativas en distintos sectores del Derecho económico. Esta cooperación desencadena, en cierta medida, una vida institucional propia de los órganos estatales involucrados, que hace que el Estado ya no sea la unidad monolítica de acción. La “desmembración” del Estado que ello conlleva concede un amplio margen de maniobra a la competencia de las autoridades. Por otro lado, esta cooperación no esta exenta de dificultades si se analiza bajo los parámetros de legitimación democrática y control político. De todas maneras, las autoridades nacionales, a través de la información mutua y la sintonización de sus modos de actuación, están contribuyendo a una armonización “blanda” de la práctica administrativa que va más allá de los estándares internacionales vinculantes.

54 En el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea se reúnen los Presidentes de los bancos centrales del G10, Luxemburgo y España así como –desde 2009– los de Arabia Saudí, Argentina, Australia, Brasil, la República Popular de China, Corea del Sur, Hong Kong, India, Indonesia, México, Singapur, Suráfrica, Rusia y Turquía. También participan los Presidentes de los respectivos órganos de supervisión bancaria. Este comité concluye por consenso estándares, por ejemplo, sobre el capital propio de bancos o la concesión de crédito.¹⁷⁹ Aunque estos estándares no son vinculantes de acuerdo con el Derecho internacional público, sí son de altísima relevancia práctica, como aportaciones a la legislación nacional (o a la de la Unión Europea).

El Consejo de Estabilidad Financiera (*Financial Stability Board, FSB*), cuyo objetivo es asegurar la estabilidad del sistema financiero, reúne a representantes de las autoridades pertinentes de los Estados miembros (como bancos centrales, ministerios de hacienda pública o finanzas, o también autoridades de supervisión financiera). Además participan en el FSB, el Banco Central Europeo, la Comisión Europea, el Banco de Pagos Internacionales (*Bank for International Settlements –BIS–*), el FMI, la OCDE y el Banco Mundial.

55 Las autoridades de supervisión de valores de más de 100 países cooperan en el seno de la Organización Internacional de Comisiones de Valores (*IOSCO – International Organization of Securities Commissions*). IOSCO ha sido incorporada de acuerdo con el Derecho del Estado de Quebec (Canadá) como una organización sin ánimo de lucro. Mediante

¹⁷⁹ V. *infra*, tema 14, nota al margen 4.

memorandos, el Comité Técnico de la IOSCO enuncia estándares para la supervisión de los oferentes de valores. Las autoridades nacionales de supervisión de seguros cooperan en el seno de la Asociación Internacional de Supervisión de Seguros (*IAIS - International Association of Insurance Supervisors*), que se ha constituido como una asociación de Derecho suizo y tiene sede en Basilea. Además, existen varios foros de cooperación entre las autoridades de regulación de telecomunicaciones y servicios postales.

La Red Internacional de Competencia (*ICN - International Competition Network*) brinda un foro para el intercambio de experiencias a más de 80 autoridades nacionales de competencia, y promueve así la convergencia de las prácticas de supervisión en los respectivos países. En cuanto a la cooperación en la aplicación del Derecho de competencia, un acuerdo bilateral entre la Unión Europea y los Estados Unidos ha creado una base novedosa en el Derecho internacional público para la cooperación entre autoridades *antitrust*.¹⁸⁰ 56

g) Organizaciones internacionales no gubernamentales

Bibliografía recomendada: Amerasinghe, C. F.: *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, 2.^a ed., 2008; Hofmann, R., Geissler, N. (ed.): *Non-State Actors as New Subjects of International Law*, 1999; Hummer, W.: “Internationale nicht-staatliche Organisationen im Zeitalter der Globalisierung”, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, t. 39; Klein, E.: “Die internationalen Organisationen als Völkerrechtssubjekte”, en Vitzthum, W. Graf (ed.): *Völkerrecht*, 4.^a ed., 2007, pp. 265 y ss.; Jordan, L., van Tuijl (ed.): *NGO Accountability: Politics, Principles and Innovations*, 2006; Schermers, H. -G., Blokker, N. M.: *International Institutional Law*, 4.^a ed., 2003; Sarooshi, D.: *International Organizations and their Exercise of Sovereign Powers*, 2007; Weiß, N.: *Kompetenzlehre internationaler Organisationen*, 2009.

Junto a las organizaciones internacionales de base convencional, existen abundantes organizaciones internacionales no gubernamentales - ONGs (*non-governmental international organizations*), sin las cuales la vida económica internacional sería ya inconcebible. La constitución de estas ONGs se rige por el Derecho de un determinado Estado (generalmente, el del Estado de su sede), del cual deriva su capacidad jurídica. Como ejemplo de tales pueden citarse la Cámara de Comercio Internacional de París (*CCI - International Chamber of Commerce*),¹⁸¹ la Asociación Internacional de Transporte Aéreo (*International Air Transport Association - IATA*),¹⁸² la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (*FIDIC - International Federation of Consulting Engineers*), así como las federaciones sindicales o patronales internacionales. Existen organizaciones que desempeñan un papel relevante en la protección del medio ambiente (por ejemplo,

¹⁸⁰ V. *infra*, tema 17.

¹⁸¹ Stödter, R.: “International Chamber of Commerce”, *EPIL*, 1995, t. II, pp. 1066 y ss.

¹⁸² Hailbronner, K.: “International Air Transport Association”, *EPIL*, 1995, t. II, pp. 1047 y ss.

Greenpeace) y los derechos humanos (como Amnistía Internacional), o en la lucha contra la corrupción (como *Transparency International*).

- 58 Desde hace mucho tiempo, las ONGs interconectadas a nivel internacional influyen en el comportamiento de actores estatales y privados, compitiendo de esta manera con órganos estatales (y, a través de ello, también con mecanismos de control fundamentados en la legitimidad parlamentaria).¹⁸³ Algunos ya consideran a las ONGs, con una dosis de exageración eufórica, como las fuerzas directrices de una emergente “sociedad civil internacional”.

Las ONGs pueden generar una considerable presión internacional. Recuérdese, por ejemplo, la lucha de Greenpeace contra el hundimiento en alta mar de la plataforma petrolífera Brent Spar, propiedad de la compañía multinacional Shell. Greenpeace basó su campaña en una evaluación empíricamente deficiente de los riesgos implicados y terminó causando un impacto ambiental aún mayor.¹⁸⁴ Semejantes campañas y la cruzada de algunas ONGs contra los alimentos genéticamente manipulados han suscitado fuertes críticas, culminando en la acusación de practicar un “imperialismo ecológico”.¹⁸⁵

- 59 Éxito reseñable de las ONGs es el desarrollo e implementación de estándares medioambientales, gracias, por ejemplo, a su participación, con estatus de observadoras, en conferencias gubernamentales, o a su intervención en litigios medioambientales.¹⁸⁶

La influencia de las ONG se muestra, por ejemplo, en la Convención de Aarhus sobre el acceso a información, la participación pública en procesos de decisión, y el acceso a tribunales en asuntos de medio ambiente (*UNECE - Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters*),¹⁸⁷ que en gran medida tuvo su origen en una iniciativa de organizaciones no gubernamentales. La Convención asegura a las ONGs que trabajan a favor de la protección del medio ambiente (art. 2. 6), un amplio acceso a informaciones sobre el medio ambiente (arts. 4 y ss.). Además, les otorga derechos de participación en la toma de decisiones con relevancia medioambiental (art. 6 y ss.), y les habilita a presentar recursos en determinados supuestos (arts. 9 y ss.).

¹⁸³ Al respecto Reinisch, “Governance through Accountability”, *GYIL* 44 (2001), pp. 270 y ss.; Risse-Kerpen, T. (ed.): *Bringing Transnational Relations Back In – Non-State Actors, Domestic Structures and International Institutions*, 1995; Thomas, D. C.: “International NGOs, State Sovereignty and Democratic Values”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 2 (2001), pp. 389 y ss.

¹⁸⁴ Prins, G., Sellwood, E.: “Global Security Problems and the Challenge to Democratic Process”, en: Archibugi, D., Held, D., Köhler, M. (eds.): *Re-imagining Political Community*, 1998, pp. 252 y ss., esp. p. 257.

¹⁸⁵ Driessen, P.: *Eco-Imperialism*, 2003, pp. 19 y ss.

¹⁸⁶ Beyerlin, U.: “The Role of NGOs in International Environmental Litigation”, *ZaöRV* 61 (2001), pp. 357 y ss.; Riedinger, S.: *Die Rolle nichtstaatlicher Organisationen bei der Entwicklung und Durchsetzung internationalen Umweltrechts*, 2001, pp. 131 y ss.

¹⁸⁷ BOE n. 40 de 16 de febrero de 2005, pp. 5535 y ss.

También se tienen cada vez más en cuenta las opiniones de las ONGs ante tribunales internacionales, o instancias extrajudiciales como el órgano de solución de diferencias de la OMC.¹⁸⁸ 60

h) Empresas privadas y códigos de conducta para empresas transnacionales

Bibliografía recomendada: Brewer, T. L., Young, S.: *The Multilateral Investment System and Multinational Enterprises*, 1998; Muchlinski, P. T.: *Multinational Enterprises and the Law*, 2.^a ed., 2007; Ramsey, M.: “International Law Limits on Investor Liability in Human Rights Litigation”, *Harvard International Law Journal* 80 (2009), pp. 271 y ss.; Simmonds, K. R.: *Legal Problems of Multinational Corporations*, 1977; Steeg, H.: “Internationale Verhaltensregeln für internationale Investitionen und multinationale Unternehmen”, *ZGR* 1985, pp. 1 y ss.; Wallace, C. C.: *Legal Control of the Multinational Enterprise*, 1982; Wildhaber, L., Großfeld, B., Sandrock, O., Birk, R.: “Internationalrechtliche Probleme multinationaler Korporationen”, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, t. 18, 1978.

Las empresas privadas son las principales promotoras del tráfico internacional de bienes, servicios y pagos. La concesión de créditos por parte de bancos privados juega un papel decisivo para la liquidez de los países más débiles financieramente. Normalmente, las empresas privadas están sujetas al control público, a través del poder normativo estatal en su Estado de origen, o en el Estado extranjero en el que desarrollan sus actividades. Frente a intervenciones de Estados extranjeros (por ejemplo, la expropiación de bienes de una empresa), las empresas privadas dependen de la protección diplomática de su Estado de origen. En estos casos, su nacionalidad se determina atendiendo bien al lugar de su sede, bien al lugar de constitución. 61

En el caso *Barcelona Traction*, la Corte Internacional de Justicia (en adelante, CIJ) se ocupó, como consecuencia de una demanda de Bélgica contra España, de medidas concursales adoptadas en España contra una sociedad anónima que desarrollaba sus actividades en España. La sociedad se había creado conforme al Derecho canadiense y la mayoría de las acciones pertenecía a nacionales belgas. La CIJ negó a Bélgica el derecho a la protección diplomática a favor de los accionistas belgas: teniendo en cuenta la independencia jurídica de la sociedad, el mero control por parte de accionistas belgas (si no concurren otras circunstancias especiales, como la incapacidad para actuar de la sociedad) no puede fundamentar la protección jurídico-internacional por parte de su Estado de origen.¹⁸⁹

¹⁸⁸ Shelton, D.: “The Participation of Non-Governmental Organizations in International Judicial Proceedings”, *AJIL*, 88/1994, pp. 611 y ss.; Trachtman, J. P., Moremen, P. M.: “Cost and Benefits of Private Participation in WTO Dispute Settlement: Whose Right is it Anyway?”, *Harvard International Law Journal* 44 (2003), pp. 221 y ss.

¹⁸⁹ V. Sent. CIJ, de 5 de febrero de 1970, *Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, limited (Belgium v. Spain)*, ICJ Reports, 1970, pp. 3 y ss.

- 62 Sólo en casos especiales, a pesar de la independencia jurídica de una empresa, se tiene en cuenta, en materia de protección diplomática, la nacionalidad de los socios que controlan la empresa. En el caso de medidas contra una sociedad, es admisible la protección diplomática llevada a cabo por el Estado de origen de los accionistas mayoritarios, si un convenio internacional para la protección de los nacionales de los Estados miembros también abarca los derechos de participación en sociedades.¹⁹⁰
- 63 Para las denominadas empresas transnacionales (o “multinacionales”) se ha apuntado la necesidad de una valoración especial. Se trata de empresas que, con la sede de su administración, sucursales, filiales u otras formas de participación en unidades empresariales independientes, están operativamente presentes en dos o más Estados y que se caracterizan por tener un importante peso económico (dada su cifra de negocios o el número de trabajadores). De los cien agentes económicos con mayor capital del mundo, casi la mitad son empresas transnacionales. Estas empresas, gracias a la interconexión de sus estructuras decisorias y empresariales, pueden eludir mucho más fácilmente que otros sujetos económicos privados el control del Derecho nacional. Esta flexibilidad, por ejemplo, se aprecia en los traslados de la producción, o en la transferencia de beneficios, dentro de grupos de empresas.
- 64 La internacionalización de las estructuras empresariales se corresponde con la división internacional del trabajo y la especialización. Su finalidad es una optimización de las funciones empresariales transfronterizas en el intercambio de bienes e información, y también en la transferencia de capitales. La competencia global hace necesaria una presencia en diversos mercados nacionales, que va más allá de sencillas formas del comercio exterior o de las concesiones.
- 65 La actividad de las empresas transnacionales suscita, sobre todo desde la perspectiva de los países en vías de desarrollo, una valoración ambivalente. Con frecuencia, frente a este tipo de empresas, los intereses normativos nacionales legítimos sólo se ejecutan de forma insuficiente, debido a la limitación territorial. Algunas empresas transnacionales cuentan, frente a concretos países en vías de desarrollo, con supremacía política y económica en las negociaciones contractuales, o en la persecución de sus propios intereses. Junto a ello, existe la preocupación de que se una la fuerza económica con la influencia en la política interna del Estado receptor. La catástrofe en la fábrica química de Bhopal (India) ha puesto de relieve con toda nitidez la problemática de la responsabilidad de las empresas transnacionales en materia de estándares de seguridad en los países en vías de desarrollo y de responsabilidad respecto a los accidentes laborales.¹⁹¹ También en los países indus-

¹⁹⁰ V. Sent. CIJ, de 20 de julio de 1989, Case Concerning Elettronica Sicula S p A (United States v. Italy), ICJ Reports, 1989, pp. 15 y ss.

¹⁹¹ Respecto a la catástrofe de Bhopal, v. varios artículos en el Texas International Law Journal, 20/1985, pp. 269 y ss.

trializados, el comportamiento de las empresas transnacionales ha sido con frecuencia objeto de vivas disputas. Piénsese, por ejemplo, en la negativa de una sociedad matriz a hacerse responsable de las obligaciones de una sociedad filial insolvente, lo que hubiese permitido asegurar un plan de reestructuración en beneficio de los trabajadores (Caso Bagder),¹⁹² o en la falta de disposición de la dirección de la empresa para negociar con los representantes de los trabajadores de una filial extranjera que va a cerrarse.

Pero, por otro lado, las inversiones de las empresas transnacionales suponen una contribución esencial para el desarrollo industrial y tecnológico de los países más pobres, y que poseen una infraestructura más débil. La presencia de empresas de este tipo constituye un factor fundamental para la activación del mercado laboral y la mejora de la balanza de pagos. 66

Mientras que, desde el punto de vista del país en vías de desarrollo que actúa como “Estado anfitrión” de la empresa extranjera, tiene un especial interés la “domesticación” del poder empresarial, para las empresas originarias de Estados industrializados se trata de proteger sus inversiones y de garantizar la seguridad jurídica. Desde la perspectiva de casi todos los países industrializados, las expropiaciones sólo se deben admitir si la indemnización es completa (respecto del valor de mercado). Muchos países en vías de desarrollo quieren, en cambio, dejar en gran parte a la apreciación del Derecho nacional los presupuestos para la expropiación. En contratos entre una empresa y un Estado extranjero que se rijan por el Derecho nacional de ese Estado, se plantea la cuestión de si existe una autovinculación efectiva del Estado, como “dueño y señor” de su propio Derecho nacional, ya que puede modificarlo en cualquier momento. A veces, las empresas transnacionales con una posición negociadora fuerte consiguen “internacionalizar” los derechos que se les han reconocido en contratos con un Estado extranjero, esto es, en virtud de un acuerdo contractual especial, se sustraen de la intervención del Derecho nacional de la otra parte. Según una opinión en auge, los acuerdos de este tipo son posibles y conceden a las empresas una subjetividad internacional limitada.¹⁹³ 67

Uno de los puntos nucleares de la discusión en torno a un nuevo “orden económico mundial”,¹⁹⁴ es la contradicción de intereses entre los países en vías de desarrollo y los países industrializados, en la tensión entre protección y control. Por parte de los países en vía de desarrollo, su posición respecto de las empresas transnacionales se ha modificado con el paso del tiempo. La desconfianza predominante en la década de los setenta en los países en vías de desarrollo frente a empresas occidentales se ha visto desplazada, sobre todo como consecuencia de la crisis del endeudamiento, por la competencia para 68

¹⁹² Horn, N.: “Die Entwicklung des internationalen Wirtschaftsrechts durch Verhaltensrichtlinien”, *RabelsZ*, 44/1980, pp. 423 y ss., esp. p. 436.

¹⁹³ V. *infra*, tema 22.

¹⁹⁴ V. *infra*, tema 4, nota al margen 3.

lograr inversiones de los países industriales. La nueva actitud respecto de inversiones extranjeras directas se refleja, por ejemplo, en la sustitución de la restrictiva Decisión núm. 24 de la Comisión del Pacto Andino (1970¹⁹⁵) por la Decisión núm. 220 (1987¹⁹⁶), y, recientemente, por la aún más liberal Resolución núm. 291 (1991¹⁹⁷) que, al renunciar a restricciones esenciales, demuestra su apertura a este tipo de inversiones.¹⁹⁸

- 69 A falta de mecanismos interestatales de vigilancia sobre las empresas transnacionales, diversas organizaciones internacionales han reaccionado confeccionando códigos de conducta (*codes of conduct*), que se esfuerzan por lograr un adecuado equilibrio de intereses.¹⁹⁹ Reglas de conducta de este tipo, con carácter de recomendación, han dictado, por ejemplo, la Cámara de Comercio Internacional, la Organización Internacional del Trabajo,²⁰⁰ y los países miembros de la OCDE (*OECD Guidelines for Multinational Enterprises*).²⁰¹

Las *OECD Guidelines* contienen una enumeración de los deberes de conducta generales de las empresas transnacionales (inciso II):

1. *Contribute to economic, social and environmental progress with a view to achieving sustainable development.*
2. *Respect the human rights of those affected by their activities consistent with the host government's international obligations and commitments.*
3. *Encourage local capacity building through close co-operation with the local community, including business interests, as well as developing the enterprise's activities in domestic and foreign markets, consistent with the need for sound commercial practice.*
4. *Encourage human capital formation, in particular by creating employment opportunities and facilitating training opportunities for employees.*

¹⁹⁵ Publicado con modificaciones posteriores en ILM, 16/1977, pp.138 y ss. Al respecto, v. Lahera, E.: *Quince años de la Decisión 24: Evaluación y Perspectivas*, 1986, Oliver, C. T.: "The Andean Foreign Investment Code", ÁGIL, 66/1972, pp. 763 y ss. y SÁCHICA, L. C., *Introducción al derecho comunitario andino*, Quito 1985.

¹⁹⁶ ILM, 1988, vol. 27, pp. 974 y ss.

¹⁹⁷ ILM, 1991, vol. 30, pp.1283 y ss., esp. p. 1288.

¹⁹⁸ V. también la decisión de la Comisión de la Comunidad Andina sobre reglas de conducta para empresas multinacionales, ILM, 30/1991, pp. 1295 y ss.

¹⁹⁹ Blanpain, R.: *The OECD Guidelines for Multinational Enterprises and Labour Relations 1979-1982*, 1983; Bryde, B-O.: *Internationale Verhaltensregeln für Private*, 1981, Ebenroth, C.T.: *Code of Conduct-Ansätze zur vertraglichen Gestaltung internationaler Investitionen*, 1987; Hailbronner, K.: "Völkerrechtliche und staatsrechtliche Überlegungen zu Verhaltenskodizes für transnationale Unternehmen, en Münch, I v. (ed.): *Festschrift für Hans-Jürgen Schlochauer zum 75. Geburtstag*, 1981, pp. 329 y ss.; Horn, N. (ed.): *Legal Problems of Codes of Conduct for Multinational Enterprises*, 1980; Petersmann, E. U.: "Codes of Conduct", EPIL, t. I, 1992, pp. 627 y ss.; Schetting, G.: "UNO-Verhaltenskodex für transnationale Unternehmen", RIW, 1983, pp. 287 y ss.; Steeg, H.: "Internationale Verhaltensregeln für internationale Investitionen und multinationale Unternehmen", ZGR, 1985, pp. 1 y ss.; Weimar, R.: "Die wettbewerbsrechtliche Bedeutung internationaler Verhaltensregeln in Weltwirtschaftsrecht", RIW, 1993, pp. 85 y ss.

²⁰⁰ *Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy*, ILM, 17/1978, pp. 422 y ss.

²⁰¹ ILM, 40/2000, pp. 237 y ss.

5. *Refrain from seeking or accepting exemptions not contemplated in the statutory or regulatory framework related to environmental, health, safety, labour, taxation, financial incentives, or other issues.*
6. *Support and uphold good corporate governance principles and develop and apply good corporate governance practices.*
7. *Develop and apply effective self-regulatory practices and management systems that foster a relationship of confidence and mutual trust between enterprises and the societies in which they operate.*
8. *Promote employee awareness of, and compliance with, company policies through appropriate dissemination of these policies, including through training programmes.*
9. *Refrain from discriminatory or disciplinary action against employees who make bona fide reports to management or, as appropriate, to the competent public authorities, on practices that contravene the law, the Guidelines or the enterprise's policies.*
10. *Encourage, where practicable, business partners, including suppliers and subcontractors, to apply principles of corporate conduct compatible with the Guidelines.*
11. *Abstain from any improper involvement in local political activities.*

En el capítulo VI, la OCDE formula también estándares de comportamiento para la lucha contra la corrupción. Los Estados miembros de la OCDE han establecido puntos de contacto nacionales (*National Contact Points*), a los que se les ha asignado la tarea de supervisar el cumplimiento con las reglas de conducta de la OCDE. Los entes nacionales de supervisión no disponen de poder para tomar decisiones vinculantes.²⁰²

En el asunto *Global Witness v. Afrimex Ltd.*, el *National Contact Point* del Reino Unido constató que una empresa británica había realizado pagos a grupos rebeldes y había recido materias primas de minas en las que se permitía el trabajo infantil y los trabajos forzados. Con esta actividad, la empresa había violado las reglas de conducta de la OCDE. Refiriéndose a la cadena de suministro, la decisión resalta el deber de diligencia (*due diligence*) de las empresas respecto de las consecuencias de su actividad comercial.

La iniciativa para la transparencia en las industrias de extracción (*EITI - Extractive Industries' Transparency Initiative*) ha formulado principios para la extracción de recursos naturales.²⁰³

En el marco de Naciones Unidas, son destacables los esfuerzos de un grupo de trabajo 70 constituido por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, para elaborar reglas de conducta para empresas transnacionales.²⁰⁴ El Código de conducta de Naciones Unidas contiene parámetros para el comportamiento de las empresas transnacionales y para su tratamiento por parte del Estado receptor. Estos parámetros, como directrices

²⁰² *Final Statement by the UK National Contact Point for the OECD Guidelines for Multinational Enterprises: Afrimex (UK) Ltd.* (2008), <http://www.oecd.org.dataoecd/40/29/43750590.pdf>

²⁰³ *EITI Principles and Criteria*: www.eitransparency.org/eiti/principles

²⁰⁴ Respecto a estos proyectos, v. ILM, 1984, vol. 23, pp. 626 y ss. e ICSID Review, 4/1989, pp. 135 y ss.

para la política de la empresa, sirven para configurar las relaciones contractuales y para el ejercicio del poder normativo por parte del Estado receptor, persiguiendo un sistema equilibrado de derechos y deberes. El Código de conducta de Naciones Unidas ha de adoptar la forma de una resolución no vinculante. Su contribución como *soft law* a la concreción del Derecho consuetudinario vigente, a la interpretación de los contratos y al desarrollo de los principios generales del Derecho, dependerá del grado de aceptación que encuentre una resolución de este tipo, no sólo entre los numerosos países en vías de desarrollo, sino también entre los países industriales.

Según los proyectos existentes, este Código de conducta de Naciones Unidas, junto con el preámbulo y los preceptos generales sobre el ámbito de aplicación (incluyendo algunas definiciones), presentará tres partes operativas: reglas sobre los deberes de conducta de las empresas transnacionales (*Activities*), preceptos sobre su tratamiento por parte del respectivo Estado receptor (*Treatment*) y, finalmente, disposiciones sobre la cooperación interestatal para la realización de los objetivos del código. En un lugar muy destacado dentro de los deberes de conducta de la empresa, se encuentran los esfuerzos por integrarse en el sistema de prioridades económicas y sociales del Estado receptor. A este respecto, se pretende que las unidades empresariales establecidas en el Estado receptor gocen de una autonomía de decisión reforzada, que se tenga especialmente en cuenta a los nacionales de este Estado en materia de empleo y de gestión, así como que los precios internos de transferencia se ajusten a las relaciones de libre mercado (*arm's length principle*). Respecto a la prohibición de medidas que limiten la competencia, el proyecto de Código remite al *Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices*, que fue elaborado por la UNCTAD y adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante la Resolución de 5 de diciembre de 1980.²⁰⁵ Este documento trata especialmente de la observancia de los deberes de cooperación y la prohibición de acuerdos sobre precios y cuotas, de comportamientos discriminatorios y de prácticas de *dumping*. Además, el Código de Naciones Unidas establece que las empresas transnacionales deben contribuir a la transferencia de tecnología.²⁰⁶ En esta materia, se discute, por ejemplo, la inclusión de la transferencia de tecnología dentro de un grupo empresarial. Otras disposiciones de este proyecto se ocupan de la protección del medio ambiente y del consumidor, así como de amplios deberes de información. En cuanto a los preceptos de la parte de *Treatment*, hay una controversia en torno a cómo formular que la sumisión de la empresa nacional al Derecho interno del Estado receptor prevista debe ser limitada mediante la referencia a estándares del Derecho convencional y consuetudinario internacional. También son objeto de un vivo debate los requisitos de la expropiación, especialmente en cuanto a la indemnización preceptiva.

²⁰⁵ ILM, 19/1980, pp. 813 y ss.

²⁰⁶ En esta materia, el Código de las Naciones Unidas se refiere al Código de conducta en materia de Transferencia de Tecnología elaborado por UNCTAD, v. *infra*.

La antigua subcomisión para la promoción y la protección de los Derechos humanos (un sub-órgano del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas) presentó en el año 2003 un proyecto para elaborar *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*.²⁰⁷ Estas “normas” abarcan, entre otras cosas, el respeto del derecho a la igualdad de oportunidades, a un trato no discriminatorio en cuanto a raza, color de piel, género, religión, discapacidad, el derecho a la seguridad física y los derechos de los trabajadores. También incluyen el respeto a la soberanía nacional y a los derechos humanos, así como compromisos con la protección del consumidor y del medio ambiente. Con la pretendida vinculación de empresas privadas al respeto de los derechos humanos, el proyecto articuló unas aspiraciones políticas que (todavía) no cuentan con suficiente apoyo en el Derecho consuetudinario y en la práctica convencional. Este proyecto no fue aprobado por las Naciones Unidas. El enviado especial para los derechos humanos y las empresas multinacionales, designado por el Secretario General de las Naciones Unidas, ha elaborado varios informes sobre el tema.²⁰⁸

En el año 2011 el enviado especial *John Ruggie* presentó su informe definitivo (*“Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework”*²⁰⁹).

Los principios clave de los *Guiding Principles on Business and Human Rights* son los siguientes:

I. The State duty to protect human rights

A. Foundational principles

1. States must protect against human rights abuse within their territory and/or jurisdiction by third parties, including business enterprises. This requires taking appropriate steps to prevent, investigate, punish and redress such abuse through effective policies, legislation, regulations and adjudication.

2. States should set out clearly the expectation that all business enterprises domiciled in their territory and/or jurisdiction respect human rights throughout their operations.

B. Operational principles

General State regulatory and policy functions

3. In meeting their duty to protect, States should:

²⁰⁷ U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2(2003); al respecto Weissbrodt, D., Kruger, M.: “Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights”, *AJIL* 97 (2003), pp. 901 y ss.

²⁰⁸ V., por ejemplo, Ruggie, J.: “Business and Human Rights: Further steps toward the operationalization of the ‘protect, respect and remedy’ framework. Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational cooperations and other business enterprises”. UN Document A/HRC/14/27, 2010.

²⁰⁹ V. Ruggie, J.: “Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework”, U.N. Doc A/HRC/17/31, Distr. 03/31/2011.

(a) Enforce laws that are aimed at, or have the effect of, requiring business enterprises to respect human rights, and periodically to assess the adequacy of such laws and address any gaps;

(b) Ensure that other laws and policies governing the creation and ongoing operation of business enterprises, such as corporate law, do not constrain but enable business respect for human rights;

(c) Provide effective guidance to business enterprises on how to respect human rights throughout their operations;

(d) Encourage, and where appropriate require, business enterprises to communicate how they address their human rights impacts.

[...]

II. The corporate responsibility to respect human rights

A. Foundational principles

11. Business enterprises should respect human rights. This means that they should avoid infringing on the human rights of others and should address adverse human rights impacts with which they are involved.

12. The responsibility of business enterprises to respect human rights refers to internationally recognized human rights – understood, at a minimum, as those expressed in the International Bill of Human Rights and the principles concerning fundamental rights set out in the International Labour Organization’s Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work.

[...]

Human rights due diligence

17. In order to identify, prevent, mitigate and account for how they address their adverse human rights impacts, business enterprises should carry out human rights due diligence. The process should include assessing actual and potential human rights impacts, integrating and acting upon the findings, tracking responses, and communicating how impacts are addressed. Human rights due diligence:

(a) Should cover adverse human rights impacts that the business enterprise may cause or contribute to through its own activities, or which may be directly linked to its operations, products or services by its business relationships;

(b) Will vary in complexity with the size of the business enterprise, the risk of severe human rights impacts, and the nature and context of its operations;

(c) Should be ongoing, recognizing that the human rights risks may change over time as the business enterprise’s operations and operating context evolve.

[...]

Remediation

22. Where business enterprises identify that they have caused or contributed to adverse impacts, they should provide for or cooperate in their remediation through legitimate processes.

Los *Guiding Principles on Business and Human Rights* fueron “recomendados” (*endorsed*) por el *Human Rights Council* en su Resolución 17/4.²¹⁰

En 1977, la Organización Internacional del Trabajo (OIT - *International Labour Organization*) presentó la denominada *Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy*. Este documento se refiere fundamentalmente a la protección de los derechos individuales y colectivos de los empleados, tal y como resultan de los acuerdos y recomendaciones de la OIT. 72

Por iniciativa de su Secretario General, Naciones Unidas ha elaborado el denominado *Global Compact*, un documento invitando a las empresas multinacionales a comprometerse, de forma voluntaria, con ciertos estándares de protección de los derechos humanos, del medio ambiente y de los derechos sociales.²¹¹ El objetivo de esta iniciativa es el establecimiento de una red conformada por entidades de las Naciones Unidas y empresas. Esta red se pondría al servicio de ciertos objetivos que se encuentran recogidos, en particular, en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración de la OIT sobre principios y derechos básicos en el trabajo, la Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo, y, finalmente, el Acuerdo de las Naciones Unidas sobre la lucha contra la corrupción.²¹² Sobresale en este proceso un conjunto de diez principios que deberían guiar a las empresas en su actividad comercial mundial. Esencialmente, se trata de: 73

- la protección de los derechos humanos (apoyo a, y respeto de, los derechos humanos internacionalmente reconocidos, evitando cualquier involucramiento de empresas en violaciones de derechos humanos)
- el cumplimiento con ciertos estándares laborales (respeto de la libertad de asociación y de la negociación colectiva de salarios, eliminación de toda forma de trabajo forzado, abolición del trabajo infantil, no discriminación en el ámbito laboral y profesional)
- la protección del medio ambiente (prevención de daños ambientales, desarrollo de iniciativas que potencien una mayor responsabilidad ambiental, apoyo al desarrollo y uso de tecnologías con menor impacto ecológico), y
- la lucha contra la corrupción (incluyendo todas las formas de corrupción, como la extorsión y el soborno).

²¹⁰ U.N. Doc. A/HRC/RES/17/4 Resolución adoptada por el *Human Rights Council* y titulada *Human rights and transnational corporations and other business enterprises*.

²¹¹ V., por ejemplo, Blüthner, A.: “Ein Globalisierungspakt über Werte und Effizienz”, en: Hobe, Stefan (ed.): *Kooperation oder Konkurrenz internationaler Organisationen*, 2001, pp. 72 y ss. V. también www.unglobalcompact.org.

²¹² V. *infra*, tema 7, nota al margen 1.

74 Debido a su carácter privado, las empresas transnacionales no están vinculadas de forma inmediata por los estándares del Derecho consuetudinario internacional en materia de derechos humanos.²¹³ Tampoco los códigos de conducta elaborados por organizaciones internacionales son suficientes para crear semejante vínculo, ya que no alcanzan a hacer de las empresas multinacionales sujetos del Derecho internacional público. Sin embargo, hay un núcleo de deberes básicos, en el ámbito de los derechos humanos, que también vincula a las personas individuales y cuya violación es sancionable por parte del Derecho internacional público (piénsese, por ejemplo, en la prohibición del genocidio y en deberes elementales de comportamiento en conflictos armados). Los tratados universales y regionales de derechos humanos vinculan a los Estados miembros. Con respecto a violaciones por parte de personas privadas, derivan de estos tratados, a lo sumo, unos deberes de protección imputables a los Estados miembros. La propuesta de extender la competencia de la Corte Internacional Penal a los crímenes perpetrados por personas jurídicas no se llegó a imponer. Sin embargo, existen tendencias –sobre todo en Estados Unidos– a someter el comportamiento de empresas privadas fuera de su Estado de origen a la jurisdicción de los tribunales estadounidenses y de aplicar parámetros de derechos humanos en estos litigios.²¹⁴ En el seno de Naciones Unidas se hicieron esfuerzos para formular obligaciones más amplias para las empresas multinacionales, respecto de la protección de derechos humanos.²¹⁵

La práctica reciente de las empresas multinacionales muestra una sensibilidad considerable a favor de observar estándares de comportamiento internacionalmente reconocidos, especialmente respecto de los derechos humanos y la protección del medio ambiente. Puede servir como ejemplo la declaración conjunta emitida por los Estados y el consorcio empresarial encargado de la construcción de un oleoducto, desde Bakú (Azerbaiyán) hasta Ceyhan (Turquía).²¹⁶ Mediante una declaración especial, el consorcio se comprometió a no hacer valer posiciones jurídicas que fuesen incompatibles con

²¹³ Al respecto v. Knox, J. H.: “Horizontal Human Rights Law”, *AJIL* 102 (2008), pp. 1 y ss.; Schmalenbach, K.: “Multinationale Unternehmen und Menschenrechte”, *AVR* 39 (2001), pp. 57 y ss.; Ruggie, J. G.: “Business and Human Rights: The Evolving International Agenda”, *AJIL* 101 (2007), pp. 819 y ss.; Teubner, G.: “Die anonyme Matrix. Zu Menschenrechtsverletzungen durch ‘private’ transnationale Akteure”, *Der Staat*, 2006, pp. 171 y ss.

²¹⁴ V. *infra*, tema 9, nota al margen 3 d., y también Ward, H.: “Securing Transnational Corporate Accountability thorough National Courts”, *Hastings International & Comparative Law Review* 24 (2001), pp. 451 y ss.; Weschke, M.: “Human Rights and Multinational Enterprises: How Can Multinational Enterprises Be Held Responsible for Human Rights Violations Committed Abroad?”, *ZaöRV* 65(2006), pp. 625 y ss.

²¹⁵ *Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights*, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2(2003), al respecto Weissbrodt, D., Kruger, M.: “Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights”, *AJIL* 97 (2003), pp. 901 y ss.

²¹⁶ *Joint Statement on the Baku-Tbilisi-Ceyhan Pipeline Project* (16.05.2003), <http://subsites.bp.com/caspian/Joint%20Statement.pdf>, al respecto Dolzer, R.: “Menschenrechte im internationalen Wirtschaftsrecht”, en: Herdegen, M., Klein, H., Papier, H. -J., Scholz, R. (eds.): *Festschrift für Roman Herzog*, 2009, pp. 55 y ss.

estándares de derechos humanos o de Derecho medioambiental, en el sentido definido por la declaración conjunta.²¹⁷

Con motivo de la presunta participación en el asesinato y maltrato de activistas de derechos humanos por parte del antiguo gobierno militar de Nigeria, familiares de las víctimas presentaron una demanda contra la empresa multinacional Shell.²¹⁸ Durante mucho tiempo, una sucursal de la sociedad petrolera holandesa Shell Petroleum había extraído petróleo en la región nigeriana de Ogoni. Esta actividad y la contaminación medioambiental generada causaron intensas revueltas entre la población, que fueron brutalmente reprimidas por las fuerzas nigerianas de seguridad. En el proceso, éstas cometieron graves violaciones de los derechos humanos.²¹⁹ El grupo Shell negó cualquier responsabilidad en el asunto, pero se comprometió, en un acuerdo transaccional celebrado en 2009, a pagar varios millones de dólares.²²⁰ Algunos ven en este acuerdo un precedente importante respecto de la responsabilidad de empresas multinacionales por violaciones de los derechos humanos.

Las directrices para realizar inversiones éticas, como las que rigen algunos fondos de inversiones estatales, son un nuevo instrumento de influencia indirecta sobre el comportamiento de las empresas, en relación con los derechos humanos y otros tópicos de interés internacional. 75

Según normativa del gobierno de Noruega, los fondos de pensiones estatales de este país no pueden realizar inversiones en empresas cuando exista un “riesgo inaceptable” de que tales empresas estén implicadas en violaciones de derechos humanos, graves contaminaciones del medio ambiente, corrupción masiva u otras violaciones graves de normas éticas fundamentales.²²¹

3. La discusión sobre un nuevo orden económico internacional

Bibliografía recomendada: Caldera, R.: “The Juridical Basis of a New International Order”, RdC, t. 196, 1986 I; Carreau, D.: “Le nouvel ordre économique international”, Clunet, 104/1977, pp. 595 y ss.; Castañeda, J.: “La Charte des droits et devoirs écono-

²¹⁷ *BTC Human Rights Undertaking* del 22 de septiembre de 2003, <http://subsites.bp.com/caspian/Human%20Rights%20Undertaking.pdf>.

²¹⁸ V. la sent. de la United States District Court, Southern District of New York, <http://ccrjustice.org/files/04.23.09%20Judge%20Wood%20Order%20regarding%20SMJ.pdf>, así como la sentencia de la *United States Court of Appeals for the Second Circuit*, http://www.ca2.uscourts.gov/decisions/isysquery/7c4b93ca-ae06-46b5-9ba0-65836ffc1787/1/doc/08-1803-cv_so.pdf#xml=http://www.ca2.uscourts.gov/decisions/isysquery/7c4b93ca-ae06-46b5-9ba0-65836ffc1787/1/hilite/

²¹⁹ V. *infra*, tema 6, nota al margen 3.

²²⁰ www.wlwavshell.org/documents/Wiwa_v_Shell_SETTLEMENT_AGREEMENT.Signed.pdf

²²¹ *Guidelines for observation and exclusion from the Government Pension Fund Global's Investment Universe*, art. 2. [Http://www.regjeringen.no/en/dep/fin/Selected-topics/the-government-pension-fund/responsible-investments/Guidelines-for-observation-and-exclusion-from-the-Government-Pension-Fund-Globals-investment-universe.html?pid=594254](http://www.regjeringen.no/en/dep/fin/Selected-topics/the-government-pension-fund/responsible-investments/Guidelines-for-observation-and-exclusion-from-the-Government-Pension-Fund-Globals-investment-universe.html?pid=594254)

miques des États”, AFDI, 20/1974, pp. 31 y ss.; Dicke, D. Ch. (ed.): *Foreign Debts in the Present and a New International Economic Order*, 1986; Ferrer, R. R. (ed.): *Exégese de la Carta de derechos y deberes económicos de los Estados*, 1976; Makarczyk, J.: *Principles of a New Interantional Economic Order*, 1988; Oppermann, T.: “Neue Weltwirtschaftsordnung’ und internationale Wirtschaftsrecht”, en: *Festschrift für Karl Carstens zum 70. Geburtstag*, t. I, 1984, pp. 449 y ss.; Oppermann, T., Petersmann, E. U.: *Reforming the International Economic Order*, 1987; Petersmann, E. -U, “Charter of Economic Rights and Duties of States”, EPIL, t. I, 1992, pp. 561 y ss.; Tomuschat, Ch.: “Die Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten”, *ZaöRV*, 36/1976, pp. 444 y ss.; Virally, M.: “La Charte des droits et devoirs économiques des États”, AFDI, 20/1974, pp. 57 y ss.; Wälde, T. W.: “A Requiem for the New International Economic Order”, en AA. VV.: *Liber Amicorum Professor Seidl-Hohenveldern*, 1998, pp. 771 y ss.

- 76 El abismo existente entre el nivel de bienestar de los países industrializados y los países en vías de desarrollo, y el esfuerzo de estos últimos por aumentar su peso en las relaciones económicas internacionales, han desencadenado un llamamiento a favor de un “nuevo orden económico mundial” (*new economic order*). En conexión con este concepto, existe todo un conjunto de reivindicaciones políticas y económicas. La expresión más duradera de estas demandas de los países en vías de desarrollo se ha recogido en la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados de 1974, que se adoptó como Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas por una gran mayoría de los Estados miembros, pero con el rechazo o la abstención de los países industriales más importantes.²²² La Carta acentúa especialmente la soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales y su poder normativo respecto de los sucesos económicos que ocurran en su territorio, particularmente en torno a inversiones extranjeras de empresas transnacionales. Los Estados pueden nacionalizar bienes extranjeros si otorgan una indemnización apropiada [*appropriate compensation*, art. 2.2.c)]. En particular, la Carta se declara a favor de la solidaridad de la comunidad de Estados, sobre todo respecto de los países económicamente más débiles, y del fomento de su desarrollo. En este contexto, la Carta destaca, por ejemplo, su deseo de promover una transferencia tecnológica internacional (art. 13.2), la garantía de precios estables y adecuados de las materias primas (arts. 5 y 14), y el trato preferente a los países en vías de desarrollo por parte de los Estados industrializados, sobre todo a través del otorgamiento de preferencias arancelarias unilaterales (art. 18). Tras la petición de una preferencia, se halla la consideración de que un trato formalmente igual a los miembros individuales de la comunidad de Estados haría que persistiese el trato discriminatorio a los países en vías de desarrollo. Un trato preferente en las relaciones económicas internacionales se pone a menudo en relación con el proceso de descolonización.

²²² GA Res. 3281 (XXIX), UNYB, 1974, pp. 402 y ss.

Al igual que sucede con resoluciones similares para reestructurar las relaciones económicas internacionales, la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados no tiene carácter vinculante. Su importancia para la conformación de opinión en la comunidad de Estados se va a reducir categóricamente a causa del comportamiento en cuanto al voto de los países industrializados. La Declaración de Seúl de 1986, de la *International Law Association*, sobre el desarrollo progresivo de principios del Derecho internacional público referidos a un nuevo orden económico mundial (*Declaration on the Progressive Development of Principles of Public International Law Relating to a New International Economic Order*), puede reclamar para sí un grado de consenso mayor.²²³ En su esfuerzo por lograr un equilibrio adecuado entre los intereses de los Estados industrializados y los países en vías de desarrollo, esta resolución se rige, en mayor medida que la Carta de Naciones Unidas de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados, por estándares de Derecho internacional público consuetudinarios reconocidos hasta el momento, por ejemplo, en cuanto al trato a los inversores extranjeros y a los mecanismos de protección jurídica convencionalmente pactados. 77

El reconocimiento de un derecho al desarrollo (*right to development*) se encuentra estrechamente vinculado a esta llamada a un nuevo orden económico mundial, que se deduce especialmente del derecho de autodeterminación de los pueblos y, en muchas ocasiones, se utiliza para fundamentar un deber de apoyo por parte de los países económicamente ricos.²²⁴ Sin embargo, los contornos de un derecho de este tipo son aún muy inciertos. 78

Algo más concreta que el vago derecho al desarrollo es la demanda de los países en vías de desarrollo respecto de una transferencia de tecnología, en el sentido de una participación en el *know-how* económico y técnico, y en la adquisición misma de los procesos técnicos de producción.²²⁵ El acceso de los países en vías de desarrollo a las nuevas tecnologías debe llevarse a cabo por parte de los mismos países industrializados, a través de organizaciones internacionales y por parte de empresas transnacionales. En el marco de las Naciones Unidas, la Conferencia sobre Comercio y Desarrollo ha elaborado un Código de conducta sobre la transferencia de tecnología (*Code of Conduct on Transfer of* 79

²²³ International Law Association (ILA), Report of the Sixty-Second Conference (1986), pp. 2 y ss. y Oppermann, T.: "Die Seoul-Erklärung der International Law Association vom 29-30. August 1986 über die fortschreitende Entwicklung von Völkerrechtsprinzipien einer neuen Weltwirtschaftsordnung", en AA VV.: *Festschrift für Ignaz Seidl-Hohenveldern*, 1988, pp. 449 y ss.

²²⁴ V. por ejemplo, Parte I, núm. 6 de la ILA Resolución de Seúl (v. *supra*, n. marg. 77); M'Baye, K.: "Le droit au développement comme un droit de l'homme", *Revue des droits de l'homme* 5/1972, pp. 505 y ss.; Petersmann, H.: "The Right to Development in the United Nations: An Opportunity for Strengthening Popular Participation in Development", en AA VV.: *Festschrift für Karl Josef Patsch zum 75. Geburtstag*, 1989, pp. 125 y ss. y Tomuschat, Ch.: "Das Recht auf Entwicklung", *GYIL*, 25/1982, pp. 85 y ss.

²²⁵ Al respecto, v. por ejemplo, Ballreich, H.: "Technologietransfer als Völkerrechtsproblem", *GYIL*, 24/1981, pp. 329 y ss.; Weiss, F.: "Technology Transfer", en *EPIL*, 2000, t. IV, pp. 776 y ss. y Stoll, P.T.: *Technologietransfer, Internationalisierungs- und Nationalisierungstendenzen*, 1994.

Technology).²²⁶ En esta materia, hay que tener en cuenta que una forma de transferencia de tecnología consiste en que los derechos de propiedad industrial están limitados temporalmente y, tras la expiración de un plazo determinado, según la descripción de la patente, el descubrimiento se convierte en un bien común. La utilización de este tipo de conocimiento presupone, sin duda, que se dispone del instrumental técnico necesario para su explotación. Generalmente, las bases para una utilización de este tipo se establecen por medio de un contrato de licencia, vinculado, en muchas ocasiones, con la organización de instalaciones de producción completas (*turnkey contracts*). Es interesante la *International Institutional Machinery* prevista en el Código UNCTAD, que se encarga de vigilar la aplicación de las directrices de conducta y debe ofrecer una evaluación de su eficacia. Con una dotación adecuada de personal y desarrollo procedimental, parece posible que un instrumento de este tipo ofrezca una contribución fundamental al equilibrio de intereses en el ámbito del avance tecnológico. Por otra parte, esto dependerá de que, en el marco de una transferencia de tecnología, se mantengan incentivos a la inversión para las empresas de los países industrializados y su disponibilidad a la cooperación, así como de que éstos no sufran porque los derechos de propiedad industrial se vean mermados.

- 80 Un problema también importante y delicado es el de la regulación de la transferencia de tecnología para su utilización en los fondos marinos, en alta mar y más allá de los límites de los derechos soberanos de los Estados costeros. Se trata, sobre todo, de la explotación de manganeso y de otras formas de explotación minera submarina, que únicamente está indicada para empresas que cuenten con el nivel de desarrollo tecnológico más moderno. La Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982 (UNCLOS III),²²⁷ considera que los fondos marinos y los recursos de su subsuelo son “patrimonio común de la humanidad” (*common heritage of mankind*), y asigna a una Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (con sede en Jamaica) la competencia normativa plena para regular su utilización (Parte XI de la Convención). La Autoridad Internacional de los Fondos Marinos no sólo regula el acceso a la explotación económica (concediendo licencias onerosas de exploración y explotación), sino que también ella misma contribuye a la explotación minera submarina por medio de una empresa propia (*Enterprise*). Especialmente controvertido es el régimen de transferencia de tecnología controlado por la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos.²²⁸ La Convención sobre el Derecho del Mar prevé que la Autoridad debe promover la transferencia de tecno-

²²⁶ ILM, 19/1980, pp. 773 y ss.; Fikentscher, W.: *The Draft International Code of Conduct on the Transfer of Technology*, 1980 y Roffe, P.: “UNCTAD: Code of Conduct on Transfer of Technology”, JWT, 19/1985, pp. 669 y ss.

²²⁷ V. <http://www.un.org/Depts/los/index.htm>. La Convención entró en vigor en noviembre de 1994 (texto en castellano: BOE número 39, de 14 de febrero de 1997, pp. 4966 y ss.). En esta materia, v. Trigo Chacón, M.: *Derecho internacional marítimo. La III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*, 1996; Saura Estapà, J., “Entrada en vigor de la convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del Mar”, REDI 2/1994, pp. 873 y ss. e id.: “España ratifica la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar”, REDI 2/1996, pp. 368 y ss.

²²⁸ Yarn, S. D.: “The Transfer of Technology and UNCLOS III”, *Georgia Journal of International and Comparative Law* 14/1984, pp. 121 y ss.

logía en beneficio de los Estados en desarrollo (art. 144). Además, la Convención establece que los Estados contratantes deben cooperar para fomentar activamente la transferencia de la tecnología marina según modalidades y condiciones equitativas y razonables (Parte XIV, art. 266). Es determinante, sobre todo, la obligación de las empresas mineras de poner a disposición de la “Empresa” la tecnología que utilicen al realizar actividades en la Zona, “según modalidades y condiciones comerciales equitativas y razonables”, en los casos en que este órgano determine que no puede obtener en el mercado libre, en condiciones equitativas, la misma tecnología u otra igualmente útil y eficiente (Anexo III, art. 5.3.a). Desde la perspectiva de algunos países industrializados, este régimen de transferencia coactiva de tecnología grava a la industria minera submarina con condiciones claramente prohibitivas, y supuso el motivo decisivo para que importantes países tecnológicamente desarrollados rechazasen la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982. Además, una serie de países industrializados occidentales temía quedar en minoría en la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos. Otro recelo de los países industrializados era una posible modificación de la Convención, en su detrimento, mediante la mayoría cualificada. Estas preocupaciones obstruyeron el camino hacia la necesaria aceptación generalizada de la Convención sobre el Derecho del Mar. Por eso, antes de que entrase en vigor la Convención, el Secretario General de las Naciones Unidas promovió la negociación de un acuerdo complementario a la Parte XI de 1994.²²⁹ Este convenio adicional tuvo muy en cuenta las peticiones de los países industrializados. En especial, se fortaleció claramente la posición de los países industriales en el Consejo de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (por su parte, revalorizado). Al apartarse del principio de estricta igualdad formal y privilegiar a algunos países industriales y a grupos de países, se ponen las bases de un interesante enfoque para el desarrollo del Derecho de las organizaciones internacionales en interés de la aceptación universal.²³⁰ Las condiciones de las concesiones de explotación se configuran, para los inversores, de una forma mucho más atractiva que en el sistema originario (véase Anexo, Sección 5.^a del Acuerdo sobre la Parte XI de la Convención de Derecho del Mar). Además, será prácticamente imposible realizar una modificación en el (nuevo) sistema de explotación minera submarina, si se resisten a ello los países industrializados. Es interesante reseñar que esta profunda modificación

²²⁹ Texto en castellano: BOE número 38, de 13 de febrero de 1997, pp. 4831 y ss. En esta materia, v. Anderson, D. H.: “Resolution and Agreement Relating to the Implementation of Part XI of the UN Convention on the Law of the Sea: A General Assessment”, *ZaöRV*, 55/1995, pp. 277 y ss.; Jaenicke, G.: “The United Nations Convention on the Law of the Sea and the Agreement Relating to the Implementation of Part XI of the Convention”, AA. VV.: *Festschrift für Rudolf Bernhardt*, 1995, pp. 121 y ss.; Oxman, B. H. et al.: “Law of the Sea Forum: The 1994 Agreement on Implementation of Seabed Provisions of the Convention of the Law of Sea”, *AJIL*, 88/1994, pp. 687 y ss.; Saura Estapá, J., “Acuerdo relativo a la aplicación de la parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar”, *REDI* 2/1994, pp. 876 y ss. y Jiménez Piernas, C.: “La ratificación por España de la Convención de 1982 sobre el Derecho del Mar y del Acuerdo de 1994 sobre la aplicación de la Parte XI: nuevos riesgos de la codificación del Derecho Internacional”, *REDI*, 2001, pp. 105 y ss.

²³⁰ V. por ejemplo, Wolfrum, R.: “The Decision-Making Process According to Sec. 3 of the Annex to the Implementation Agreement: A Model to be Followed for other International Economic Organisations?”, *ZaöRV*, 55/1995, pp. 310 y ss.

de la Convención sobre el Derecho del mar no se aprobó en el proceso de modificación previsto, sino que es objeto de una resolución de la Asamblea General. El preámbulo de este nuevo Acuerdo señala, de manera discreta, los cambios que se han producido en el clima político y económico desde la adopción de la Convención sobre el Derecho del mar, “entre ellos, los sistemas orientados al mercado” (*market-oriented approaches*). Este acuerdo complementario a la Convención sobre el Derecho del mar demuestra que hay realismo económico en la comunidad de Estados y, exagerando un poco, se puede ver como un réquiem por el nuevo orden económico mundial. La primera solicitud aprobada por la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos, a mediados del año 2005, fue presentada por Alemania, y tenía por objeto la exploración del fondo marino.

- 81 El tema de la transferencia de tecnología es de gran importancia en los convenios internacionales referidos a la protección del medio ambiente.²³¹ El Protocolo de Montreal, asociado al Convenio de Viena sobre la protección de la capa de ozono,²³² compromete a los Estados, en una cláusula notablemente amplia (art. 10A), a adoptar “todas las medidas factibles” para llevar a cabo una transferencia expeditiva de tecnología. Sin embargo, en la subsiguiente práctica, los Estados industrializados y sus sectores económicos privados no han cumplido este compromiso mediante una transferencia directa de tecnología, sino mediante aportes financieros a un fondo multilateral establecido para proporcionar cooperación financiera y técnica (art. 10 del Protocolo de Montreal). De la misma manera, la obligación a la transferencia de tecnología, formulada en términos más abiertos, que se encuentra en el Acuerdo de Naciones Unidas sobre la protección del clima (art. 4.5),²³³ fue puesta en práctica mediante un mecanismo de financiación que está vinculado al Fondo para el Medio Ambiente del Banco Mundial. Estos mecanismos de financiación son muestra de la posición relativamente fuerte de los Estados industrializados, que tienen un interés pronunciado en la toma de medidas eficientes de protección ambiental por parte de los países en desarrollo.
- 82 Se plantean también importantes preguntas sobre la transferencia de tecnología en el ámbito de la “biotecnología”. El Convenio de Río de Janeiro, sobre la diversidad biológica,²³⁴ prevé una transferencia de tecnología para el uso económico y de otra naturaleza de los recursos genéticos e, igualmente, un reparto adecuado de los rendimientos entre los respectivos países de origen y sus socios convencionales (art. 15.7).

²³¹ Bloch, F.: *Technologietransfer zum internationalen Umweltschutz*, 2007.

²³² Protocolo de Montreal al Convenio de Viena sobre la protección de la capa de ozono, BOE n. 276 de 15 de noviembre de 1996.

²³³ BOE n. 27, 1 de febrero de 1994; ILM 31/1992, pp. 848 y ss.

²³⁴ ILM, 31/1992, pp. 818 y ss.; BOE n. 27, de 1 de febrero de 1994. Vozmediano, J.: *Hacia una estrategia para la biodiversidad*, 1998 y v. *infra*, tema 8, nota al margen 6.

Tema 5 Orden Económico Europeo

1. Mercado interior europeo y libertades de mercado

Bibliografía recomendada: Dausies, M. A. (ed.): Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts (junio, 2010); Franz, W.: Handbuch Europarecht, t. 1: Europäische Grundfreiheiten, 2004; más referencias en tema 3, nota al margen 2.

La Unión Europea dispone de competencias económicas bastante amplias. El objetivo económico central de la Unión Europea es la consecución del mercado interior (art. 26 TFUE). De acuerdo con el Artículo 26.2 TFUE, el mercado interior implica “un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados”. Por consiguiente, la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales constituye el núcleo esencial del mercado interior. 1

La base de la Unión Europea es una unión aduanera, que abarca la totalidad de los intercambios de mercancías (art. 28. 1 TFUE), y en la que la libre circulación de mercancías queda asegurada a través de la prohibición de restricciones cuantitativas a la importación y a la exportación, así como de las medidas de efecto equivalente (arts. 34-35 TFUE).²³⁵ 2

La libre circulación de personas comprende la libre circulación de trabajadores (arts. 45 3 TFUE) y el derecho de establecimiento con el fin de desarrollar una actividad empresarial (arts. 49 ss. TFUE). A la libre circulación de trabajadores pertenece especialmente la protección de la entrada y el derecho de residencia en otros Estados miembros, así como la supresión de discriminaciones por razón de la nacionalidad en la vida laboral. El derecho de establecimiento abarca la iniciación y el ejercicio de actividades no asalariadas, incluida la constitución de sucursales o de sociedades filiales (v. art. 49.2 TFUE). Una pluralidad de directivas y reglamentos ha mejorado, entretanto, las condiciones jurídicas marco para la libre circulación de personas, por ejemplo, a través de preceptos sobre el derecho de residencia de los trabajadores y de los autónomos, así como de sus familiares, sobre la coordinación de las reclamaciones relativas a la seguridad social, la armonización del Derecho de sociedades y el reconocimiento de las cualificaciones profesionales.

Los principios estructurales del mercado interior se corresponden con los de la economía de mercado. Sin embargo, se aprecian elementos de economía planificada en las disposiciones sobre política agrícola (arts. 38 ss. TFUE y el Derecho secundario promulgado 4

²³⁵ Al respecto *infra*, tema 12, nota al margen 2.

al respecto), y en los preceptos del Tratado CECA (v., por ejemplo, los arts. 58-59 y 61, aunque ya no están en vigor).

- 5 El Tratado de Maastricht confiere a todos los “ciudadanos de la Unión”, es decir, a los nacionales de los Estados miembros (art. 20.1 TFUE), el derecho a circular y residir libremente en el territorio comunitario, bajo el paraguas de una libertad de circulación general (art. 21 TFUE). Fundamental a día de hoy en esta materia es la Directiva 2004/38/CE.²³⁶
- 6 Cada vez adquiere más importancia la libre de prestación de servicios entre los Estados miembros (arts. 56 ss. TFUE).²³⁷ Además, el TFUE procura la consecución de la libre circulación de capitales y pagos (arts. 63-64 TFUE). La libre circulación de capitales comprende especialmente las inversiones directas en otro Estado miembro, por ejemplo, para la constitución de sociedades o la adquisición de participaciones en una sociedad, la adquisición de inmuebles, o la realización de operaciones crediticias. Entretanto, se ha avanzado mucho en la liberalización del tráfico de capitales.²³⁸ La libre circulación de pagos se refiere, sobre todo, a los aspectos financieros del comercio de mercancías, servicios y personas, porque estas libertades no pueden realizarse plenamente sin el pago transfronterizo de las mercancías y las prestaciones. En este sentido, la libre circulación de capitales tiene carácter accesorio.
- 7 Aspecto importante del mercado interior es la elaboración de condiciones jurídicas uniformes para la vida económica en los Estados miembros. La aproximación de las normas jurídicas permite garantizar condiciones de competencia equivalentes. El TFUE otorga al Consejo una competencia general para dictar normas de armonización que sirvan al funcionamiento del mercado interior (arts. 114-115 TFUE). En este sentido, para lograr la armonización, el Consejo ha promulgado Directivas sobre responsabilidad por productos,²³⁹ y para restringir la publicidad sobre el tabaco,²⁴⁰ o un Reglamento sobre la comercialización de nuevos alimentos (*Novel Food*).²⁴¹ La aproximación de legislaciones mediante directivas en el ámbito de la contratación pública es muy relevante, como en la

²³⁶ DO L 158, p. 77.

²³⁷ Al respecto *infra*, tema 12, nota al margen 2 y tema 14.

²³⁸ V. Directiva 88/361/CE, del Consejo de 24 de junio de 1988 para la aplicación del art. 67 del Tratado sobre la Comunidad Europea (DO L 178, p. 5). V. también arts. 63 ss. TFUE.

²³⁹ Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (DO L 210 1985, p. 29).

²⁴⁰ Directiva 89/622/CEE del Consejo, de 13 de noviembre de 1989, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de etiquetado de los productos del tabaco (DO L 359, 1989, p. 1). Los límites de la competencia para la aproximación de legislaciones los ha fijado el TJUE en su sentencia sobre publicidad de productos del tabaco (sent. TJUE, C-376/98, Rec. 2000, pp. I-8419 ss.).

²⁴¹ Reglamento (CE) 258/97 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de enero de 1997 sobre nuevos alimentos y nuevos ingredientes alimentarios (DO L 43, 1997, p. 1).

contratación de servicios en el sector de la construcción, o de la provisión de agua, energía y transporte, así como de servicios de telecomunicación. Teniendo en cuenta el inmenso volumen de la contratación pública, estas directivas sobre la creación de condiciones de competencia uniformes son de capital importancia. A lo que se añade una serie de autorizaciones especiales para la aproximación de legislaciones en determinados ámbitos, como para la armonización de los impuestos indirectos (art. 113 TFUE).

La reciente doctrina del TJUE ha introducido (de forma similar a como lo hace en el marco de la libre circulación de mercancías) cierta flexibilización en la admisión de restricciones a la libre circulación de servicios. Esta doctrina refleja el máximo respeto a las peculiaridades nacionales. Así, el TJUE permite justificar, con base en la protección de los jugadores y del orden social “de conformidad con las especialidades socioculturales de cada Estado miembro”,²⁴² la prohibición de determinadas loterías impuesta por el Derecho Nacional.

Dentro de la Unión Europea, los nacionales de los Estados miembros tienen derecho a 8 gozar ampliamente de los mismos derechos que los ciudadanos del Estado de su residencia. El TFUE, completando los preceptos especiales sobre igualdad de trato, contiene un principio general de no discriminación: “En el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad” (art. 18.1 TFUE). Actualmente, la nacionalidad ha perdido importancia en casi todos los ámbitos de la vida económica de los ciudadanos de la UE (contrariamente a lo que ocurre respecto de la formación de la voluntad política o el ejercicio de funciones públicas). El principio general de no discriminación del Artículo 18 TFUE abarca casi todas las prestaciones públicas.

A este respecto, el TJUE ha resuelto que a un turista británico atracado en París le había sido indebidamente denegada una reclamación por los daños y perjuicios sufridos sobre la base de requisitos especiales impuestos por el Derecho francés para los extranjeros.²⁴³ El turista británico gozaba de la protección del principio general de no discriminación en tanto que beneficiario de una prestación de servicios en el sentido del TFUE.

La libre circulación de los ciudadanos de la Unión Europea (art. 21 TFUE) ha traído consigo una amplia aplicación de la prohibición de discriminación.²⁴⁴

2. Unión económica y monetaria

Bibliografía recomendada: Brinsler, S.: *Eintritt in die Europäische Wirtschafts- und Währungsunion*, 2005; Griller, S. (ed.): *Auf dem Weg zur Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion*, 1993; Häde, U.: “Die Europäische Wirtschafts- und Währungsunion”,

²⁴² Sent. TJUE, As. C-275/92 (Schindler), Rec., 1994, p. I-1039, esp. fundamentos 60 ss., comentada por Stein, T., en *EuZW*, 1994, p. 315.

²⁴³ Sent. TJUE, As. 186/87 (Cowan), Rec. 1989, p. 195.

²⁴⁴ V. Herdegen, M.: *Europarecht*, 12.^a ed., tema 12, n. marg. 7 y ss.

EuZW 1992, pp. 171 y ss.; Hahn, H. J.: *Währungsrecht*, 1990, §§ 13-14; *id.*: *Vom EWS zur Europäischen Währungsunion*, 1990; *id.* (ed.): “Das Entstehen der Eurowährung – Szenarien ihrer Einführung”, J. Z. 1996, pp. 321 y ss.; Hahn, H. J., Häde, U.: “Europa im Wartestand: Bemerkungen zur Währungsunion”, en: *Festschrift für Ulrich Everling*, t. I, 1996, pp. 381 y ss.; Herdegen, M.: “Price Stability and Budgetary Restraints in the Economic and Monetary Union: The Law as Guardian of Economic Wisdom”, CMLRev. 35 (1998), pp. 9 y ss.; *id.*: Die Währungsgemeinschaft als dauerhafte Rechtsgemeinschaft – Ausstiegsszenarien aus rechtlicher Perspektive, EWU-Monitor 92 (1998), *id.*: Europa-recht, 8.ª ed., 2008, §§ 24-25; Jochimsen, R.: *Perspektiven der europäischen Wirtschafts- und Währungsunion*, 1998; Konow, Ch.: *Der Stabilitäts- und Wachstumspakt*, 2002; Kortz, H.: *Die Entscheidung über den Übergang in die Endstufe der Währungsunion*, 1996; Mentgen, J.: *Beschäftigungsförderung und Stabilitätsverpflichtung in der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion*, 2004; Pipkorn, J.: “Legal arrangements in the Treaty of Maastricht for the effectiveness of the Economic and Monetary Union”, CMLRev. 31 (1994), pp. 263 y ss.; Roth, W. -H.: “Der rechtliche Rahmen der Wirtschafts- und Währungsunion”, *Europarecht* 1994, Beiheft 1, pp. 45 y ss.; Smits, R.: *The European Central Bank*, 1997.

- 9 Con la crisis del sistema de Bretton Woods,²⁴⁵ y el esfuerzo para construir la integración económica entre los Estados miembros, ganó terreno en la entonces Comunidad Europea la aspiración hacia una cooperación más estrecha en el ámbito de la política económica. Un primer paso importante en esta dirección lo constituyó la creación de la “serpiente monetaria europea”. Dentro de esta asociación monetaria regían paridades fijas, mientras que los tipos de cambio exteriores de las divisas asociadas eran libres (*block floating*). Posteriormente, este mecanismo halló un fundamento convencional, con la modificación del Convenio Constitutivo del FMI (art. IV. 2. b).
- 10 Con base en una decisión del Consejo Europeo de diciembre de 1978, se creó el Sistema Monetario Europeo (SME), en marzo de 1979. Este sistema perseguía crear una zona monetaria estable, con tipos de cambio fijos y con deberes de intervención de los bancos centrales participantes, dentro de la Comunidad Económica. Más allá de la estabilización de los cursos cambiarios, el SME servía para reforzar la coordinación de la política económica y monetaria de los Estados miembros. Las experiencias con el régimen monetario de Bretton Woods habían mostrado que un sistema de tipos de cambio fijos sólo puede funcionar si existe una estrecha coordinación de la política económica nacional y una progresiva aproximación de las condiciones económicas. Una característica esencial del mecanismo de tipos de cambio del SME es que las respectivas cotizaciones diarias de las divisas sólo podían oscilar dentro de un margen de fluctuación en relación a un tipo de cambio de base. Este sistema, de oscilaciones controladas de los tipos de cambio

²⁴⁵ V. *infra*, tema 24, nota al margen 2.

dentro de la Unión Europea, todavía es relevante para las monedas de los Estados que no han ingresado en la zona euro (SME II).

Las bases de la Unión Económica y Monetaria (UEM), con el euro como moneda común, se establecieron en el Tratado de Maastricht de 1992 (arts. 120 y ss. TFUE). Un elemento central de ésta es la creación de un espacio monetario único con estándares que aseguran estabilidad a la política presupuestaria de los Estados miembros. La UEM descansa sobre cinco pilares: 11

- La creación de un Banco Central Europeo (BCE) con plena independencia.
- La garantía de la estabilidad de precios como fin prioritario de la política monetaria.
- Los criterios de convergencia que se requieren para acceder a la Unión monetaria.
- La coerción constante para lograr la disciplina presupuestaria, y
- La responsabilidad individual de cada Estado miembro respecto de sus propios compromisos.

A inicios de 1999 se alcanzó la fase final de la Unión económica y monetaria con el euro como moneda única. En un primer momento, participaron once Estados miembros que, con el ingreso de Estonia el 1 de enero de 2011, se han convertido en 17. 12

Para que un Estado miembro accediese a la tercera fase de la UEM había de cumplir los denominados “criterios de convergencia” del Artículo 140.1 3 2.º inciso TFUE, que se concretaron en su momento en un Protocolo. Tales criterios de convergencia son los siguientes: 13

- Un alto grado de estabilidad de precios (que se medirá a través de la tasa de inflación).
- Una situación sostenible de las finanzas públicas [relación entre el déficit público anual y el producto interior bruto (PIB) inferior al 3%, y relación entre la deuda pública bruta y el PIB inferior al 60% al final del anterior ejercicio presupuestario].²⁴⁶
- El respeto, durante dos años como mínimo, sin que se haya producido devaluación frente a la moneda de ningún otro Estado miembro, de los márgenes normales de fluctuación que establece el mecanismo de tipos de cambio del sistema monetario europeo, y
- El carácter duradero de la convergencia conseguida por el Estado miembro deberá verse reflejado en los niveles de los tipos de interés a largo plazo.

²⁴⁶ Art. 1 del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo.

- 14 Los criterios presupuestarios deben alcanzarse, al menos en el sentido de una aproximación asintótica. En la decisión sobre el cumplimiento de las condiciones necesarias para la adopción de una moneda única (arts. 140.1.3, 2.º inciso TFUE), el Consejo, conformado por Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, ha mostrado una considerable generosidad en la aplicación de los criterios de convergencia respecto de la situación presupuestaria de algunos Estados miembros (primero con Bélgica e Italia y, posteriormente, con Grecia).
- 15 Para la Unión Económica y Monetaria juegan un papel clave las obligaciones de los Estados miembros de evitar déficits públicos excesivos (art. 126.1 TFUE), de conseguir la estabilidad de los precios (arts. 119.2, 127.1.1 TFUE) y de asegurar la disciplina presupuestaria. Esta última se rige por los siguientes criterios (art. 126.2.2 TFUE y art. 1 del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo):
 - el déficit público no debe exceder un máximo de 3% del PIB.
 - el endeudamiento público no debe exceder el 60% del PIB.
- 16 Para asegurar de manera duradera la disciplina presupuestaria y, por ende, aumentar la estabilidad monetaria, el Consejo Europeo adoptó, en su reunión de Amsterdam en junio 1997, el denominado “Pacto de Estabilidad y Crecimiento”, que se apoya en los siguientes instrumentos:
 - la Resolución del Consejo Europeo sobre el Pacto de Estabilidad y de Crecimiento (D.O. 1997 C 236, p. 1)
 - el Reglamento (CE) 1466/97 relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la supervisión y coordinación de las políticas económicas (D.O. 1997, L 209, p. 1), modificado por el Reglamento (CE) 1055/2005 (D.O. 2005 L 174, p. 1)
 - el Reglamento (CE) 1467/97 relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo (D.O. 1997 L 209, p. 6), modificado por el Reglamento (CE) 1056/2005 (D.O. 2005 L 174, p. 5).
- 17 El TFUE prevé una amplia gama de posibles reacciones frente a la existencia de un “déficit excesivo”, e incluso el mero riesgo de que se produzca tal déficit. Declaraciones públicas de la Comisión con carácter informativo o admonitivo, como el dictamen acerca de un déficit excesivo según el Artículo 126.5 TFUE, constituyen la medida menos incisiva. A éstas siguen otras de creciente intensidad, que serán impuestas por el Consejo y culminan en sanciones bastante importantes, como la consignación ante la Unión de un depósito que no devengará intereses o la imposición de una multa (art. 126.6 a 11 TFUE). La decisión del Consejo sobre la existencia de un “déficit excesivo” reviste una importancia especial (art. 126.6 TFUE), ya que fija los hechos de forma legalmente vinculante.

El criterio decisivo para constatar un déficit excesivo es la existencia de déficit presupuestario, que se produce al exceder en un 3% el PIB. Este exceso sólo es permitido por el TFUE a condición de una reducción continuada del déficit, o en el caso de que el exceso ocurra “excepcional y temporalmente”, pero siempre y cuando el déficit presupuestario, en ambos casos, se mantenga cercano al valor de referencia (art. 126.2 lit. a, segundo guión TFUE). En su “valoración global”, el Consejo tendrá que tomar en cuenta, además, el nivel del endeudamiento público. 18

Tras la reiterada superación por parte de Alemania y Francia del valor de referencia del 3% del PIB, fue adoptada en 2005 una reforma del Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Tras esta reforma, un Estado miembro no sólo puede invocar una “grave recesión económica”, sino también períodos de estancamiento económico prolongados, así como otras circunstancias exonerantes, para no cumplir el citado valor de referencia (art. 2.2. F del Reglamento 1467/97, en su versión modificada).

Sólo los Estados miembros de la zona euro están plenamente sometidos al régimen de vigilancia de la disciplina presupuestaria y a las respectivas sanciones (art. 139. 2 lit. b TFUE). Dentro de la Unión Europea, los Estados participantes conforman el denominado “Eurogrupo”, el cual utiliza sus representantes en el Consejo de ministros de economía y finanzas (ECOFIN), como plataforma para sintonizar de manera informal sus políticas económicas. 19

Uno de los principios fundamentales de la UEM es el de responsabilidad exclusiva de los Estados miembros por sus deudas, consagrado en la llamada “prohibición del *bail-out*” (art. 125 TFUE). Según esta regla, ningún Estado puede reclamar asistencia financiera de la Unión Europea, o de los demás Estados miembros, para pagar sus deudas. El objetivo de esta exclusión de responsabilidad es incentivar a los Estados al mantenimiento de la disciplina presupuestaria. 20

Con base en esta –controvertida– interpretación del Artículo 125 TFUE, los Estados miembros de la UE resolvieron en 2010 apoyar a Grecia mediante créditos bilaterales coordinados, para evitar la insolvencia de este país. Al mismo tiempo, en la primavera de 2010, la Unión Europea y sus Estados miembros establecieron un régimen europeo de estabilización financiera (“paraguas de rescate”). Este régimen de estabilización descansa, por un lado, en un mecanismo propio de la Unión Europea, de carácter ilimitado, que prevé ayudas financieras en forma de préstamos o facilitación de una línea de crédito; la concesión de estas ayudas depende del cumplimiento de ciertas condiciones, en particular, la aprobación de programas de saneamiento financiero; el mecanismo de estabilización financiera cuenta con un volumen de más de 60 mil millones de euros.²⁴⁷ La base legal de este mecanismo es la autorización del Artículo 122.2 TFUE a brindar ayuda financiera a Estados que experimenten una emergencia económica.

²⁴⁷ Reglamento (UE) 407/2010, de 11 de mayo de 2010, por el que se establece un mecanismo europeo de estabilización financiera (DO L 118, 2010, p. 1 y ss.).

Por otro lado, el sistema de estabilización se sustenta en las ayudas bilaterales coordinadas de los Estados euro; estas ayudas se pueden conceder a un Estado miembro de la zona euro a través de un fondo administrado por una sociedad vehículo con sede en Luxemburgo, la Facilidad Europea de Estabilización Financiera. La primera fase de este sistema de estabilización vence en 2013. La sociedad vehículo proporciona apoyo financiero en situaciones de crisis, y se refinancia con empréstitos respaldados por avales de los Estados participantes (en una cuantía, tras un aumento de los fondos en 2011, de más de 800 mil millones de euros). Las funciones de la Facilidad Europea de Estabilización Financiera deben ser asumidas en 2013 por el Mecanismo Europeo de Estabilización (MEE). Este mecanismo duradero de asistencia mutua rompe con la lógica previa de la Unión Económica y Monetaria Europea, derivada del principio de responsabilidad exclusiva de los Estados euro por sus deudas. Por ello, está prevista la siguiente enmienda del TFUE con el fin de crear una base legal para este nuevo mecanismo (nuevo art. 136.3 TFUE):

Los Estados miembros cuya moneda es el euro podrán establecer un mecanismo de estabilidad que se activará cuando sea indispensable para salvaguardar la estabilidad de la zona del euro en su conjunto. La concesión de toda ayuda financiera necesaria con arreglo al mecanismo se supeditará a condiciones estrictas.

3. Política comercial común

Bibliografía recomendada: Bischoff, J. A.: “Just a Little *BIT* of ‘Mixity’? The EU’s Role in the Field of International Investment Protection Law”, *CMLRev.*, 2011, pp. 1527 ss.; Grabitz, E., von Bogdandy, A., Herrmann, C.: “Common Commercial Policy after Nice”, *CMLRev.* 2002, pp. 7 y ss.; Grabitz, E., von Bogdandy, A., Nettesheim, M.: (ed.): *Europäisches Außenwirtschaftsrecht*, 2001; Herrmann, C., Krenzler, H. G., Streinz, R. (ed.): *Die Außenwirtschaftspolitik nach dem Verfassungsvertrag*, 2006; Konstadinides, S.: *The External Trade Law of the EU*, 2001; Taraschka, K.: *Die Kompetenzen der EU im Bereich der Handelspolitik*, 2001.

- 21 La política comercial común, de conformidad con los Artículos 206 y ss. TFUE, tiene una importancia destacada para las relaciones exteriores de la Unión Europea. Una coordinación de la política comercial se presupone ya a través del establecimiento de un arancel común exterior frente a terceros Estados (art. 3.1.e TFUE). De acuerdo con el Artículo 206.1 TFUE, los Estados miembros, a través de la unión aduanera, se proponen “contribuir, conforme al interés común, al desarrollo armonioso del comercio mundial, a la supresión progresiva de las restricciones a los intercambios internacionales y a la reducción de las barreras arancelarias”. La idea del bloqueo del mercado interior hacia el exterior (“fortaleza europea”), constantemente criticada, no es compatible con esta declaración a favor de una liberalización del comercio mundial.

El precepto central para la política comercial común es el Artículo 207 TFUE. El Artículo 207.1 TFUE prevé que la política comercial común está conformada por principios uniformes. Esto se debe aplicar 22

en particular por lo que se refiere a las modificaciones arancelarias, la celebración de acuerdos arancelarios y comerciales relativos a los intercambios de mercancías y de servicios, y los aspectos comerciales de la propiedad intelectual e industrial, las inversiones extranjeras directas, la uniformización de las medidas de liberalización, la política de exportación, así como las medidas de protección comercial, entre ellas las que deban adoptarse en caso de *dumping* y subvenciones.

Se aplican reglas complejas a la competencia para celebrar acuerdos de comercio de servicios, aspectos comerciales de la propiedad intelectual, comercio de servicios culturales y audiovisuales, así como en los sectores educativos, sociales y de salud (v. art. 207.4 TFUE). El Artículo 207.1 TFUE confiere a la Unión una competencia nueva para celebrar acuerdos sobre inversiones extranjeras directas.

El TJUE sostiene una idea amplia de la política comercial común, que va más allá de las normas tradicionales del comercio exterior.²⁴⁸ A tal efecto, se sitúa en primera línea el comercio de mercancías con terceros Estados. Pero también se incluyen las prestaciones de servicios y la realización de pagos vinculados con el intercambio de mercancías y servicios. Son instrumentos importantes, por ejemplo, las normas sobre importaciones o exportaciones, la imposición de aranceles *antidumping*, las subvenciones a la exportación para reforzar la capacidad competitiva de los exportadores con sede en la Unión Europea, así como los acuerdos interestatales. De acuerdo con la doctrina del TJUE, la política comercial común en el sentido del Artículo 207 TFUE también cubre la conclusión de acuerdos sobre materias primas,²⁴⁹ que deben asegurar, por medio de la creación de una organización de mercado que opere a nivel mundial, una relación adecuada entre oferta y demanda, así como un nivel de precios estable.²⁵⁰ 23

La competencia para configurar la política exterior no ha sido transferida a la Unión Europea y permanece en manos de los Estados miembros. En el marco de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), los Estados miembros pueden decidir la adopción de un embargo comercial contra terceros Estados (como acción común del Artículo 28 TUE). Una decisión de este tipo requiere su incorporación mediante un acto jurídico de la Unión Europea. El TFUE prevé expresamente competencias de la Unión para adoptar medidas de embargo y otras de coerción económica (arts. 215, 75 TFUE). Estas competencias (complementadas por la cláusula de imprevisión y competencias subsidiarias del 24

²⁴⁸ Dictamen 1/78 del TJUE, Acuerdo internacional sobre el caucho natural, Rec., 1979, p. 2871, en esp. p. 2913.

²⁴⁹ V. *infra*, tema 11.

²⁵⁰ Dictamen 1/78 (nota 257), p. 2871.

Artículo 352 TFUE) conforman también la base de la transposición de las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas imponiendo sanciones.²⁵¹ En la medida que las normas sancionadoras de la Unión Europea contra terceros Estados tengan carácter definitivo, los Estados miembros no pueden establecer restricciones más amplias a la libre circulación de mercancías, capitales y pagos, invocando su competencia en política exterior.²⁵² Cuando se ven afectados intereses especiales de un Estado miembro, el Artículo 347 TFUE permite una acción nacional en solitario, si se cumplen determinados requisitos.²⁵³ En este sentido, existe una competencia concurrente de los Estados miembros y de la Unión Europea. Finalmente, debe tomarse en consideración que los Estados miembros pueden limitar el comercio de material militar conforme al Artículo 346.1.b TFUE, para proteger intereses consustanciales a su seguridad.

Tema 6

“Buen gobierno”, estructuras estatales e integración en la economía mundial

- 1 A largo plazo, una economía de mercado no puede funcionar sin una protección eficaz de, al menos, los derechos fundamentales clásicos. A la inversa, la viabilidad de un orden jurídico basado en la libertad presupone la observancia de ciertas leyes económicas; un cierto nivel de pluralismo político y afianzamiento de derechos no se puede materializar sin una economía de mercado. Así, la interacción entre Estado de derecho, democracia, y un orden económico eficiente depende en gran medida de las relaciones políticas, económicas y sociales. La experiencia histórica sugiere que un mínimo de desarrollo económico (medido, por ejemplo, en términos del PIB per cápita) y de equidad social constituye condición básica de capacidad y estabilidad duradera de las instituciones estatales.²⁵⁴ A su vez, un crecimiento económico sostenible y la lucha contra la pobreza descansan en instituciones eficientes, garantes de un marco legal fiable y que protejan derechos subjetivos. David Hume formuló tres principios fundamentales derivados de la naturaleza humana:²⁵⁵ (1.) el derecho a la propiedad, (2.) el derecho a transferir consensuadamente la propiedad, y (3.) el respaldo normativo del cumplimiento de prome-

²⁵¹ Respecto a la revisión judicial, de acuerdo con los principios fundamentales de la Unión Europea, de actos legislativos de la Unión Europea, cuya finalidad es la transposición de resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, v. sent. TJUE, As. 84/95 (Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret As.), Rec. 1996, I-3953, n. marg. 19 y ss.; sobre el alcance de semejante revisión v. TJUE, asuntos acumulados C-402/05 P y C-41/05 P (Kadi y Al Barakaat), Rec. 2008, I-6351, n. marg. 280 y ss. Sobre la compatibilidad de sanciones con la Convención Europea de Derechos humanos (CEDH), v. sent. TEDH, As. Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret As. v. Irlanda, NJW 2006, p. 197.

²⁵² V. sent. TJUE, As. C-124/95, Centro-Com, Rec., 1997, p. I-81.

²⁵³ V. sent. TJUE, As. C-120/94 (Comisión v. Grecia), Rec., 1996, p. I-1513: procedimiento por incumplimiento contra Grecia, ante la adopción de embargo comercial contra Macedonia, finalizado por desistimiento de la demanda.

²⁵⁴ V., por ejemplo, Zakaria, F.: *The Future of Freedom*, 2003, pp. 69 y ss. passim.

²⁵⁵ Hume, D.: *A Treatise on Human Nature*, 1739-40, Book III, Part II, Sect. IV *Of the transference of property by consent*.

sas. Estos tres principios son también los presupuestos básicos de un orden social que posibilita la existencia de mercados eficientes y generadores de bienestar. Para alcanzar una competencia eficaz e integrar a un país en la economía mundial, seguridad jurídica y cierta ética oficial de la administración pública son aspectos que, en una primera fase, se revelan igual de importantes que la plena realización de principios democráticos. Cuando un Estado está formalmente constituido como una democracia, pero no cuenta con garantías institucionales para consolidar una sociedad pluralista, las libertades económicas y personales no están a salvo del dictado de la mayoría. Al menos, la existencia de un Estado de Derecho, aunque sólo sea en el sentido formal, es clave para constituir un orden económico eficiente. A largo plazo, es indispensable, además, que ciudadanos e inversores confíen en los órganos legales representativos. En general, lo recientemente expuesto deja patente la fuerte dependencia que el desarrollo económico tiene respecto de los fundamentos del orden jurídico.

La Carta de París por una nueva Europa, nacida de la cumbre de la Conferencia para la Seguridad y Cooperación en Europa (CSCE), celebrada en París el 21 de noviembre de 1990,²⁵⁶ enfatiza en extremo la correlación entre libertad económica y pluralismo político en el desarrollo de una economía de mercado:

La libertad y el pluralismo político son elementos necesarios en nuestro común objetivo de desarrollar economías de mercado para un crecimiento económico sostenible, con prosperidad, justicia social, expansión del empleo y uso eficaz de los recursos económicos. El éxito que en la transición hacia la economía de mercado alcancen los países que se esfuerzan por lograrlo es importante y nos interesa a todos (...).

1. Los estándares del “buen gobierno”

Bibliografía recomendada: Dolzer, R.: “Good Governance: Neues transnationales Leitbild der Staatlichkeit”, *ZaöRV*, 64/2004, pp. 535 y ss.; Dolzer, R., Herdegen, M., Vogel, B. (eds.): *Good Governance*, 2007; Grindle, M. S.: “Good Enough Governance: Poverty Reduction and Reform in Developing Countries”, *Governance* 17/2004, p. 525; Herdegen, M.: “Der Beitrag des Internationalen Wirtschaftsrechts zu *Good Governance* und Rationalität des Staatshandelns”, Giegerich, Th. (ed.): *Internationales Wirtschafts- und Finanzrecht in der Krise*, 2011, pp. 229 y ss.; Hofmann, R., Pfaff, C. (eds.), *Die Konvention der Vereinten Nationen zur Bekämpfung der Korruption*, 2007; Sayed, A.: *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, 2004.

²⁵⁶ EuGRZ 1990, p. 517; ILM, 30/1991, p. 190.

- 3 El concepto del buen gobierno, que representa una aspiración clave del Derecho internacional público del desarrollo, está estrechamente conectado a la implantación de estándares de democracia y Estado de Derecho. Este concepto rige tanto la cooperación al desarrollo entre países industrializados y países en vías de desarrollo, como la promoción del desarrollo por parte del Banco Mundial y otras organizaciones internacionales. El “buen gobierno” va más allá de mecanismos democráticos de repartición del poder, y comprende también pretensiones a una “buena” política de gobierno. La Resolución de 1991 del Consejo de la Unión Europea y de los representantes de los Estados miembros reunidos en su seno, relativa a derechos humanos, democracia y desarrollo,²⁵⁷ intenta resumir los diversos componentes del “buen gobierno”:

5. El Consejo hace hincapié en la importancia del buen gobierno. Si bien los Estados soberanos tienen derecho a crear sus propias estructuras administrativas y a establecer sus propias disposiciones constitucionales, el desarrollo equitativo sólo puede alcanzarse de forma eficaz y duradera si se acatan varios principios generales de gobierno: políticas económicas y sociales sensatas, mecanismo de toma de decisiones democrático, transparencia gubernamental suficiente y responsabilidad financiera, creación de un entorno favorable al mercado en pro del desarrollo, medidas para combatir la corrupción, así como respeto del Estado de derecho y de los derechos humanos y libertad de prensa y de expresión. La Comunidad y sus Estados miembros apoyarán los esfuerzos de los Estados en vías de desarrollo para hacer progresar el buen gobierno, y los principios mencionados ocuparán un lugar en sus relaciones de cooperación para el desarrollo, sean nuevas o ya existentes.

- 4 Una noción similar de “buen gobierno” se encuentra en el Acuerdo de la Asociación de Cotonou entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por un lado, y los Estados ACP por el otro (art. 9.3).²⁵⁸
- 5 Para asegurar que la administración pública se ajusta al principio de legalidad, y actúa con base en una ética de transparencia, es de suma importancia la supresión de todas las formas de corrupción; el soborno y la corrupción pasiva constituyen el mayor obstáculo al crecimiento económico, y afectan decididamente a la atracción de inversión. Son, precisamente, algunos de los países en vías de desarrollo más endeudados los que más sufren de un grado de corrupción especialmente elevado.²⁵⁹ Desde un punto de vista normativo, un Derecho poco sofisticado, autorizaciones legales que requieren concreción, y un control judicial insuficiente de la actuación administrativa, aumentan el riesgo de

²⁵⁷ Boletín CE 11/1991, p. 128.

²⁵⁸ DO, L 317, p. 3.

²⁵⁹ V. el informe anual *Transparency International Corruption Perceptions Index* presentado por la ONG *Transparency International*, <http://www.transparency.org>.

que los funcionarios abusen de su autoridad con miras a enriquecerse. La Convención de Naciones Unidas contra la corrupción de 2002 contiene una amplia gama de medidas preventivas y represivas contra el soborno y otras formas de corrupción;²⁶⁰ el trasfondo de todas ellas es la necesidad de asegurar una “ética oficial” de las administraciones públicas. Los Estados miembros deben, además, prevenir la corrupción en el sector privado (art. 12). En esta dirección y en el marco de la cooperación internacional, la recuperación de activos ilegalmente transferidos constituye un mecanismo interesante (arts. 51 y ss.).

En el plano regional, cabe destacar el papel precursor de la Convención Interamericana contra la Corrupción.²⁶¹ La OCDE ha elaborado, por su parte, la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales,²⁶² de 1997, a la cual pueden también adherirse Estados no miembros. En el seno del Consejo de Europa, podemos citar el Convenio Penal contra la corrupción, de 27 de enero de 1999,²⁶³ y el Convenio Civil contra la corrupción, de 4 de noviembre de 1999.²⁶⁴ La Unión Europea ha adoptado una amplia gama de medidas para luchar contra el soborno y la corrupción pasiva, entre las que se cuenta, por ejemplo, la Decisión marco 2003/568/JI del Consejo, de 22 julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.²⁶⁵ En África, la Convención de la Unión Africana ampara convencionalmente la lucha contra la corrupción.²⁶⁶

En la actualidad, el cohecho de empleados públicos es considerado una violación del orden público reconocido por la comunidad internacional de Estados. En consecuencia y por regla general, las pretensiones legales basadas en actos de corrupción no pueden hacerse valer ante tribunales internacionales y cortes arbitrales, como así ha sido defendido, por ejemplo, por el tribunal arbitral del CIADI, en el asunto *World Duty Free Co. Ltd. v. Kenya*.²⁶⁷

In light of domestic laws and international conventions relating to corruption, and in light of the decisions taken in this matter by courts and arbitral tribunals, this Tribunal is convinced that bribery is contrary to the international public policy of most, if not all, States or, to use another formula, to transnational public policy. Thus, claims based

²⁶⁰ ILM, 43/2004, pp. 37 y ss.; al respecto Dell, G.: “Eindämmung von Bestechung und Bestechlichkeit”, VN 2004, pp. 77 y ss.; Hofmann, R., Pfaff, C. (eds.): *Die Konvention der Vereinten Nationen zur Bekämpfung der Korruption*, 2007; Webb, P.: “The United Nations Convention Against Corruption: Global Achievement or Missed Opportunity?”, JIEL, 8/2005, pp. 191 y ss.

²⁶¹ ILM, 35/1996, pp. 724 y ss.

²⁶² BOE n 46, de 22 de febrero de 2002.

²⁶³ *Criminal Law Convention on Corruption*, ETS n. 173 (1999) = ILM, 38/1999, pp. 505 y ss.

²⁶⁴ *Civil Law Convention on Corruption*, ETS n. 174 (2000).

²⁶⁵ DO 2003, L 119, pp. 22-23.

²⁶⁶ ILM, 43/2004, pp. 5 y ss.

²⁶⁷ Asunto CIADI, *World Duty Free Co. Ltd. v. Kenia*, No. ARB/00/7, ILM, 46/2007, pp. 339 y ss., n. marg. 157 y ss.

on contracts of corruption or on contracts obtained by corruption cannot be upheld by this Arbitral Tribunal (núm. 157).

En consecuencia, ha de asumirse que este principio constituye un principio general tanto del Derecho internacional público, como del Derecho internacional de contratos.

Es cuestionable la afirmación en el laudo arbitral dictado en el asunto *World Duty Free Co. Ltd. v. Kenya* que un acto de corrupción sólo conduce a la ineficacia de pretensiones cuando es el Estado quien la invoca. Con base en este punto de vista, no importa si el acto de corrupción fue iniciado por un servidor público. Sin embargo, con esta interpretación, el tribunal arbitral pretende atender al interés de la población, generalmente pobre, que es la verdadera víctima de la corrupción:

as regards public policy, is that the law protects not the litigating parties but the public; or in this case, the mass of tax-payers and other citizens making up one of the poorest countries in the world (núm. 181).

2. Integración económica mundial y orden constitucional

Bibliografía recomendada: Berkovitz, D., Moenius, J., Pistor, K.: *Legal Institutions and International Trade Flows*. Michigan Journal of International Law 26 (2004), pp. 163 y ss.; Daniels, R. J., Trebilcock, M.: *The Political Economy of Rule of Law Reform*, in: *Developing Countries*, Michigan Journal of International Law 26 (2004), pp. 99 y ss.; Hilf, M., Petersmann, E. -U. (ed.): *National Constitutions and International Economic Law*, 1993; Jackson, J. H., Louis, J. -V., Matsushita, M.: "National Constitutions and the International Economic System", AA. VV.: *Implementing the Tokyo Round-National Constitutions and International Economic Rules*, 1984, pp. 198 y ss.; McKenzie, R. B. (ed.), *Constitutional Economics*, 1984; Petersmann, E-U.: *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, 1991, *id.*: "Constitutional Law and European Integration", *Außenwirtschaft*, 46/1991, pp. 247 y ss.

- 6 La capacidad de integración en la economía mundial de una economía nacional y su apertura a la competencia internacional dependen, de manera decisiva, de cómo esté estructurado su orden constitucional. Entre las condiciones normativas marco de un sistema de economía de mercado funcionalmente capaz,²⁶⁸ se encuentran, especialmente, la garantía de la propiedad privada y de la libertad contractual, y una tutela judicial efectiva de los derechos subjetivos. También son importantes las disposiciones institucionales para luchar contra la influencia de grupos y para garantizar la estabilidad político-económica, como, por ejemplo, la existencia de un banco central independiente del gobierno, o las limitaciones constitucionales al endeudamiento estatal. El desarrollo

²⁶⁸ V., por ejemplo, Eucken, W.: *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, 2003, 7.ª ed., pp. 254 y ss.

económico de la República Federal Alemana, por ejemplo, no puede desvincularse de las condiciones constitucionales que la Ley Fundamental ha ofrecido –como biotopo normativo– a la economía social de mercado. La fórmula del Tribunal Constitucional alemán de la supuesta “neutralidad político-económica de la Constitución”,²⁶⁹ nacida de una actitud excesivamente reservada, oscurece el significado para el sistema económico de los principios constitucionales rectores. Como ha puesto de manifiesto Hernando de Soto, en su ya famoso libro *El otro sendero*,²⁷⁰ la inseguridad jurídica, una jungla normativa impenetrable con una tendencia excesiva a regular por decreto, la ineficiencia de la administración y la falta de una ética del funcionariado, provocan una gran inseguridad en la vida jurídica y conducen a los poderes empresariales a adentrarse en la oscuridad de una economía sumergida. La discusión sobre las nuevas Constituciones en algunos países sudamericanos ha fortalecido la convicción de que la garantía de la propiedad privada y otros derechos fundamentales, junto con la previsibilidad del Derecho, son presupuestos esenciales para lograr el compromiso de inversores nacionales y extranjeros. La encíclica papal *Centesimus Annus* de 1991, con su reconocimiento no especialmente entusiasta de la economía social de mercado y de la propiedad privada, ha contribuido a la comprensión de estas interacciones. La importancia del orden constitucional para el funcionamiento del orden económico y la capacidad de los países a integrarse en la economía mundial se puso de manifiesto en la transición de los países de Europa del Este, de una economía planificada y centralizada, a una economía de mercado.²⁷¹ Para el éxito de esta transición, hoy en día concluida en la mayoría de los casos, fueron indispensables un fundamento constitucional y un orden jurídico adecuado.

Desde hace algún tiempo, se extiende también la concepción de que no sólo el desarrollo económico mundial, la división internacional del trabajo y la libre competencia internacional exigen que el sistema estatal se adapte a ellos, sino que también el moderno Derecho internacional público económico establece directrices para el Derecho público y administrativo nacional.²⁷² Esto sucede especialmente con los principios que rigen en el marco de la OMC, el FMI y el BIRD.²⁷³

El denominado “Consenso de Washington” indica una serie de pasos para una reforma política y económica, al servicio de una política de desarrollo exitosa. En su sentido original, el término, concebido por el economista estadounidense John Williamson, se refiere a los elementos comunes de la estrategia política de desarrollo y finanzas públicas

²⁶⁹ Sent. BVerfGE, de 20 de julio de 1954, vol. 4, pp. 7 y ss., esp. p. 17-18.

²⁷⁰ De Soto, H.: *El otro sendero*, 1986.

²⁷¹ V., por ejemplo, Kloten, N.: *Die Transformation von Wirtschaftsordnungen*, 1991, y Meyer, Ch. G.: “The Constitutional Development on Eastern Europe: Integration through Reformation”, *Virginia Journal of International Law*, 32/1992, pp. 431 y ss.

²⁷² V., especialmente, Petersmann, E. -U.: *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, 1991, esp., pp. 61 y ss., 210 y ss. y 288 y ss.

²⁷³ Schlemmer-Schulte, S.: “The World Bank’s Role in the Promotion of the Rule of Law in Developing Countries”, en AA. VV.: *Liber Amicorum Ibrahim F. I. Shibata*, 2001, pp. 677 y ss.

para los países latinoamericanos perseguida por algunas instituciones con sede en Washington, D. C. (como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional).²⁷⁴ Concretamente, son elementos del “Consenso de Washington” la disciplina presupuestaria, el uso de los gastos públicos en interés de un mayor rendimiento económico y un mejor reparto de ingresos (por ejemplo, a través de inversiones en salud pública, educación escolar e infraestructuras), reformas en el sistema tributario, liberalización comercial, facilidades al flujo de inversión extranjera directa, privatización y garantía de los derechos de propiedad. Recientemente, el Consenso de Washington ha sido blanco de críticas, debido a que reflejaría una política “neoliberal”, esto es, una política demasiado preocupada por el crecimiento económico como fin en sí mismo y poco orientada a la mejora constante de las condiciones sociales. Sin embargo, no puede decirse que políticas de otro signo, fundadas en el proteccionismo comercial y las restricciones a la inversión extranjera directa como las que han sido puestas en práctica en algunos países de América Latina, hayan conducido a la deseada mejora en las condiciones de vida e ingresos de la gran mayoría de la población.

En una conferencia internacional sobre la financiación para el desarrollo, celebrada en marzo de 2002, los jefes de Estado y de Gobierno allí reunidos aprobaron una resolución conocida como el “Consenso de Monterrey”.²⁷⁵ Con miras a fomentar la afluencia de capital extranjero, la declaración enumera varios elementos que se consideran relevantes para atraer inversiones y que también se encuentran en el “Consenso de Washington”:

21. To attract and enhance inflows of productive capital, countries need to continue their efforts to achieve a transparent, stable and predictable investment climate, with proper contract enforcement and respect for property rights, embedded in sound macroeconomic policies and institutions that allow businesses, both domestic and international, to operate efficiently and profitably and with maximum development impact. Special efforts are required in such priority areas as economic policy and regulatory frameworks for promoting and protecting investments, including the areas of human resource development, avoidance of double taxation, corporate governance, accounting standards, and the promotion of a competitive environment. Other mechanisms, such as public/private partnerships and investment agreements, can be important. We emphasize the need for strengthened, adequately resourced technical assistance and productive capacity-building programmes, as requested by recipients.

²⁷⁴ Williamson, J.: “What Should the World Bank Think about the Washington Consensus?”, *The World Bank Research Observer*, vol. 15, no. 2 (Agosto 2000), pp. 251 y ss.

²⁷⁵ Naciones Unidas, *Report of the International Conference of the Financing for Development*, 2002, pp. 1 y ss.

Tema 7 Derechos y obligaciones fundamentales de los Estados

1. Soberanía y relaciones económicas internacionales

Bibliografía recomendada: Bowett, D. W.: “International Law and Economic Coercion”, *Virginia Journal of International Law*, 16/1976, pp. 245 y ss.; Chayes, A., Handler Chayes, A.: *The New Sovereignty – Compliance with International Regulatory Agreements*, 1995; Dicke, D. Ch.: *Die Intervention mit wirtschaftlichen Mitteln im Völkerrecht*, 1978; Hobe, S.: *Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz*, 1998; Kewenig, W. A.: “Die Anwendung wirtschaftlicher Zwangsmaßnahmen im Völkerrecht”, en *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, 22/1982; pp. 7 y ss.; Kreijen, G. (ed.): *State, Sovereignty, and International Governance*, 2002; Oeter, S.: “Souveränität – ein überholtes Konzept?”, en: *Festschrift für H. Steinberger*, 2002, pp. 259 y ss.; Orsi, G., Seelmann, K., Smid, S., Steinorth, U. (ed.): *Internationale Gerechtigkeit*, 1997.

a) El concepto moderno de soberanía

Los Estados pueden recurrir al principio de plena competencia respecto de su territorio y de sus propios nacionales. Como titulares de la soberanía territorial y personal, los miembros de la comunidad de Estados son independientes entre sí: rige el principio de igualdad soberana de los Estados.²⁷⁶ Pero, en el ejercicio de los derechos ligados a la soberanía, los Estados están sujetos al sistema de coordinación del Derecho internacional público. En este sentido, el Derecho internacional público influye de forma creciente en el ámbito del Derecho nacional, por ejemplo, a través de tratados de protección de los derechos humanos.

Es compatible con la esencia de la soberanía que el Estado se someta libremente a una limitación de su autonomía en beneficio de organizaciones internacionales como las Naciones Unidas o que, incluso, transfiera determinados derechos soberanos. Esto ha ocurrido, con un alcance sin igual, en el caso de la Unión Europea, a la que han sido transferidas abundantes competencias de los Estados miembros en el ámbito económico. Entre tanto, ya no hay una cuestión político-económica de relevancia que no afecte a competencias de la Unión, desde la regulación de la tecnología genética hasta la imposición de un embargo comercial contra terceros Estados.

Mientras no haya limitaciones especiales, los Estados son libres en el ejercicio de su soberanía territorial y personal. En este ámbito rige, sin embargo, la prohibición del abuso de derecho. Además, una opinión que va ganando terreno en la doctrina internacional-

²⁷⁶ V. *supra*, tema 4, nota al margen 2 a.

publicista defiende el principio de toma en consideración, que debe aplicarse especialmente en el Derecho internacional del medio ambiente, como, por ejemplo, en la construcción de centrales eléctricas fronterizas con efectos dañinos para el medio ambiente. La idea de la toma en consideración también se halla tras la ponderación de intereses en la aplicación de Derecho económico nacional a supuestos con elementos extranjeros.²⁷⁷

b) El principio de no intervención

- 4 El principio de igualdad soberana de los Estados supone que cada Estado es libre para decidir independientemente y sin presión externa, sobre su propio sistema político, económico, social y cultural.²⁷⁸ Una injerencia inadmisibles en los asuntos internos de un Estado extranjero viola el principio de no intervención.²⁷⁹ Según ello, está prohibido, por ejemplo, que un Estado regule un suceso ocurrido en el extranjero que no presente suficientes puntos de conexión con su territorio. La prohibición de intervención en los asuntos ajenos engloba también el intento de influir sobre otro Estado con medios inadmisibles, especialmente, mediante la amenaza o el uso de la fuerza.²⁸⁰ El empleo de medidas económicas de presión, por ejemplo un embargo comercial, no implica “fuerza” según la opinión mayoritaria, ya que esta noción sólo comprende medios de presión físicos.²⁸¹ Pero no deja de ser una cuestión extraordinariamente controvertida en qué medida el principio de no intervención impone límites al empleo de medidas económicas para influir sobre otro Estado; dado que la presión económica no es inadmisibles *per se*, depende, sobre todo, del peso de los intereses subyacentes del Estado y de la observancia de la proporcionalidad. El Artículo 32 de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados prohíbe el empleo de medidas de coacción de este tipo,²⁸² que tengan por objeto someter a otro Estado en el ejercicio de sus derechos soberanos. Con frecuencia se recurre al principio de no intervención, desde la perspectiva de los países en vías de desarrollo, para oponerse a las condiciones a las que están ligadas los préstamos o prestaciones financieras similares del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional, y que obligan a reformas económicas estructurales.²⁸³ Pero, dado que aquí se trata de pagos sin una pretensión concreta y preexistente, no puede fundamentarse de un modo general el reproche de que es una intervención inadmisibles en los asuntos internos del Estado receptor.

²⁷⁷ V. *supra*, tema 3, nota al margen 5 c.

²⁷⁸ Al respecto, v. el art. 2.7 de la Carta de Naciones Unidas y sent. de la Corte Internacional de Justicia, de 26 de noviembre de 1984, Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, ICJ Reports, 1984, p. 108.

²⁷⁹ Respecto a la prohibición de intervención, v. Oppermann, T., “Intervention”, en EPIL, 1995, t. II, pp. 1436 y ss.

²⁸⁰ V. art. 2.4 de la Carta de la ONU.

²⁸¹ Schröder, M.: “Non-Intervention, Principle of”, EPIL, 3/1997, pp. 619 y ss.

²⁸² United Nations Yearbook 1974, p. 402; v. *supra*, tema 3, nota al margen 3.

²⁸³ V. por ejemplo, Meng, W.: “Conditionality of IMF and World Bank Loans: Tutelage over Sovereign States?”, *Verfassung und Recht in Übersee*, 21/1988, pp. 263 y ss. y v. *infra*, tema 25, nota al margen 1.

2. Inmunidad de los Estados

Bibliografía recomendada: Fox, H.: *The Law of State Immunity*, 2.^a ed., 2008; Hafner, G., Köhler, U.: “The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property”, *Netherlands Yearbook of International Law* 35 (2004), pp. 3 y ss.; Steinberger, H.: “State Immunity”, en: *EPIL*, t. IV (2000), pp. 615 y ss.

Del principio de igualdad soberana de los Estados se ha concluido que un Estado no está 5 sometido a la jurisdicción de otro Estado (inmunidad de los Estados). En este sentido, inmunidad significa que es inadmisibles el ejercicio de acciones judiciales (por ejemplo, derivadas de un contrato o de un acto ilícito) frente a un Estado extranjero (inmunidad de jurisdicción). Por otro lado, la inmunidad estatal impide que se ejerciten medidas coercitivas frente al patrimonio estatal, especialmente en la ejecución de decisiones judiciales (inmunidad de ejecución); la inmunidad de ejecución significa, por ejemplo, que el activo bancario de la embajada de un Estado extranjero no puede ser embargado. Pero un Estado siempre puede renunciar a invocar su inmunidad, incluso antes de que se produzca el evento que suscita su invocación. Así, semejantes declaraciones de renuncia son frecuentes en el contexto de la emisión de empréstitos estatales.²⁸⁴

Originariamente, en el Derecho internacional público consuetudinario regía el principio 6 de la inmunidad estatal absoluta, que abarcaba todos los ámbitos de la actividad estatal. Las excepciones eran restringidas (por ejemplo, el consentimiento del Estado extranjero, o la reconvencción contra el Estado, admisible si concurrían determinados requisitos). Desde hace algún tiempo, se ha impuesto una concepción limitada de la inmunidad estatal, en tanto que sólo asociada a la protección funcional de las actividades soberanas extranjeras; según esta concepción, un Estado extranjero sólo puede recurrir a la inmunidad respecto de actos soberanos (*acta iure imperii*). En el ámbito no soberano, especialmente en su participación en la vida económica general (*acta iure gestionis*), el Estado extranjero está sometido a la jurisdicción estatal como un particular. La noción de soberanía estatal limitada,²⁸⁵ ha sido admitida entre tanto en diversas leyes nacionales sobre inmunidades estatales,²⁸⁶ en el Convenio europeo de 1972 sobre inmunidad de los Estados,²⁸⁷ y en la Convención de las Naciones Unidas de 2004 sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (*UN - Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*).²⁸⁸ De hecho y desde el fracaso del comunismo en el bloque del Este, el

²⁸⁴ Respecto a empréstitos argentinos, v. *Kammergericht* Berlin, NJOZ 2004, p. 3382.

²⁸⁵ Desde hace bastante tiempo, el Tribunal Constitucional alemán también sigue el principio de la inmunidad estatal limitada, v. sent. BVerfGE t. 16, pp. 27 ss.; sent. BVerfGE t. 46, pp. 342 y ss.

²⁸⁶ V. por ejemplo, *Foreign Sovereign Immunities Act* estadounidense de 1976 (ILM, 15/1976, pp. 1388 y ss.), y *State Immunity Act* británica de 1978 (Law Reports. Statutes, 1978, pp. 715 y ss.).

²⁸⁷ ILM, 11/1972, pp. 470 y ss. (este Convenio no está en vigor en España).

²⁸⁸ UN GA Res. 59/38 (Annex), UN Dok. A/Res/59/38 (16. 12. 2004).

número de países de comercio estatal aferrados al criterio de la inmunidad absoluta sigue disminuyendo.

- 7 La adscripción de un acto estatal al ámbito de la soberanía no plantea dificultades si se trata de un ejercicio de soberanía “clásico”, por ejemplo, el uso del ejército en conflictos armados. Esta situación se puede ilustrar con un caso en el que la aviación argentina bombardeó y dañó en alta mar un barco cisterna durante la guerra de las Malvinas; frente a la demanda del propietario y del fletador del buque ante los tribunales estadounidenses, Argentina invocó con éxito la inmunidad.²⁸⁹ La delimitación entre actos soberanos y no soberanos se torna problemática en los casos en que el Estado persigue fines públicos utilizando formas del tráfico económico privado. Para estos casos, se ofrecen dos criterios de calificación: por un lado, la finalidad del acto estatal (test subjetivo) y, por otro, el objeto de una determinada transacción (test objetivo). El análisis basado principalmente en elementos subjetivos conduce fácilmente a una extensión inadecuada de la inmunidad estatal, por ejemplo, en el suministro de tabaco a ejércitos extranjeros.²⁹⁰ En el desarrollo actual del Derecho internacional público parece imponerse el examen según el cual hay que atender a la “naturaleza” del negocio jurídico o de otros actos estatales.²⁹¹ Evidentemente, una valoración “objetiva” de este tipo también debe considerar el contexto funcional correspondiente. En este sentido, la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes de 2004 establece:

Para determinar si un contrato o transacción es una “transacción mercantil” según lo dispuesto en el apartado c) del párrafo 1, se atenderá principalmente a la naturaleza del contrato o de la transacción, pero se tendrá en cuenta también su finalidad si así lo acuerdan las partes en el contrato o la transacción o si, en la práctica del Estado que es parte en uno u otra, tal finalidad es pertinente para la determinación del carácter no mercantil del contrato o de la transacción (art. 2. 2).

- 8 A este respecto es decisiva la relación directa con funciones específicamente estatales; así, los fines perseguidos de forma mediata no se tendrán en cuenta. En este sentido, el suministro de material militar sirve directamente a fines soberanos, pero el suministro de tabaco al ejército no. El encargo de realizar reparaciones en el edificio de una embajada no supone el desempeño directo de funciones soberanas, sino que únicamente se trata de garantizar unas condiciones básicas y adecuadas para el ejercicio de la actividad

²⁸⁹ *Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping Corporation et al.*, Sent. de 23 de junio de 1989, S. Ct., 1989, t. 109, pp. 683 y ss. El Tribunal Supremo norteamericano decidió también que, según el Derecho estadounidense, los demandantes no podían alegar frente a la inmunidad de Argentina que la conducta del ejército argentino había violado el Derecho internacional público.

²⁹⁰ V. Sent. de 19 de diciembre de 1961 de la Cour de Cassation francesa (asunto Guggenheim v. State of Vietnam), *Clunet*, 89/1962, pp. 432 y ss.

²⁹¹ V. por ejemplo, la sección 1603 (d) de la *Foreign Sovereign Immunities Act* estadounidense de 1976 y también la sección 3 (2) de la *State Immunity Act* británica de 1978.

diplomática.²⁹² La explotación de una central nuclear o de un laboratorio de ingeniería genética, que en muchos Estados se encuentra en manos privadas, se puede considerar una actividad no soberana cuando se trata de daños medioambientales provocados por la violación de los modernos estándares de diligencia. Sin embargo, también se puede defender otra solución, atendiendo a la especial responsabilidad del Estado respecto de riesgos técnicos de carácter especial.

Si un Estado actúa en los mercados financieros de la misma forma que una empresa privada, con el fin de mejorar su liquidez, se tiende a la inclusión de tales negocios en el ámbito no soberano (comercial); por sí sola, la finalidad pública subyacente no permite fundamentar la pretensión de inmunidad.

Así, la Corte suprema estadounidense decidió que la emisión de obligaciones en dólares americanos por parte del Banco Central de Argentina era una actividad no soberana (*commercial activity*);²⁹³ el pago en virtud del título obligacional debía realizarse en dólares, en cuentas bancarias de Estados Unidos, Alemania o Suiza. Frente a la reclamación de estas obligaciones, la Corte Suprema estadounidense negó a Argentina el recurso a la inmunidad, ya que, con la emisión de los bonos, se había presentado en el mercado como un actor privado, sin ejercitar ningún poder normativo estatal.

Las leyes de inmunidad de algunos Estados,²⁹⁴ y la Convención europea sobre inmunidad 9 de los Estados, contienen “listas negativas” de actividades que no pueden ser consideradas como soberanas (por ejemplo, contratos sobre suministro de bienes, contratos de préstamo, contratos que se deben cumplir en el foro).²⁹⁵ La Convención de las Naciones Unidas sobre la inmunidad de los Estados contiene, en su Artículo 2.1 lit. c, una definición que engloba:

- i) todo contrato o transacción mercantil de compraventa de bienes o prestación de servicios;
- ii) todo contrato de préstamo u otra transacción de carácter financiero, incluida cualquier obligación de garantía o de indemnización concerniente a ese préstamo o a esa transacción;
- iii) cualquier otro contrato o transacción de naturaleza mercantil, industrial o de arrendamiento de obra o de servicios, con exclusión de los contratos individuales de trabajo.

Tampoco se puede alegar inmunidad en litigios respecto a bienes inmuebles que estén situados en el foro. En cambio, cuando se trata de bienes muebles, el tratamiento de las

²⁹² Sent. de 30 de abril de 1963, BVerfGE, t. 16, pp. 27 y ss., esp. p. 64.

²⁹³ Republic of Argentina and Banco Central de La República Argentina, v. Weltover Inc *et al.*, Sent. De 12 de junio de 1992, S. Ct. 1992, t. 112 b, pp. 2160 y ss.

²⁹⁴ V., por ejemplo, sec. 3 (3) del *State Immunity Act* británica.

²⁹⁵ V. por ejemplo los arts 4 y ss. de la Convención Europea sobre inmunidad estatal.

inmidades estatales es más matizado.²⁹⁶ Según una tendencia de creciente aceptación, pero cuestionada por el Derecho consuetudinario internacional, un Estado extranjero está también sometido a la jurisdicción de otro Estado si ha provocado ilícitamente daños a una persona presente en el Estado del foro.²⁹⁷ Tal ruptura de la inmunidad de Estados es problemática, por ejemplo, en caso de demandas alegando que una expropiación con base en las leyes de los Estados Unidos constituye una violación del Derecho internacional público.²⁹⁸

- 10 El principio de la inmunidad estatal limitada también se aplica respecto de la ejecución de los bienes de un Estado extranjero.²⁹⁹ Tal ejecución sólo es admisible si el elemento patrimonial afectado no está dedicado a fines soberanos.³⁰⁰ Si falta una adscripción a un fin concreto, por ejemplo en el caso de una cuenta bancaria de una embajada, la inmunidad estatal debería poder invocarse con éxito frente a la ejecución, siempre que el Estado no preste su consentimiento.³⁰¹ En una sentencia de 1992, el Tribunal Constitucional español –basándose en la teoría de la inmunidad de ejecución limitada– ha excluido de la ejecución bienes patrimoniales pertenecientes a una representación diplomática.³⁰² La legislación y jurisprudencia de algunos Estados exigen para la ejecución que, junto a la vinculación de los bienes a una finalidad no soberana, la utilización de los respectivos bienes esté relacionada con la actividad no soberana del Estado, de la cual resulta la pretensión a ejecutar.³⁰³ Esta exigencia de conexidad excede, sin embargo, los presupuestos del Derecho consuetudinario internacional en torno a la ejecución.³⁰⁴ Nuevas tendencias se inclinan por someter por completo el patrimonio de los bancos centrales extranjeros a la protección de la inmunidad de ejecución.³⁰⁵ Además hay que tener en cuenta las reglas sobre inmunidad de diplomáticos y cónsules, así como la protección de misiones diplomáticas, que se añaden a las reglas generales sobre las inmunidades estatales. Así, establece el Artículo 22.3 del Convenio de Viena sobre las relaciones diplomáticas,³⁰⁶ que

²⁹⁶ Art. 13 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la inmunidad de los Estados.

²⁹⁷ Art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la inmunidad de los Estados.

²⁹⁸ § 1605 Sec. 3 de la *Foreign Sovereign Immunities Act* 1974, al respecto la sent. Tribunal Supremo de los Estados Unidos (As. Republic of Austria v. Altmann), U.S. vol. 541, 2004, pp. 677 y ss.

²⁹⁹ Sent. de 13 de diciembre de 1977, BVerfGE, t. 46, pp. 342 y ss. y Sent. de 12 de abril de 1983, BVerfGE, t. 64, pp. 1 y ss., con sus referencias a la jurisprudencia de otros tribunales nacionales.

³⁰⁰ Art. 19 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la inmunidad de los Estados.

³⁰¹ Sent. de 13 de diciembre de 1977, BVerfGE, t. 46, pp. 342 y ss., esp. pp. 392 y ss. y *House of Lords*, Alcom Ltd v. Republic of Colombia, A. C 1984, pp. 580 y ss.

³⁰² Sent. TC 107/1992, de 1 de julio, Abbot c. Republic of South África, Boletín de Jurisprudencia constitucional, 1992, número 135, pp. 155 y ss., esp. p. 166.

³⁰³ V. por ejemplo, la sección 1610 (a) (2) de la *Foreign Sovereign Immunities Act* estadounidense de 1976.

³⁰⁴ Sent. de 12 de abril de 1983, BVerfGE, t. 64, pp. 1 y ss., esp. pp. 40-41; v. también Art. 19 lit. c de la Convención de las Naciones Unidas sobre la inmunidad de los Estados

³⁰⁵ V. el art. 21 (1) (c) de la Convención de las Naciones Unidas sobre la inmunidad de los Estados, y la sección 1611 (b) (1) de la *Foreign Sovereign Immunities Act* estadounidense.

³⁰⁶ BOE n. 21, de 24 de enero de 1968.

los locales de una misión diplomática no pueden ser objeto de ningún registro, requisa, embargo o medida de ejecución;³⁰⁷ así, la renuncia incondicionada a la inmunidad estatal probablemente no permita sin más la ejecución en los locales de la misión diplomática en cuestión.³⁰⁸

Las empresas estatales y otros entes autónomos de Estados extranjeros gozan de una 11
inmunidad similar a la del Estado mismo, en la medida en que desempeñen funciones soberanas. En los procedimientos de ejecución, estos entes pueden invocar la inmunidad si los bienes sirven directamente a un objetivo estatal específico. Así, con respecto a la ejecución de las cuentas bancarias de la compañía petrolera estatal de Irán (*National Iranian Oil Company*), el Tribunal Constitucional alemán no admitió la alegación iraní según la cual los rendimientos de la empresa influían de forma relevante en el presupuesto nacional.³⁰⁹

De especial relevancia práctica es la cuestión de si, ante una adscripción dudosa del acto 12
estatal, o de los bienes estatales, al ámbito soberano o al no soberano, existe una especie de presunción a favor de la inmunidad extranjera. Si se trata de conductas o bienes del mismo Estado extranjero, la inmunidad estatal será la regla general y el sometimiento a la jurisdicción extranjera la excepción (*in dubio pro immunitate*).³¹⁰ Sin embargo, otra presunción debe regir respecto de las unidades jurídicas independientes, que están organizadas como sociedades de capital o utilizando formas jurídicas de Derecho privado; respecto de este tipo de empresas estatales, la adscripción a la esfera soberana del Estado (tanto desde el punto de vista de la inmunidad como respecto de la responsabilidad del Estado) requiere una fundamentación especial.

También las organizaciones internacionales pueden alegar la inmunidad, en cierta medi- 13
da, ante los tribunales nacionales.³¹¹ En relación con el Estado de su sede, la inmunidad está, en muchas ocasiones, regulada convencionalmente. Por lo demás, se discute con qué alcance las organizaciones internacionales pueden gozar de inmunidad. Según una concepción muy amplia, la pretensión de inmunidad debe abarcar todos los actos que estén cubiertos por las funciones de la organización previstas en el tratado fundacional. Según ello, gozarían de inmunidad todas las actividades que sirvan al cumplimiento de la finalidad de la organización; la distinción entre las actividades soberanas y las comerciales devendría superflua. Por otro lado, es difícil de entender por qué una organización internacional puede invocar el no sometimiento a una jurisdicción extranjera en mayor

³⁰⁷ Esta protección debería también impedir el registro de una hipoteca del crédito embargado. Una opinión opuesta la sostiene el *Oberlandesgericht Köln*, NJOZ 2004, pp. 2064, esp. p. 2067.

³⁰⁸ Respecto a la renuncia a la inmunidad en el contexto de la emisión de empréstitos argentinos, v. sent. del Tribunal Constitucional alemán, BVerfGE, t. 117, pp. 141 y ss.

³⁰⁹ Sent. de 12 de abril de 1983, BVerfGE, t. 64, pp. 1 y ss., esp. p. 44.

³¹⁰ Art. 5 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la inmunidad de los Estados; v. también sent. del *Oberlandesgericht Frankfurt a M.* de 4 de mayo de 1982, RIW 1982, pp. 439 y ss., esp. p. 441.

³¹¹ Wenckstern, M.: *Die Immunität internationaler Organisationen*, 1994.

grado que los Estados que la constituyeron. Ello habla a favor de que la inmunidad dependa de si la correspondiente actividad de la organización, pensada como si fuese estatal, tiene naturaleza soberana o no.³¹²

3. Los derechos humanos y su significado en el ordenamiento económico internacional

Bibliografía recomendada: Carstens, M.: Indigene kollektive Land- und Ressourcenrechte in der 'Awas Tingni-Entscheidung' des Interamerikanischen Menschenrechtsgerichtshofs, VRÜ 2004, pp. 236 y ss.; Cottier, T., Pauwelyn, J., Bürgi, E. (ed.): *Human Rights and International Trade*, 2006; Dolzer, R.: Menschenrechte im internationalen Wirtschaftsrecht, en: Herdegen, M., Klein, H. -H., Papier, H. J., Scholz, R. (ed.): *Festschrift für Roman Herzog* (2009), pp. 55 y ss.; Downes, C.: Must the Losers of Free Trade Go Hungry? Reconciling WTO Obligations and the Right to Food, *Virginia Journal of International Law* 47 (2007), pp. 619 y ss.; Dupuy, P. -M., Petersmann, E. U., Francioni, F. (ed.): *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, 2009; Hoffmeister, F.: *Menschenrechts- und Demokratieklauseln in den Außenbeziehungen der Europäischen Gemeinschaft*, 1998; Hestermeyer, H.: *Human Rights and the WTO*, 2007; Mechlem, K.: Harmonizing Trade in Agriculture and Human Rights. Options for the Integration of the Right to Food into the Agreement on Agriculture, *MPYUNL* 10 (2006), pp. 127 y ss.; Ruffert, M.: "The Protection of Foreign Direct Investment by the European Convention on Human Rights", *GYIL*, 43/2000, pp. 1166 y ss.; Ruggie, J. G.: Business and Human Rights: The Evolving International Agenda, *AJIL* 101 (2007), pp. 819 y ss.; Schmalenbach, K.: Multinationale Unternehmen und Menschenrechte, *AVR* 39 (2001), pp. 57 y ss.; de Schuller, O. (ed.): *Transnational Corporations and Human Rights*, 2006; Seidl-Hohenveldern, I.: *International Economic Law*, 3.^a ed., 1999, pp. 130 y ss.; Stoll, P.T.: "Handel und Menschenrechte in der internationalen Ordnung", en: *Festschrift für Christian Starck zum 70. Geburtstag*, 2007, pp. 1019 y ss.; Tomuschat, C.: *Human Rights: Between Idealism and Realism*, 2003; Wolfrum, R.: The Protection of Indigenous Peoples, *ZaöRV* 59 (1999), pp. 369 y ss.

- 14 De gran importancia es la incidencia que tienen sobre el orden económico nacional los derechos humanos reconocidos por el Derecho internacional. El estándar consuetudinario de los derechos humanos (con la garantía de un espacio de libertad "existencial"), los convenios universales de derechos humanos (como el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, y el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, ambos de 1966), y los acuerdos regionales sobre derechos humanos (por ejemplo, el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y sus protocolos adicionales) aseguran la posición del individuo como titular responsable

³¹² V. § 288 (a) de la *International Organisations' Immunity Act* estadounidense de 1945 y sent. Corte Cassazione italiana, de 18 de octubre 1982, *Rivista di Diritto Internazionale*, 1983, pp. 187 y ss.

de derechos subjetivos. De forma similar a lo que sucede respecto de la protección de los derechos fundamentales en el plano constitucional, la protección internacional de los derechos humanos no se limita a la estrecha esfera privada, sino que también se extiende a la actividad empresarial. Además, las garantías sociales y los derechos colectivos, como la libertad de asociación, influyen también de forma determinante en el orden económico y laboral. Sin embargo, la influencia de los “derechos humanos clásicos” sobre la vida económica aún no se reconoce hoy en día en toda su extensión.

Suscitan viva discusión las implicaciones comerciales del derecho a una alimentación adecuada, garantizado en el Artículo 11.1 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. En conexión con el derecho a la propiedad intelectual y la producción de medicamentos genéricos para abastecer de los mismos a países en vías de desarrollo, se menciona el derecho a la salud recogido en el Artículo 12 del mismo Pacto. Sin embargo, de ellos no se derivan pretensiones interestatales contra países industrializados o empresas multinacionales.

Donde más claramente se destaca la relación entre las libertades y la vida económica es en aquellos convenios de derechos humanos que se basan en la fuerte homogeneidad política y económica de los Estados contratantes. 15

Un ejemplo interesante de la expansión “dinámica” de las libertades tradicionales lo constituye la derivación de la libertad de radiodifusión a favor de los particulares, a partir de la libertad de expresión recogida en el Artículo 10 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH).³¹³ En vista del moderno desarrollo técnico, sería incompatible con tal libertad la existencia de un monopolio estatal en materia de radio y televisión. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo (TEDH) ha decidido, en una reciente sentencia, que el monopolio de la radiodifusión ejercido por la emisora estatal austriaca, y la prohibición de establecimiento y funcionamiento de estaciones privadas de radio y televisión, son incompatibles con el Artículo 10 del CEDH.³¹⁴

El libre desarrollo de la personalidad presupone las condiciones materiales para la realización del proyecto de vida individual; aquí radica el significado del derecho a la propiedad privada como tal derecho humano. Sin embargo, en el Derecho consuetudinario internacional tradicional sólo se protege la propiedad privada de los extranjeros. La heterogeneidad ideológica en la comunidad de Estados (también a causa de la influencia de la doctrina marxista-leninista en muchos de ellos) ha frenado durante mucho tiempo un reconocimiento universal de la libertad patrimonial como derecho humano.³¹⁵ Con la caída de los 16

³¹³ Sent. Tribunal Europeo Derechos Humanos (TEDH), As. Groppera Radio AG, serie A, t. 173, 1990, §§ 57 y ss.

³¹⁴ Sent. TEDH, Asunto Informationsverein Lentia v. Austria, serie A, Human Rights Law Journal 15/1994, pp. 36 y ss.; EuGRZ 1994, pp. 549 y ss.

³¹⁵ Al respecto, v. Dolzer, R.: *Eigentum, Enteignung und Entschädigung im geltenden Völkerrecht*, 1985.

sistemas socialistas en el Este de Europa se ha iniciado también en estos países una nueva evolución.

El Tribunal Constitucional alemán acierta, no obstante, con su actitud de reserva ante las propuestas de derivar del Derecho consuetudinario internacional un derecho humano a la propiedad privada.³¹⁶

- 17 En el plano convencional, la propiedad privada como derecho humano, no sólo a favor de los extranjeros, está protegida especialmente en el Artículo 1 del Primer Protocolo adicional del CEDH. La jurisprudencia del TEDH de Estrasburgo exige que en la expropiación de los propios nacionales se dé una indemnización que suponga un equilibrio razonable entre los intereses individuales y el bien general.³¹⁷ Aunque la indemnización pertinente en caso de expropiaciones sectoriales no necesita alcanzar el valor de mercado del bien afectado,³¹⁸ la exigencia de indemnización adecuada actúa como contrapeso frente a la tentación de utilizar la expropiación de todo un ramo de empresas como instrumento para lograr una reestructuración radical de la economía.
- 18 Ciertas actividades económicas, como la extracción de recursos minerales, provocan conflictos con los intereses de la población local en muchos países. Piénsese en los perjuicios a los derechos humanos de grupos indígenas y otros pueblos tribales con formas propias de vida, reconocidos en varios convenios. En este contexto, la protección de la propiedad privada juega un papel destacado. La Corte Interamericana de Derechos Humanos enfatizó en el asunto *Mayagna (Sumo), Awas Tingni Community v. Nicaragua*,³¹⁹ la importancia que tiene este derecho para los grupos indígenas y otras comunidades tribales, en la medida en que es la base tanto de su existencia económica como de su vida cultural:

Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben

³¹⁶ Tribunal Constitucional alemán, sent. BVerfGE 112, pp. 1 y ss., en esp. p. 32 y ss.

³¹⁷ Sent. TEDH, Asunto *Sporrong y Lönnroth v. Schweden*, serie A, vol. 52, §§ 69 z ss. = EuGRZ 1983 pp. 523 y ss.; TEDH, Asunto *Lithgow v. United Kingdom*, serie A, vol. 102 (1986), §§ 120 y ss.

³¹⁸ Sent. TEDH, Asunto *Lithgow*, serie A, vol. 102, 1986, §§ 121-122.

³¹⁹ Corte Interamericana de Derechos humanos, serie C, vol. 79 (2001); v. también Corte Interamericana de Derechos humanos, asunto *Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay*, serie C, vol. 146 (2006). Respecto de la relación entre la protección convencional de los derechos humanos y los tratados de protección de inversiones, v. apartado 140.

gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.³²⁰

La Corte Interamericana de Derechos Humanos decidió en este asunto que la concesión de un permiso de deforestación en el territorio de una comunidad indígena constituía una violación de su derecho a la propiedad (art. 21), y de otros derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos; a pesar de que la propiedad de tales comunidades está reconocida en la Constitución de Nicaragua, no fue respetada de manera adecuada.

En el asunto *Saramaka People v. Suriname*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos atribuye un alcance más amplio al derecho de las comunidades indígenas a la propiedad; el Alto Tribunal extendió este derecho al uso tradicional de los recursos terrestres y subterráneos, habida cuenta de la relevancia del uso de la tierra en la supervivencia económica y cultural de las comunidades tribales:

debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, es necesaria la protección del derecho a la propiedad sobre éste, de conformidad con el Artículo 21 de la Convención, para garantizar su supervivencia. De este modo, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio. Por ello, el reclamo por la titularidad de las tierras de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez, mantiene ese estilo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural, es exactamente lo que se precisa proteger conforme al Artículo 21 de la Convención a fin de garantizar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales el uso y goce de su propiedad. De este análisis, se entiende que los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos.³²¹

Sin embargo, la tutela convencional de la propiedad sobre áreas tradicionales de asentamiento no es absoluta, y no prohíbe totalmente la concesión de permisos para la deforestación o la explotación minera. Concretamente, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos exige tres requisitos para que sea admisible la intervención en la propiedad indígena, a través de la explotación de sus recursos naturales por terceros:

³²⁰ Corte Interamericana de Derechos humanos, asunto *Mayagna (Sumo) Awás Tingni Community v. Nicaragua*, serie C, vol. 79 (2001), apartado 149.

³²¹ Corte Interamericana de Derechos humanos, asunto *Pueblo Saramaka v. Suriname*, serie C, vol. 172 (2007), apartado 122.

- La efectiva participación de la comunidad afectada en las decisiones sobre el uso de la tierra
- la adecuada repartición de los beneficios obtenidos
- la evaluación previa de su compatibilidad con el medio ambiente y la sociedad.³²²

Citando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Africana para los Derechos Humanos y de los Pueblos ha establecido condiciones estrictas para privar de su territorio a grupos indígenas en el asunto *Endorois Welfare Council v. Kenya*; en el caso concreto, con el fin de establecer un parque natural protegido. Según la Comisión, la protección de la propiedad en el marco del Artículo 14 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos requiere:

- un control estricto de la proporcionalidad de la medida
- una consulta previa de la población afectada y
- una compensación adecuada.³²³

Con su fallo, la Comisión Africana de Derechos Humanos extendió el derecho de los pueblos a disponer de sus recursos naturales (art. 21 de la Carta Africana de Derechos), para incluir también a aquellos recursos cuya utilización no está relacionada con formas tradicionales de vida, en el caso concreto, la explotación de rubíes. Por ende, según la Comisión, la explotación de tales recursos por terceros requiere el pago de compensación.³²⁴

En el asunto *Sawhoyamaxa*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos abordó la relación entre la protección convencional de los derechos humanos y los acuerdos de protección de inversiones, constatando la primacía de los derechos humanos.³²⁵

La inadecuada tutela de la salud y del medio ambiente, y aún más el empleo de medidas de intimidación, o incluso violencia represiva, por parte de las fuerzas estatales de seguridad, son factores que conducen con frecuencia a la violación de los estándares mínimos de derechos humanos.

- 19 El asunto *Ogoni*, que fue planteado ante la Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, ofrece material muy amplio para ilustrar violaciones de derechos humanos de este tipo.³²⁶

³²² Corte Interamericana de Derechos humanos, asunto Pueblo Saramaka v. Suriname, apartado 129.

³²³ Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya, ILM, 49 (2010), p. 861 y ss., apartados 174 y ss.

³²⁴ Centre for Minority Rights Development v. Kenya, apartados 252 y ss.

³²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, asunto Comunidad indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay, serie C, vol. 146 (2006), apartado 140.

³²⁶ The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic, and Social Rights v. Nigeria, www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/155-96.html. Al respecto Coomans, F.: "The Ogoni Case before the African Commission on Human and People's Rights", ICLQ 52 (2003), pp. 749 y ss.

El caso concierne a la extracción de petróleo por un consorcio nigeriano-europeo en la región habitada por el pueblo Ogoni, en Nigeria. El antiguo gobierno militar no había llevado a cabo ninguna evaluación fiable e independiente del impacto ambiental y social del proyecto. La extracción del petróleo resultó, según lo determinado por la Comisión, en contaminación grave del aire, agua y suelo, causando perjuicios a la salud humana. Además, los procesos de decisión del Estado se realizaron sin la participación del pueblo Ogoni. Las fuerzas de seguridad nigerianas destruyeron casas y hasta pueblos enteros de los Ogoni; los residentes que querían volver a sus asentamientos fueron maltratados y, en algunos casos, asesinados. La Comisión constató violaciones de varias de las garantías de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (por ejemplo, del derecho a la salud, art. 16, el derecho colectivo a un *generally satisfactory environment*, art. 24, el derecho de los pueblos a decidir de forma autónoma sobre el uso de sus recursos naturales, art. 21, el derecho a la propiedad, art. 14, y el derecho a la protección de la familia, art. 18. 1). No le correspondió a la Comisión decidir acerca de una posible corresponsabilidad de las empresas petrolíferas privadas. Pero merece atención, en este contexto, la demanda contra el grupo Shell presentada por familiares de activistas en derechos humanos de la región de los Ogoni, y el subsiguiente acuerdo transaccional,³²⁷ por el cual Shell se comprometió a unos pagos considerables.³²⁸

Entre tanto, el tema de los derechos humanos ha adquirido una dimensión considerable en los acuerdos de cooperación e integración económica. Los acuerdos de la Unión Europea con países en vías de desarrollo o emergentes listan entre sus objetivos el del respeto a los derechos humanos.³²⁹ 20

El Tratado de la Comunidad Surafricana de Desarrollo (*South African Development Community*, en adelante *SADC*) compromete a este organismo al respeto de los derechos humanos, la democracia y los principios del Estado de Derecho. Además, contiene el compromiso de los Estados miembros a abstenerse de adoptar cualquier medida que ponga en peligro la esencia de los principios acordados o la realización de los objetivos del Tratado (art. 6.1). 21

En el asunto *Campbell v. Republic of Zimbabwe*, el Tribunal de la *SADC* ha interpretado el Artículo 4 lit. c del Tratado en el sentido de que los Estados miembros deben garantizar la tutela judicial efectiva y un proceso justo frente a intervenciones estatales que perjudiquen derechos individuales.³³⁰ Según el Tribunal, el respeto debido a los de-

³²⁷ El acuerdo transaccional ha sido publicado en el sitio web http://wiwavshell.org/documents/Wiwa_v_Shell_SETTLEMENT_AGREEMENT.Signed.pdf.

³²⁸ V. *supra*, tema 4, nota al margen 2 h.

³²⁹ V. Hoffmeister, F.: *Menschenrechts- und Demokratieklauseln in den vertraglichen Außenbeziehungen der Europäischen Gemeinschaft*, 1998.

³³⁰ Tribunal de la SADC, asunto Mike Campbell and others v. Republic of Zimbabwe, ILM, 48/2009, pp. 530 y ss.

rechos humanos implica la prohibición de discriminaciones por razón de raza, incluidas discriminaciones de hecho. Por ello, el Tribunal consideró violación del Tratado de la SADC el cambio en la Constitución de Zimbabwe dirigido a expropiar a hacendados blancos, privándoles de protección judicial.

En el Tratado de la Comunidad Económica de África Occidental (*Economic Community of West African States, ECOWAS*), los Estados miembros profesan su reconocimiento a los derechos humanos y de los pueblos, así como su voluntad de promoverlos y protegerlos, de acuerdo con la Carta Africana de los Derechos humanos y de los Pueblos (art. 4 lit. g). Los particulares pueden recurrir al Tribunal de la Comunidad por la violación de los derechos humanos (art. 10 lit. d del Protocolo suplementario relativo al Tribunal de la *ECOWAS*), tal y como ya ha ocurrido en el caso *Koraou v. The Republic of Niger*, sobre formas tradicionales de esclavitud femenina en el Níger.³³¹

4. Derecho de extranjería y protección diplomática

Bibliografía recomendada: Amerasinghe, C. F.: *Diplomatic Protection*, 2008; Doehring, K.: *Die Pflicht des Staates zur Gewährleistung diplomatischen Schutzes*, 1959; *id.*: “Aliens, Admission”, en *EPIL*, t. I, 1992, pp. 109 y ss.; Dolzer, R.: *Eigentum, Enteignung und Entschädigung im geltenden Völkerrecht*, 1985; Frowein, J. A. *et al.* (ed.): *Die Rechtstellung von Ausländern nach staatlichem Recht und Völkerrecht*, 1987; Hailbronner, K. (ed.): *Die Allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts*, 2000; Ress, G., Stein, T. (ed.): *Diplomatischer Schutz im Völker- und Europarecht*, 1996; Geck, W. K.: “Diplomatic Protection”, en *EPIL*, t. I, 1992, pp. 1045 y ss.; V. las referencias del tema 20.

- 22 El Derecho de extranjería contiene normas jurídicas sobre la situación de personas que se hallan en un Estado cuya nacionalidad no poseen, es decir, nacionales de Estados extranjeros y apátridas. El poder normativo de un Estado es menos intenso respecto de los extranjeros que frente a sus propios nacionales. En particular, un Estado, al conceder determinados derechos, puede diferenciar entre sus propios nacionales y los extranjeros.
- 23 En el tratamiento de sus propios nacionales y desde la perspectiva del Derecho internacional público, un Estado sólo tiene que atender a los derechos humanos que resultan del Derecho consuetudinario internacional y de convenios particulares (como por ejemplo, el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales), y que tienen por objeto proteger a cualquier persona. Por el contrario, cada Estado tiene que cumplir respecto de los extranjeros con un estándar mínimo internacional, que en algunos sectores ofrece un nivel de protección superior al derivado de los derechos humanos universales. De hecho, el estándar mínimo internacional, en su articulación clásica, sólo protege frente a un trato indigno, que ignore de forma grosera las

³³¹ Fallo n. ECW/CCJ/JUD/06/08, del 27 de octubre de 2008.

costumbres internacionales (*outrageous treatment*). En este sentido, en 1926 una comisión arbitral mexicano-estadounidense estableció en el asunto *Neer Claim*, unos requisitos muy estrictos para constatar la violación de dicho estándar mínimo:

*(...) the treatment of an alien in order to constitute an international delinquency should amount to an outrage, to bad faith, to wilful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency. Whether the insufficiency proceeds from the deficient execution of a reasonable law or from the fact that the laws of the country do not empower the authorities to measure up to international standards is immaterial.*³³²

La práctica reciente de los tribunales de arbitraje considera, sin embargo, que ya no es suficiente esta definición clásica, centrada en una falta de consideración manifiesta, grosera y malévola de los estándares civilizados.³³³ Así, llamado a pronunciarse en el asunto *Mondev International v. United States*,³³⁴ en materia de protección de inversiones, el tribunal arbitral del CIADI parte de que el estándar mínimo ha evolucionado:

Neer and like arbitral awards were decided in the 1920s, when the status of the individual in international law, and the international protection of foreign investments, were far less developed than they have since come to be. In particular, both the substantive and procedural rights of the individual in international law have undergone considerable development. In light of these developments it is unconvincing to confine the meaning of 'fair and equitable treatment' and 'full protection and security' of foreign investments to what those terms—had they been current at the time—might have meant in the 1920s when applied to the physical security of an alien.

Los tratados de inversiones modernos contienen por regla general cláusulas que permiten al inversor incoar de inmediato el procedimiento arbitral previsto.

En concurrencia con el estándar mínimo del Derecho de extranjería, sobre todo en La- 24
tinoamérica, se ha defendido la igualdad de trato respecto a los nacionales, lo que trae consigo oscilaciones al alza y a la baja frente al estándar mínimo invariable. Este concepto, que fue concebido por el internacionalista argentino Carlos Calvo, aspira a la equiparación entre los extranjeros y los propios nacionales.³³⁵ No ha podido, en cualquier caso, imponerse de forma general.

³³² US – Mexican General Claims Commission, *United States v. Mexico*, RIAA 4 (1926), p. 60.

³³³ V. *infra*, tema 23, nota al margen 2 e.

³³⁴ CIADI, asunto *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ILM, 42 (2003), pp. 85 y ss.

³³⁵ V. por ejemplo García Amador, F. W.: "Calvo Doctrine, Calvo Clause", en: EPIL, t. I, 1992, pp. 512 y ss.; Shea, D. R.: *The Calvo Clause*, 1955.

Cabe señalar que la doctrina Calvo vuelve a ser apreciada en algunos países de América Latina. Así, el Artículo 301 de la Constitución Venezolana de 1999 prohíbe que las personas naturales y jurídicas extranjeras reciban un trato más beneficioso que el establecido para las nacionales (frase segunda). Además, consagra el principio de trato igual entre inversiones extranjeras y domésticas (frase tercera).

De forma similar, se establece en el Artículo 320 de la Constitución de Bolivia de 2009 que:

II. Toda inversión extranjera estará sometida a la jurisdicción, a las leyes y a las autoridades bolivianas, y nadie podrá invocar situación de excepción, ni apelar a reclamaciones diplomáticas para obtener un tratamiento más favorable.

III. Las relaciones económicas con estados o empresas extranjeras se realizarán en condiciones de independencia, respeto mutuo y equidad. No se podrá otorgar a Estados o empresas extranjeras condiciones más beneficiosas que las establecidas para los bolivianos.

Entre tanto, el estándar mínimo del Derecho de extranjería ha perdido importancia, a raíz de la intensificación de la protección de los derechos humanos en convenios internacionales. No obstante, la posición jurídica especial del extranjero frente a la expropiación sigue siendo importante. Según el Derecho consuetudinario internacional, un Estado sólo puede privar de bienes patrimoniales a nacionales extranjeros si se dan determinados presupuestos, entre los que se cuenta especialmente el de la indemnización apropiada.³³⁶

- 25 Según el estándar mínimo internacional, el extranjero está sometido a una protección especial. A la inversa, los Estados también pueden reservar determinados derechos a sus propios nacionales, como, por ejemplo, la participación política o la posibilidad de adquirir inmuebles. En principio, un Estado tampoco está obligado a autorizar la residencia de nacionales extranjeros. En la práctica estatal existe una pluralidad de convenios, que, excediendo el Derecho de extranjería general, mejoran la posición jurídica de los nacionales de un Estado contratante en lo referido a su residencia en otro Estado, y les aseguran los mismos derechos que los que gozan los nacionales. Acuerdos de este tipo se hallan sobre todo en tratados de amistad, comercio y navegación, que en el pasado desempeñaron un papel relevante en la práctica estatal.³³⁷ Típico de tales tratados es la garantía del derecho de establecimiento y la protección de la propiedad privada, jugando un importante papel en la jurisprudencia de los tribunales internacionales y arbitrales. Hoy en día, sin embargo, el clásico tratado de amistad ha sido reemplazado en la protección de la propiedad de los extranjeros por acuerdos especiales de inversión.³³⁸

³³⁶ V. *infra*, tema 20, nota al margen 1.

³³⁷ Blumenwitz, D.; "Treaties of Friendship, Commerce and Navigation", en *EPIL*, t. IV, 2000, pp. 953 y ss.

³³⁸ V. *infra*, tema 23, nota al margen 2.

En el supuesto de que un Estado otorgue, por acción u omisión, a un extranjero un trato 26 contrario al Derecho internacional, el Estado de origen del extranjero podrá hacer valer la violación del Derecho internacional público frente al primer Estado, por medio de la protección diplomática. La protección diplomática de las sociedades se rige por su nacionalidad (determinada por la teoría de la constitución –*Gründungstheorie*– o la teoría de la sede real –*Sitztheorie*–).

El proyecto de la *International Law Commission* para una convención sobre protección diplomática considera que, por regla general, el Estado de origen es el Estado bajo cuyas leyes la sociedad ha sido fundada.³³⁹ En el caso de que no sea Estado de origen de acuerdo con la definición reseñada, el Estado de la sede real no puede brindar protección diplomática a la sociedad, salvo en casos excepcionales y siempre que el centro de sus intereses principales se sitúe allí (art. 9 del proyecto de la ILC):

For the purposes of the diplomatic protection of a corporation, the State of nationality means the State under whose law the corporation was incorporated. However, when the corporation is controlled by nationals of another State or States and has no substantial business activities in the State of incorporation, and the seat of management and the financial control of the corporation are both located in another State, that State shall be regarded as the State of nationality.

Así y en caso de medidas contra una sociedad con personalidad jurídica propia, la protección diplomática generalmente sólo puede ser concedida por su Estado de origen. La razón es que los únicos derechos afectados son los de la sociedad, y no los de sus propietarios (por ejemplo, accionistas), como puso en relieve la Corte Internacional en el asunto *Barcelona Traction*:

*Not a mere interest affected, but solely a right infringed involves responsibility, so that an act directed against and infringing only the company's rights does not involve responsibility towards the shareholders, even if their interests are affected.*³⁴⁰

De manera excepcional puede permitirse el recurso directo frente a los socios (“levantamiento del velo corporativo”), en particular en caso de liquidación de la sociedad, o cuando ésta ha perdido por completo su capacidad de actuar.³⁴¹

El Estado de origen de los accionistas, u otras personas con derechos de propiedad en una sociedad de capital, puede brindar protección diplomática, sin importar la nacio-

³³⁹ UN-Doc. A/61/10, *Report on the work of its fifty-eighth session (1 May to 9 June and 3 July to 11 August 2006)*, pp. 16 y ss.

³⁴⁰ Corte Internacional de Justicia, asunto *Belgium v. Spain*, ICJ Reports 1970, p. 3, p.36, apartado 46; v. también *supra*, tema 3, n. marg. 61.

³⁴¹ Corte Internacional de Justicia, *Belgium v. Spain*, p. 36, apartado. 46 y ss.; p. 40, apartados 64 y ss.

nalidad de la sociedad, cuando la posición legal de dichas personas goce de protección convencional especial. En este sentido, las disposiciones convencionales de protección de inversiones comprenden también participaciones en compañías y constituyen el fundamento de la protección diplomática por parte del Estado de origen de los accionistas. En este orden de ideas, en el asunto *ELSI*,³⁴² la Corte Internacional tuvo que interpretar un tratado bilateral de amistad, para juzgar la conducta del Estado italiano frente a la filial italiana insolvente de una empresa estadounidense. Según el proyecto de la *International Law Commission* para una Convención sobre protección diplomática, adoptado en 2006, el Estado de origen de los accionistas puede, de manera excepcional, conceder protección diplomática frente a otro Estado, cuando la sociedad perjudicada tiene la nacionalidad de este último Estado y su constitución ha sido exigida por éste como condición previa para realizar negocios en su territorio (art. 11 lit. b).

Cuando un Estado perjudica de manera directa a los socios extranjeros de una sociedad registrada en su territorio, por ejemplo, desconociendo sus derechos de participación o su pretensión al pago de dividendos, el Estado de origen del socio puede brindar protección diplomática. Así se pronunció la Corte Internacional en el asunto *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo)*:³⁴³

The exercise by a State of diplomatic protection on behalf of a natural or legal person, who is associé or shareholder, having its nationality, seeks to engage the responsibility of another State for an injury caused to that person by an internationally wrongful act committed by that State. Ultimately, this is no more than the diplomatic protection of a natural or legal person as defined by Article 1 of the ILC draft Articles; what amounts to the internationally wrongful act, in the case of associés or shareholders, is the violation by the respondent State of their direct rights in relation to a legal person, direct rights that are defined by the domestic law of that State, as accepted by both Parties, moreover. On this basis, diplomatic protection of the direct rights of associés of a société privée à responsabilité limitée or shareholders of a public limited company is not to be regarded as an exception to the general legal régime of diplomatic protection for natural or legal persons, as derived from customary international law (aaO, para. 21).

Entre los medios de la protección diplomática se cuentan, por ejemplo, la protesta, la retorsión (comportamiento “no amistoso”, como la limitación de las relaciones comerciales) y la represalia (una contramedida que en sí misma contradice al Derecho internacional, pero que se justifica al ser una reacción proporcionada, por ejemplo, frente al incumplimiento de obligaciones contractuales, o al bloqueo de activos extranjeros). Como ya se ha dicho, los Estados de la sede o de la constitución están autorizados a ejercitar la

³⁴² ICJ Reports 1989, p. 15.

³⁴³ Corte Internacional de Justicia, asunto Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo) (Preliminary objections), ILM, 46/2007, pp. 712 y ss., apartado 21.

protección diplomática respecto de las sociedades de su nacionalidad.³⁴⁴ Requisito esencial para la protección diplomática es que se hayan agotado los recursos legales existentes en el Estado de residencia (*local remedies rule*).

Como consecuencia de la agresividad de los poderes europeos en la protección de sus 27
ciudadanos en el pasado, y bajo la influencia de la doctrina del internacionalista Calvo, muchos países latinoamericanos solían rechazar el concepto de protección diplomática. La expresión concreta de este rechazo es la reivindicación de que los inversores extranjeros renuncien a su derecho a la protección diplomática por su Estado de origen, y se limiten a la protección judicial concedida por los tribunales del Estado receptor (cláusula Calvo).³⁴⁵

El Artículo 320.2 de la nueva Constitución de Bolivia muestra que esta animosidad frente a la protección diplomática sigue muy viva en algunos países.

Sin embargo, la doctrina Calvo no ha podido implementarse completamente en Derecho 28
internacional, en particular, porque la renuncia a la protección diplomática no es oponible al Estado de origen de los nacionales afectados. En el asunto *North American Dredging Company of Texas*, una comisión arbitral mixta llegó a la conclusión de que la sujeción contractual al Derecho sustantivo mexicano y a la jurisdicción exclusiva de los tribunales mexicanos y la renuncia a la protección diplomática, sólo tiene efectos con respecto a reclamaciones fundadas en el contrato celebrado. En consecuencia, la cláusula de renuncia no puede excluir la protección diplomática en caso de violación de estándares de Derecho internacional público (*denial of justice*).³⁴⁶ Sin embargo, no se le puede negar sin más a un inversor extranjero la posibilidad de disponer de sus pretensiones frente al Estado receptor. Conforme a una nueva opinión doctrinal, esto sucede, en particular, cuando el Estado de origen hace valer la pretensión de su nacional por medio de la protección diplomática, a modo de “legitimación indirecta”. Por otro lado, recientes acuerdos de protección de inversiones con países latinoamericanos muestran la influencia decreciente de la doctrina Calvo; los convenios modernos de protección de inversiones suelen someter la resolución de disputas entre inversor y Estado receptor al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), u a otros mecanismos arbitrales internacionales.³⁴⁷ El sometimiento contractual de un inversor a la jurisdicción exclusiva de los tribunales del Estado receptor suele ser objeto de interpretación restrictiva.³⁴⁸

No obstante, algunos gobiernos suramericanos se han distanciado de la protección convencional a las inversiones: el convenio relativo al CIADI fue rescindido por Bolivia en 2007, y por Ecuador en 2009.

³⁴⁴ Respecto de la protección diplomática de sociedades, v. *supra*, tema 4, nota al margen 2 h.

³⁴⁵ García Amador, F. W.: “Calvo Doctrine, Calvo Clause”, en: EPIL, t. I, 1992, pp. 512 y ss.; Shea, D. R.: *The Calvo Clause*, 1955.

³⁴⁶ V. US-Mexican Claims Commission, *North American Dredging Company of Texas v. United Mexican States*, RIAA, t. IV, pp. 26 y ss. (esp. 27 y ss.).

³⁴⁷ V. *infra*, tema 9, notas al margen 1 y 2, y tema 23, nota al margen 5.

³⁴⁸ V. *infra*, tema 23, nota al margen 2 i.

Tema 8

El Derecho internacional público del medio ambiente y las relaciones económicas internacionales

Bibliografía recomendada: Beyerlin, U., Marauhn, T: *International Environmental Law*, 2010; Bloch, F.: *Technologietransfer zum internationalen Umweltschutz*, 2007; Bodansky, D., Bruneel, B., Hey, E.: *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, 2007; van Bossche, P.: *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 2008; Bowman, M., Redgwell, C. (ed.): *International Law and the Conservation of Biological Diversity*, 1996; Campiglio, L., Pineschi, L., Siniscalco, D., Treves, T. (ed.): *The Environment after Rio. International Law and Economics*, 1996; Dolzer, R.: “Konzeption, Finanzierung und Durchführung des globalen Umweltschutzes”, en Götz, V., Selmer, P., Wolfrum, R. (ed.), *Liber amicorum Günther Jaenicke*, 1998, pp. 37 y ss.; *id.*, Kreuzer, K., Kunig, P., Lagoni, R., Lang, W., Schack, H.: “Umweltschutz im Völkerrecht und Kollisionsrecht”, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, t. 32, 1991; Dolzer, R., Thesing, J. (ed.): *Protecting Our Environment*, 2000; Epiney, A.: *Umweltrecht in der Europäischen Union*, 2.^a ed., 2005; Guruswamy, L. D., Palmer, G. W. R., Weston, B. H.: *International Environmental Law and World Order*, 2.^a ed., 1999; Holstein, C.: *Der Umweltschutz in der Tätigkeit der Weltbankgruppe*, 2001; Kellersmann, B.: *Die gemeinsame, aber differenzierte Verantwortlichkeit von Industriestaaten und Entwicklungsländern für den Schutz der globalen Umwelt*, 2000; Kiss, A. C., Shelton, D.: *International Environmental Law*, 2.^a ed., 2000; Klopfer, M.: *Umweltrecht*, 3.^a ed., 2004, pp. 286 y ss.; McConnell, F.: *The Biodiversity Convention. A Negotiating History*, 1996; Randelzhofer, A.: “Umweltschutz im Völkerrecht”, *Jura* 1992, pp. 1 y ss.; Sands, Ph.: *Principles of International Environmental Law*, 2003; Schoenbaum, T.J.: “International Trade and Protection of the Environment: The Continuing Search for Reconciliation”, *AJIL*, 91/1997, pp. 268 y ss.; Wolfrum, R. (ed.): *Enforcing Environmental Standards: Economic Mechanisms as Viable Means?*, 1996.

- 1 Un examen normativo de la moderna vida económica no puede obviar a día de hoy los condicionantes impuestos por el Derecho ambiental. La protección de los elementos vitales naturales es también reconocida de modo progresivo en el plano interestatal, como un bien que no puede quedar relegado a un plano secundario frente a la mejor distribución posible de los recursos y el incremento de la productividad.
- 2 Las disposiciones legales para la protección del medio ambiente influyen de manera decisiva sobre las condiciones marco de la actividad empresarial, especialmente en la creación y en el funcionamiento de instalaciones que producen bienes o energía. En el caso de centrales nucleares o establecimientos de ingeniería genética, las condiciones de autorización y la valoración respectiva de los intereses medioambientales juegan un papel decisivo en la elección del lugar de emplazamiento en el plano nacional e internacional. Por ejemplo, en el ámbito de la ingeniería genética, la industria química, o farmacéutica, alemana lleva mucho tiempo haciendo notar que las estrictas normas legales y su lenta

ejecución administrativa hacen que el traslado de las instalaciones de investigación y producción a Estados Unidos y otros países aparezca como una alternativa atractiva.

Desde hace tiempo, la Unión Europea dispone de un título competencial especial en 3 materia de protección del medio ambiente (arts. 191 y ss. TFUE). Además, su competencia para la aproximación de las legislaciones que incidan en el establecimiento o funcionamiento del mercado interior tiene una importante dimensión medioambiental (arts. 114-115 TFUE). Ello es así porque los estándares medioambientales en la fase de producción, o en la comercialización de determinados bienes (por ejemplo, medicamentos), contribuyen a determinar las condiciones de la competencia en cada uno de los Estados miembros. Hoy en día, el ámbito de la ingeniería genética, por ejemplo, está extraordinariamente influido por el Derecho de la Unión Europea, a través de las Directivas sobre la utilización confinada de microorganismos modificados genéticamente, o en materia de liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente.³⁴⁹ A través de ellas, se han eliminado en gran medida las diferencias existentes dentro de la Unión Europea respecto a los requisitos de investigación y producción. Sin embargo, en el marco de las normas del Derecho de la Unión Europea, sigue siendo importante el margen de discrecionalidad de que dispone el legislador nacional (como ocurre en la ley alemana de ingeniería genética). Esta discrecionalidad incide, por ejemplo, en la decisión empresarial sobre el emplazamiento de la empresa, sea en atención a estándares legítimos de protección ambiental, sea por razón de restricciones “caseras” a la investigación y producción.

Las restricciones a la importación juegan un papel relevante en tanto que vehículos 4 para imponer planteamientos de regulación ambiental. El Artículo 36 TFUE admite restricciones (proporcionadas y no discriminatorias) en el tráfico de mercancías,³⁵⁰ para proteger la salud y la vida de las personas y animales, y la preservación de los vegetales. Frecuentemente, es difícil resolver la cuestión de si las restricciones a la importación basadas en la protección medioambiental son compatibles con las reglas del GATT y otras disposiciones de la OMC sobre la liberalización del comercio mundial. En esta materia, son sobre todo problemáticos los obstáculos al comercio que no se refieren a los métodos de explotación, ni al proceso de producción. Un ejemplo lo constituye la prohibición de importar pescado, que se dirige contra determinados métodos de captura (reprobables por motivos ecológicos); para lograr su justificación conforme al Artículo XX del GATT, han de exigirse severos requisitos.³⁵¹

³⁴⁹ Al respecto, v. Herdegen, M.: *Internationale Praxis Gentechnikrecht*, t. I, parte 3, I. 1., 1 a., 2.

³⁵⁰ V. *infra*, tema 12, nota al margen 2 a).

³⁵¹ V. *infra*, tema 10, nota al margen 7.

1. Derecho internacional público aplicable a las relaciones de vecindad

- 5 En el Derecho internacional de las relaciones de vecindad, se ha impuesto la concepción de que, respecto de las cargas medioambientales transfronterizas, los Estados no pueden disfrutar en su territorio de una libertad absoluta. Más bien, de acuerdo con el principio de la soberanía limitada, un Estado no debe adoptar medidas en su territorio, o admitir actuaciones privadas, de las que pueda resultar la generación de perjuicios graves contra el equilibrio ecológico, u otros daños relevantes al medio ambiente, en el territorio de un Estado vecino. Este principio ha sido reconocido en algunos laudos arbitrales internacionales;³⁵² se trata de un deber de respeto en las relaciones de vecindad entre Estados, que requiere en cada caso de ponderación y de atención a las circunstancias concretas. En el asunto *Pulp Mills* (Argentina v. Uruguay), la Corte Internacional de Justicia requirió una evaluación de impacto ambiental antes de poner en funcionamiento un establecimiento situado en un río fronterizo. Para la Corte, este requisito no sólo se deriva de deberes convencionales de cooperación, sino que representa, además, una concretización del principio de respeto recogido en el Derecho consuetudinario internacional.³⁵³

(T)he obligation to protect and preserve ... has to be interpreted in accordance with a practice, which in recent years has gained so much acceptance among States that it may now be considered a requirement under general international law to undertake an environmental impact assessment where there is a risk that the proposed industrial activity may have a significant adverse impact in a transboundary context, in particular, on a shared resource.

- 6 En el Derecho consuetudinario internacional, se reconoce que los Estados están sujetos a un deber de respeto, en particular en materia de construcción y explotación de instalaciones con efectos transfronterizos, y deben evitar las injerencias graves en el medio ambiente del Estado vecino. Respecto de las actividades muy peligrosas (*ultra-hazardous activities*), se abre paso una tendencia a favor de admitir una responsabilidad objetiva, independiente de la culpa, que se fundamente en el riesgo generado. Según ella, la Unión Soviética sería responsable por los daños que causó la catástrofe nuclear de Chernóbil, con independencia de su culpa.
- 7 Una cuestión importante es la que se refiere al efecto de las autorizaciones estatales respecto de establecimientos desde los que se genera contaminación medioambiental trans-

³⁵² V. Sent. arbitral as. del lago Lanós (lago pirenaico situado en Francia que desaguaba en un afluente del Ebro), RIAA, t. XII, p. 281, y, al respecto, v. Rauschnig, D.: "Lac Lanoux Arbitration", en EPIL, t. III, 1997, pp. 111 y ss. También v. Sent. arbitral as. Trail Smelter (contaminación atmosférica provocada por una fundición canadiense en territorio de Estados Unidos), RIAA, t. III, p. 1905. Al respecto, v. Madders, K.J.: "Trail Smelter Arbitration", EPIL, t. IV, 2000, pp. 900 y ss.

³⁵³ Corte Internacional de Justicia, sent. de 20 de abril de 2010, asunto Pulp Mills on the River of Uruguay (Argentina v. Uruguay), apartado 204.

fronteriza. En muchos ordenamientos nacionales, el hecho de que un establecimiento que emita determinadas sustancias disponga de una autorización válida, conduce a que el vecino deba tolerar la explotación del establecimiento. Sin embargo, ante daños transfronterizos, un vecino extranjero no tiene por qué dejar que en su país –por ejemplo, en una demanda contra el explotador– se le oponga sin más esta autorización; la decisión sobre ésta tomada por un Estado no vincula, en principio, a las autoridades y tribunales del vecino.

Estos problemas se pueden ilustrar con el proceso sobre la salinización de las aguas del Rin, iniciado por floricultores de tulipanes holandeses contra empresas de potasa francesas.³⁵⁴ Ante los tribunales holandeses, las empresas responsables de la salinización no pudieron alegar con éxito el permiso de vertidos concedido por el Estado francés.

Otro problema lo constituye la legitimación de vecinos extranjeros para participar en, y reclamar frente a, la concesión de licencias nacionales en materia de inmisiones. Sobre la base de la noción de “buena vecindad”, el Tribunal Federal Administrativo alemán (*Bundesverwaltungsgericht*) ha reconocido que, en el proceso de autorización de una central nuclear cerca de la frontera holandesa, un holandés puede alegar estándares de protección individual contenidos en la ley alemana de energía atómica, y plantear una demanda frente a la autorización.³⁵⁵

Una solución satisfactoria sólo se puede alcanzar, con carácter general, por la vía de un convenio internacional entre los Estados implicados. Un acuerdo de esta naturaleza es, por ejemplo, el celebrado entre la República Federal Alemana y Austria, en torno al funcionamiento del aeropuerto de Salzburgo, situado cerca de la frontera alemana.³⁵⁶

2. El concepto de “desarrollo sostenible”

Bibliografía recomendada: Boyle, A., Freestone, D.: *International Law and Sustainable Development*, 2001; Gintner, K., Denters, E., de Waart, P.: *Sustainable Development and Good Governance*, 1995; Voigt, C.: *Sustainable Development as a Principle of International Law*, 2009.

La reivindicación a favor de un desarrollo responsable, que atienda a intereses ambientales, se ha reflejado en el concepto de “desarrollo sostenible” (*sustainable development*). Tras esta fórmula se recoge la demanda de conciliar, por un lado, el desarrollo económico (con un aumento del bienestar basado en incrementos productivos) con, por otro lado, el trato cuidadoso a los recursos naturales. El concepto *sustainable development* no constituye un principio de Derecho consuetudinario, sino que más bien funciona como máxima rectora

³⁵⁴ Esfahani, S., Wenckstern, M.: “Der Rheinversalzungsprozeß”, *RabelsZ*, 49/1985, pp. 740 y ss.

³⁵⁵ Sent. BVerwGE, de 17 de diciembre de 1986, vol. 75, pp. 285 y ss., esp. pp. 288-289.

³⁵⁶ Bundesgesetzblatt 1974, II, pp. 15 y ss.; sent BVerfGE, de 12 de marzo de 1986, vol. 72, pp. 66 y ss.;

para el respeto de los intereses medioambientales en el marco de los convenios internacionales y para la configuración de la política nacional económica y sobre el medio ambiente.

Al servicio de un desarrollo respetuoso con el medio ambiente, se ha creado el Fondo para el Medio Ambiente Mundial en el Banco Mundial (*Global Environmental Facility*).³⁵⁷ Este mecanismo de financiación debe, sobre todo, impulsar medidas para la protección del medio ambiente en los países en vías de desarrollo. De hecho, la versión actual del estatuto del Fondo refuerza su influencia en los países en vías de desarrollo.³⁵⁸

- 10 La Conferencia de Naciones Unidas sobre medio ambiente y desarrollo, celebrada en Río de Janeiro en 1992, marca un hito importante en el Derecho internacional público del medio ambiente. La “Agenda 21”, adoptada por esta Conferencia,³⁵⁹ contiene un programa de acción para la configuración de la futura protección internacional del medio ambiente. La Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo le da al principio del desarrollo sostenible una orientación antropocéntrica,³⁶⁰ que se recoge con claridad en el Principio 1 de la Declaración: “*Human beings are at the centre of concerns of sustainable development. They are entitled to a healthy and productive life in harmony with nature*”.
- 11 En la Conferencia de Río se firmaron dos importantes Convenios:³⁶¹ la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático, y la Convención sobre la diversidad biológica.

3. El principio de prevención

Bibliografía recomendada: Hohmann, H.: *The Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law*, 1994; Motaal, D. A.: “Is the World Trade Organization Anti-Precaution?”, *JWT* 39 (2005), pp. 483 y ss.; Erben, C.: *Das Vorsorgeprinzip im Völkerrecht*, 2005.

- 12 El principio de prevención, o *precautionary principle*, es un elemento clave del Derecho de medio ambiente moderno, tanto en el plano internacional como nacional. Según este

³⁵⁷ Dolzer, R.: “The Global Environment Facility – towards a new concept of the common heritage of mankind?”, Alfredsson, G., Macalister-Smith, P. (ed.), *The living Law of Nations – In Memory of Atle Grabl-Madsen*, 1996, pp. 331 y ss.; Ehrmann, M.: “Die globale Umweltfazität (GEF)”, *ZaöRV* 57/1997, pp. 565 y ss.; Klemm, A.: “Die Global Environment Facility”, *RIW* 1998, pp. 921 y ss.

³⁵⁸ *ILM*, 33/1994, pp. 1273 y ss.

³⁵⁹ Robinson, N. A. (ed.): *Agenda 21: Earth's Action Plan*, 1993.

³⁶⁰ *ILM*, 31/1992, pp. 876 y ss.

³⁶¹ Además se adoptaron declaraciones y programas de acción (no vinculantes desde la perspectiva del Derecho internacional público): la Declaración de Río (*ILM*, 31/1992, pp. 876 y ss.), los Principios relativos a los bosques (Declaración autorizada, sin fuerza jurídica obligatoria, de principios para un consenso mundial respecto de la ordenación, la conservación y el desarrollo sostenible de los bosques de todo tipo- *ILM*, 31/1992, pp. 822 y ss. y la Agenda 21 (v. *supra*, nota 368).

principio, no hay que esperar a que exista certeza científica en materia de riesgos para poder tomar medidas de defensa y prevención. También las incertidumbres científicas sobre el nexo causal justifican una actuación en pos de la protección de bienes jurídicos como la vida, la integridad física de personas o las bases naturales de la vida que se encuentren presuntamente en peligro. La Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo reconoce el principio de prevención en su Principio 15:³⁶²

In order to protect the environment, the precautionary principle shall be widely applied by States, according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be seen as a reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation.

El principio de prevención es también la idea dominante que conforma el Derecho ambiental europeo (art. 191.2 nota al margen 1.2 TFUE). Con respecto al uso de químicos posiblemente dañinos para la salud en la extracción de recursos naturales, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha fundamentado la exigencia de respetar el principio de prevención en el Artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (protección de la privacidad y de la vida familiar).³⁶³ En el Derecho de la Organización Mundial del Comercio existen algunos estándares de justificación que pueden considerarse expresión del principio de prevención.³⁶⁴ En el plano interestatal, no es el principio de prevención en sí el que provoca conflictos, sino las actitudes opuestas a su concreción. Ejemplo sobresaliente de ello es la gestión de los llamados “riesgos residuales” que, según la “razón práctica”, han de aceptarse porque la probabilidad de daño es muy remota.³⁶⁵ La jurisprudencia y las recomendaciones de gran número de tribunales y otros gremios internacionales suministran base suficiente para sostener que la “razón práctica”, cuando se deja guiar por una pluralidad de perspectivas, conduce también a juicios diferentes sobre lo que es, o ya no es, tolerable. Estas perspectivas diferentes se basan sobre todo en “sospechas iniciales”, en el peso que se le atribuye a posibles daños, y en la percepción de la probabilidad de que algo suceda. En particular, es el uso de tecnologías modernas, como la biotecnología,³⁶⁶ el que da lugar a conflictos recurrentes de carácter económico (sobre todo, comerciales).

³⁶² ILM, 31/1992, pp. 876 y ss.

³⁶³ Respecto del uso de cianuro en la explotación de oro, v. sent. TEDH, Asunto Tatar v. Rumania, Recurso no. 67021/01.

³⁶⁴ Respecto del art. 5. 7 SPS, v. por ejemplo, Appellate Body Report, “European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)”, WT/DS 26/AB/R, WT/DS 48/AB/R (1998).

³⁶⁵ Respecto de la noción de “riesgo residual”, v. la sent. BverfGE, vol. 49, pp. 89 y ss., en esp. p. 137 y ss.

³⁶⁶ V. *infra*, tema 8, nota al margen 7.

4. Tratados de Derecho internacional público sobre limpieza del medio ambiente y responsabilidad por daños medioambientales

Bibliografía recomendada: Beyerlin, U.: *Umweltvölkerrecht*, 2000; Dolzer, R., Thesing, J.: *Protecting our Environment. German Perspectives on a Global Challenge*, 2000; Rest, A.: “Fehlende Verantwortlichkeit bei transnationalen Umweltunfällen?”, en AA. VV.: *Festschrift für Ignaz Seidl-Hohenveldern*, 1988, pp. 478 y ss.; Sands, P.: *Principles of International Environmental Law*, 2.ª ed., 2003.

- 14 Con el fin de proteger el medio ambiente, se ha celebrado un gran número de convenios internacionales. Las obligaciones que éstos contienen respecto de los Estados están redactadas normalmente de una forma bastante general. En este contexto, destacan diversos convenios para reducir la contaminación marina y atmosférica. El objetivo del Convenio sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, hecho en Basilea en 1989,³⁶⁷ es regular jurídicamente y limitar las operaciones internacionales con desechos tóxicos. El objetivo del Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes es proteger el medio ambiente de sustancias químicas.³⁶⁸

También existe una serie de convenios que unifican el Derecho sustantivo en materia de responsabilidad civil medioambiental, especialmente el Convenio de París acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear de 1960,³⁶⁹ y el Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos de 1969.³⁷⁰

El objetivo del denominado Convenio de Espoo de 1991 (*Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context*³⁷¹) es la realización de evaluaciones de impacto ambiental respecto de determinadas actividades con efectos transfronterizos. Entre las actividades cubiertas por este Convenio conviene resaltar la operación de refinerías de petróleo y la instalación de oleoductos y gasoductos de gran diámetro (Apéndice 1, núms. 1 y 8). Requisitos detallados para la realización de evaluaciones de impacto ambiental en el marco de ciertos planes y programas se contienen en el denominado protocolo SEA (*Protocol on Strategic Environmental Assessment to the Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context*³⁷²), adoptado en 2003, tras la celebración del Convenio de Espoo.

³⁶⁷ ILM, 28 (1989), pp. 657 y ss.

³⁶⁸ ILM, 40/2001, pp. 532 y ss.

³⁶⁹ BGBl. 1976 II, pp. 308.

³⁷⁰ BGBl. 1975 II, pp. 305.

³⁷¹ ILM, 32/1993, pp. 80 y ss.

³⁷² BGBl. 2006 II, pp. 497.

5. Acuerdos sobre la protección de la atmósfera de la Tierra y del clima

Bibliografía recomendada: Bausch, C., Mehling, M.: “Klimagipfel in Montreal – zweigleisig in die Zukunft”, ZUR 2006, pp. 291 y ss.; Durner, W.: “The Implementation of the Climate Change”, AVR 37 (1999), pp. 357 y ss.; Faure, M., Gupta, J., Nentjes, A.: *Climate Change and the Kyoto Protocol*, 2003.

A la protección de la atmósfera terrestre se dedican el Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono de 1985, y el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono de 1987.³⁷³ En el Protocolo de Montreal, los Estados parte se obligan a reducir progresivamente la producción y el consumo de “sustancias controladas” (art. 2 A y ss. y la regla especial del art. 5 referida a los países en vías de desarrollo). Se prohíbe la importación de determinadas sustancias controladas (y de productos que contengan estas sustancias), procedentes de Estados que no sean parte del Protocolo (art. 4). Además, a través de limitaciones a la importación, se intentan frenar de manera progresiva los procesos de producción nocivos para el ozono en terceros Estados. Con estas restricciones a la importación, también se están contrarrestando las ventajas competitivas que genera la no observancia de los estándares medioambientales. 15

La Convención Marco de Naciones Unidas sobre el cambio climático persigue principalmente reducir la contaminación medioambiental producida por gases de efecto invernadero.³⁷⁴ Los países industrializados, especialmente los Estados miembros de la Unión Europea, Estados Unidos, Japón, Rusia y algunos de los demás Estados sucesores de la Unión Soviética, se han comprometido, en la misma Convención, a tomar medidas para limitar las emisiones antropogénicas de gases de efecto invernadero, especialmente de dióxido de carbono. Pero durante mucho tiempo, el esfuerzo por reducir de manera sustancial las emisiones de gases de efecto invernadero para cumplir con las obligaciones convencionales, se vio frustrado por dificultades casi insuperables. 16

La reducción de emisiones de dióxido de carbono y otros gases de efecto invernadero desempeña un papel destacado en los esfuerzos para proteger el clima. Entre los mayores emisores se cuentan, sobre todo, los Estados Unidos, la República Popular de China, la India, Japón y Rusia, junto a los países industrializados de Europa occidental y central. 17

En la Conferencia de Kyoto sobre cambio climático (1997), en primer lugar, se alcanzó un acuerdo sobre un convenio para reducir los gases de efecto invernadero: el

³⁷³ Convención de Viena para la protección de la capa de ozono, BGBL. 1988 II, pp. 902; Protocolo de Montreal de 1987 relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, BGBL. 1988 II, pp. 1015; 1991 II, pp. 1332; 1993 II, pp. 2183.

³⁷⁴ ILM, 31/1992, pp. 849 y ss. Al respecto Simonis, U. E.: “Auf dem Weg zu einer Klimakonvention”, VN 1992, pp. 10 y ss.

llamado Protocolo de Kyoto.³⁷⁵ Este Protocolo prevé obligaciones cuantitativamente diferentes respecto de los países industrializados para lograr que, como muy tarde en el año 2010, las emisiones de dióxido de carbono y de otros gases se reduzcan por debajo del nivel de 1990 (Estados Unidos: 7%, Estados miembros de la Unión Europea: 8%, Japón: 6%, Federación Rusa: 0%) (art. 3 i. V. m. Anexo B). Estados Unidos no pudo imponer la exigencia de establecer obligaciones también a los países en vías de desarrollo, para que rebajasen las emisiones de sustancias contaminantes. Bajo la limitación a los países industrializados de los deberes de reducción subyace, pues, la visión de la claramente preponderante contribución causal de estos países a las alteraciones climáticas derivadas de las emisiones (más de 2/3 de las emisiones de gases de efecto invernadero). Además, con ello se ha tomado en consideración el atraso económico y tecnológico de los países en vías de desarrollo. Sin embargo, es preocupante que, a largo plazo, se eleve claramente la cuota de emisión de los países en vías de desarrollo. Al mismo tiempo, las emisiones de los países industrializados también crecen en cifras absolutas (aunque se reduzcan porcentualmente). Por ello, la reciente entrada en vigor del régimen de Kyoto, de 16 de febrero de 2005, es de gran importancia. Los mecanismos flexibles previstos en el protocolo de Kyoto son especialmente relevantes.³⁷⁶ Estos mecanismos sirven a la cooperación interestatal, a la protección eficiente del clima, a la transferencia de tecnología y a los incentivos de la economía de mercado (por medio de unidades de reducción transferibles). La ejecución conjunta por parte de diversos Estados industrializados permite la compensación de los niveles de emisión individuales pactados, si se observa la obligación total asumida por los Estados participantes (art. 4). Los países industrializados pueden pactar proyectos encaminados a reducir las emisiones dañinas en uno de los Estado parte y que pueden ser compensadas, a través de unidades de reducción transferibles, con la cuota de otro Estado (*Joint Implementation*, art. 6). El mecanismo para un desarrollo limpio (*Clean Development Mechanism*), previsto en el Artículo 12, sirve para incentivar la protección ambiental y la transferencia de tecnología en el marco de la cooperación entre países industrializados y países en vías de desarrollo. A través de él, un Estado parte industrializado puede imputarse reducciones de emisiones certificadas sobre la base de la disminución de los perjuicios lograda. La posibilidad de comerciar con certificados de emisión es especialmente interesante (*emission trading*, art. 17);³⁷⁷ este mecanismo permite documentar contingentes de contaminación atmosférica (emisiones de gases de efecto invernadero) por medio de certificados, que se pueden comprar o vender. De él se benefician, en particular, Estados como Rusia, cuyas obligaciones de reducción de emisiones son relativamente altas y fácilmente superables por la falta de modernización de su industria. En total, según el Protocolo de Kyoto, la emisión de dióxido de carbono y de otros gases nocivos para el clima debería ser reducida en todo el mundo, teniendo en cuenta los años de referencia fijados (1990 o 1995), por lo menos un 5,2%.

³⁷⁵ Grubb, M. et al. (eds.): *The Kyoto Protocol*, 1999; ILM, 37/1998, pp. 22 y ss.

³⁷⁶ Kreuter-Kirchhof, Ch.: *Neue Kooperationsformen im Umweltvölkerrecht*, 2005.

³⁷⁷ Al respect, Freestone, D., Streck, C.: *Legal Aspects of Carbon Trading: Kyoto, Copenhagen and beyond*, 2009.

En la Unión Europea es la Directiva 2003/87/EG la que rige el comercio con certificados de emisión de gases de efecto invernadero.³⁷⁸ Como Directiva, hubo de ser transpuesta al Derecho nacional por los Estados miembros de la Unión Europea.³⁷⁹ Alemania lo ha hecho por medio de la Ley sobre el comercio con certificados de emisiones de gases de efecto invernadero (*Treibhausgas-Emissionshandelsgesetz* –TEHG–), y otras normas sobre reparto de certificados de emisión. La Unión Europea reparte la obligación total de reducciones asumida por ella entre los Estados miembros, según una determinada fórmula. Alemania aún está lejos de cumplir su obligación de reducir las emisiones en un 21% respecto al año de referencia, 1990. La decisión política de abandonar la energía atómica no ayuda a alcanzar esta meta. En virtud del Artículo 9 de la Directiva, los Estados miembros tienen que publicar planes nacionales de distribución y comunicarlos a la Comisión y a los demás Estados miembros. Los planes deben ser aprobados por la Comisión, que los evalúa de acuerdo a criterios preestablecidos. La liberación de gases de efecto invernadero requiere que exista un derecho de emisión transferible (certificado de emisión).

El Protocolo de Kyoto vincula su entrada en vigor a la ratificación por 55 Estados, que 18 han de reunir el 55% de las emisiones de gases de efecto invernadero de los países industrializados (art. 25.1). Durante mucho tiempo, el futuro del régimen de Kyoto quedó en el aire debido a la resistencia de Estados Unidos y otros países industrializados. En la Conferencia sobre el clima de Bonn y en la Conferencia consecutiva de Marrakech (2001) se alcanzó un compromiso que ha moderado drásticamente la obligación de los Estados industriales respecto de la reducción de las emisiones, lo que allanó el camino hacia la ratificación del Protocolo de Kyoto. Se han hecho concesiones, sobre todo, con el reconocimiento de recursos forestales que absorben dióxido de carbono, en el sentido de posibles deducciones de los deberes de emisión a favor de Japón, Canadá y Rusia. Como consecuencia de ello, el objetivo reductor a nivel mundial en el periodo de 2008 a 2012, se ha reducido del 2,2% originariamente previsto al 1,2%. Estados Unidos se desentendió del régimen de Kyoto, sin llegar a oponerse formalmente a este proceso convencional en materia de protección del clima. Tras la ratificación del Protocolo por Rusia, en otoño de 2004, con la cual se alcanzó la cuota requerida de 55% de emisiones, el régimen de Kyoto pudo entrar en vigor. El balance de los efectos del régimen de Kyoto es desalentador, también teniendo en cuenta los costes asociados al tráfico de emisiones; en muchos países, las emisiones de CO₂ han crecido de manera preocupante, siendo responsables no sólo países industrializados como los Estados Unidos, sino también países emergentes, como la República Popular de China y la India.

³⁷⁸ DO L 275, 25 de octubre de 2003, pp. 32 y ss.

³⁷⁹ Becker, F.: “Ökonomisierung und Globalisierung des Europäischen Umweltrechts: Die Richtlinie zum Handel mit Emissionszertifikaten”, *EuR* 2005, pp. 857 y ss.; Mehrbrey, K., Reuter, A.: *Europäischer Emissionshandel. Der EU-Richtlinienvorschlag auf dem rechtlichen Prüfstand*, 2003; Brattig, B.: “Die Zukunft des Europäischen und internationalen Emissionshandels”, *ZUR* 2004, pp. 412 y ss.

La Conferencia de Naciones Unidas sobre el Clima, celebrada en Bali en diciembre de 2007, adoptó un mandato para la negociación de un acuerdo que sucediera al Protocolo de Kyoto. Según el compromiso alcanzado en Bali, ha de constituirse un fondo de adaptación financiado por los países industrializados, con el objetivo fundamental de ayudar a los países emergentes a reducir las emisiones. Éste será administrado por el Fondo para el Medio Ambiente Global, del Banco Mundial.

6. Acuerdos sobre protección de la biodiversidad y la bioseguridad

Bibliografía recomendada: Adler, J. H.: “More sorry than safe: Assessing the Precautionary Principle and the Proposed International Biosafety Protocol”, *Texas International Law Journal* 2000, pp. 173 y ss.; Bail, Ch., Felkner, R., Marquard, H. (ed.): *The Cartagena Protocol on Biosafety*, 2002; Boyle, D., Freestone, D. (ed.): *International Law and Sustainable Development*, 1999; Correa, C. M.: “Access to Genetic Resources”, *World Competition* 20 (1997), pp. 57 y ss.; Sontol, A.: “The Convention on Biological Diversity”, *Bio-Science Law Review* 7 (2004/2005), pp. 45 y ss.; Wolfrum, R., Stoll, P. -T.: *Der Zugang zu genetischen Ressourcen nach dem Übereinkommen über die biologische Vielfalt und dem deutschen Recht*, 1996; Wolff, N., Kock, W. (ed.): *10 Jahre Übereinkommen über die biologische Vielfalt*, 2004; Young, T. R.: “An Implementation Perspective on International Law of Genetic Resources: Incentives, Consistency, and Effective Operation”, *YIEL* 15 (2004), pp. 3 y ss.

- 19 Entre los bienes medioambientales amenazados y respecto de cuya preservación la comunidad entera de Estados tiene interés vital, destaca la diversidad biológica. Las zonas que se caracterizan por una biodiversidad abundante, la llamada megabiodiversidad, se encuentran sobre todo en los países en desarrollo, en América Latina, África y Asia.

La Convención sobre la diversidad biológica de 1992 se firmó en la Conferencia de Río de Janeiro.³⁸⁰ Esta Convención ha sido ratificada, entretanto, por la mayoría de los Estados (estado de las ratificaciones a 9 de junio de 2008: 191 Estados parte), con la excepción destacada de los Estados Unidos. El texto podría convertirse en un modelo de equilibrio entre la protección de los elementos vitales naturales y la utilización económica de los recursos naturales. El desarrollo económico dinámico amenaza la diversidad biológica debido a las intromisiones en el espacio vital de los animales y plantas. Los objetivos de la Convención son “la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías, así como mediante una financiación” (art. 1). La diversidad biológica se define como “la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos, entre otras cosas, los ecosistemas

³⁸⁰ ILM, 31/1992, pp. 818 y ss.

terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre la especies y de los ecosistemas” (art. 2, 6.^a definición). La “utilización sostenible” de componentes de la diversidad biológica es entendida por la Convención como una utilización “que no ocasione la disminución a largo plazo de la diversidad biológica, con lo cual se mantienen las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras” (art. 2, última definición). Principios clave de la Convención son el derecho de los Estados “de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental”, y la obligación “de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional” (art. 3).

Entre los contenidos esenciales de la Convención sobre la diversidad biológica, se encuentra la regulación de la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica (arts. 6-13), así como la evaluación del impacto ambiental y la previsión ambiental (art. 14). De importancia decisiva es el acceso a los recursos genéticos como material genético de valor real o potencial (art. 2, 15.^a definición). Los métodos de la moderna biotecnología, especialmente, de la tecnología genética, han proporcionado a los seres humanos un inmenso potencial para la utilización de los recursos genéticos. Esto se aprecia, por ejemplo, en el cultivo agrícola o en el desarrollo de nuevos medicamentos. Por ello, son de gran importancia para alcanzar un equilibrio de intereses adecuado,³⁸¹ los preceptos de la Convención sobre diversidad biológica relativos al acceso a los recursos genéticos (art. 15), y a la transferencia de tecnología (arts. 16-19).³⁸² En estas regulaciones, se pone de manifiesto la dependencia mutua entre los países en vías de desarrollo y los “países emergentes”, por un lado, y los países industrializados, por otro. La diversidad de especies es muy elevada, sobre todo, en determinados países en vías de desarrollo y emergentes (son destacables, especialmente, Costa Rica, Panamá, Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia, Brasil, China, Malasia y Papúa-Nueva Guinea). Por otra parte, los países industrializados menos ricos en diversidad de especies son los que están más avanzados en la utilización de los recursos genéticos, a través de la biotecnología y la ingeniería genética.

En la medida en que un Estado aporta sus recursos genéticos, debe poder participar de forma justa y equitativa en los resultados de las actividades de investigación y desarrollo, así como en los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos (art. 15.7). El acceso y la transferencia de tecnología, que son relevantes para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, deben ser facilitados a los otros Estados contratantes (art. 16.1). Para ello, la Convención insiste en la protección adecuada y eficaz de las patentes y otros derechos de propiedad intelectual (art. 16.2). La Convención

³⁸¹ Respecto a la transferencia de tecnología, v. *supra*, tema 3, nota al margen 3.

³⁸² V. *infra*, tema 8, nota al margen 8.

hace especial hincapié en la relación equilibrada entre la puesta a disposición de recursos genéticos y la transferencia de tecnología (art. 19).

Además, los Estados parte tienen que analizar la necesidad de disposiciones internacionales, que posibiliten la transferencia segura, la manipulación y la utilización de organismos vivos modificados resultantes de la biotecnología, que puedan tener efectos adversos para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica (art. 19.3). La Convención sobre la biodiversidad biológica no reglamenta ni el estatus de los recursos genéticos, ni su utilización una vez transferidos a otro Estado. En cambio, la decisión 391 de la Comunidad Andina de 1996 establece que tanto los recursos genéticos mismos, como los recursos derivados de ellos y que contienen las informaciones genéticas, son patrimonio de los respectivos países de origen (art. 6.1),³⁸³ ambas categorías de recursos se consideran “inalienables” (art. 6.2). Según esta decisión, no deben ser reconocidas reivindicaciones basadas en la adquisición ilegal de recursos genéticos, incluidos los derechos de propiedad intelectual. Esta regla, de lógica similar a la contenida en la doctrina de la fruta del árbol envenenado (*fruit of the poisonous tree*), es difícilmente compatible con las obligaciones contenidas en el acuerdo ADPIC (TRIPS).³⁸⁴

La Conferencia de los Estados parte en la Convención sobre biodiversidad celebrada en Nagoya en 2010 adoptó el Protocolo sobre el acceso a recursos genéticos y la propiedad intelectual, y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización. Este Protocolo vincula la utilización de recursos genéticos al consentimiento del país de origen y, para ello, toma especialmente en cuenta la participación de comunidades locales o indígenas, permitiéndoles participar en los procedimientos. El Protocolo también prevé la protección de conocimientos tradicionales. En la misma Conferencia se adoptó otro Protocolo sobre cuestiones de responsabilidad (*Nagoya-Kuala Lumpur Supplementary Protocol on Liability and Redress*).

- 21 En el marco de la Convención de biodiversidad, se ha firmado, a principios del año 2000, el Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la biotecnología,³⁸⁵ que ha entrado en vigor en 2003. El Protocolo regula los movimientos transfronterizos, especialmente la importación de organismos vivos transgénicos (*living modified organisms, LMOs*). De gran importancia es la exigencia de informaciones previas y la existencia de un acuerdo

³⁸³ Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, Año XII – Número 213, 17 de julio de 1996, pp. 1 y ss.; contenido en Herdegen, M.: *Internationale Praxis Gentechnikrecht*, t. 2, tema 5, nota al margen II. 2 b.

³⁸⁴ V. *infra*, tema 15, nota al margen 2.

³⁸⁵ BGBL. 2003 II, pp. 1508 y ss.; v. también Böckenförde, M.: *Grüne Gentechnik und Welthandel*, 2005; Eggers, B., Mackenzie, R.: “The Cartagena Protocol on Biosafety”, *Journal of International Economic Law*, 2000, pp. 525 y ss.; Herdegen, M., Spranger, T.: “Erläuterungen zum Protokoll über die biologische Sicherheit”, en: Herdegen, M. (ed.), *Internationale Praxis Gentechnikrecht*, t. 2, tema 5, nota al margen I.2.a; Hobbs, A. L., Hobbs, J. E., Kerr, W. A.: “The Biosafety Protocol: Multilateral Agreement on Protecting the Environment or Protectionist Club”, *Journal of World Trade*, vol. 39/2005, pp. 281 y ss.; Phillips, P. W. B., Kerr, W. A.: “Alternative Paradigms: The WTO Versus the Biosafety Protocol for Trade in Genetically Modified Organisms”, *Journal of World Trade*, vol. 34 (2000), pp. 63 y ss.; Spranger, T.: “Das Biosafety-Protokoll”, en: Wolf, N., Köck (eds.): *10 Jahre Übereinkommen über biologische Vielfalt*, 2004, pp. 89 y ss.

fundamentado en tales informaciones (*advanced informed agreement*), antes de la primera importación de organismos destinados a ser liberados en el Estado importador.

El Protocolo de bioseguridad regula las condiciones que han de darse para que se permitan 22 las restricciones a la importación, entrando en concurrencia con las reglas sobre restricciones al comercio según el Derecho de la OMC (art. XX GATT, Acuerdo sobre medidas sanitarias y fitosanitarias). Por ello, el Protocolo deja conscientemente sin precisar cuál es su relación con el Derecho de la OMC. Por un lado, el Preámbulo del Protocolo afirma que éste no cambiará los derechos y deberes derivados de acuerdos existentes: “Destacando que el presente Protocolo no podrá interpretarse en el sentido de que modifica los derechos y las obligaciones de una Parte con arreglo a otros acuerdos internacionales ya en vigor”.

Por otro lado, el citado Preámbulo afirma la especialidad y la igualdad jerárquica del Protocolo frente a otros acuerdos: “En el entendimiento de que los párrafos anteriores no tienen por objeto subordinar el presente Protocolo a otros acuerdos internacionales”.

El Protocolo de Cartagena requiere una evaluación de riesgos científicamente sostenible 23 (art. 15. 1 y apéndice III), como base para reglamentar las importaciones (art. 10). Según el Artículo 10. 6 del Protocolo, no impedirá que un Estado miembro tome medidas de prevención el hecho de que no se tenga certeza científica por falta de información, o conocimientos científicos pertinentes suficientes, sobre la magnitud de los posibles efectos adversos de un organismo vivo modificado y la utilización sostenible de la biodiversidad. El Protocolo permite que las restricciones a las importaciones de organismos vivos modificados se justifiquen en ponderaciones “socio-económicas”, en la medida que tales restricciones sean compatibles con las obligaciones internacionales del respectivo Estado (art. 26). Esta indeterminación aumenta el margen de discreción de los Estados a la hora de restringir las importaciones. Basándose en preferencias socio-económicas, la Unión Europea y una gran parte de los países en vías de desarrollo han impuesto una visión escéptica de la tecnología genética. Ello crea tensiones con Estados que parten de una visión estrictamente científica para justificar restricciones, como los Estados Unidos (que, al haberse desentendido de la Convención de Naciones Unidas sobre biodiversidad, no puede ser parte en el Protocolo sobre bioseguridad). Estas distintas filosofías regulatorias preparan el terreno a conflictos en torno al Derecho de la OMC y sus estrictos estándares para la restricción de actividades comerciales (art. XX GATT, Acuerdo sobre medidas sanitarias y fitosanitarias).

7. Derecho de la biotecnología

Bibliografía recomendada: Dederer, H. G.: “Neues von der Gentechnik”, ZLR 2005, pp. 307 y ss.; Dolzer, R., Herdegen, M., Vogel, B. (ed.): *Biowissenschaften und ihre völkerrechtlichen Herausforderungen*, 2005; Francioni, F.: *Biotechnology and International Law*, 2006; Fricke, M.: *Genetisch veränderte Lebensmittel im Welthandelsrecht*, 2004; Herdegen, M.: “Biotechnology and Regulatory Risk Assessment”, en: Bermann, G., Herdegen, M.,

Lindseth, P. (ed.): *Transatlantic Regulatory Cooperation*, 2000, pp. 301 y ss.; *id.*: *Koexistenz und Haftung – Die Haftung für die unbeabsichtigten Spuren gentechnisch veränderter Organismen in der Landwirtschaft*, 2003; *id.*: “The Coexistence of Genetically Modified Crops with other Forms of Farming”, *Journal of International Biotechnology Law* 2 (2005), pp. 89 y ss.; Herdegen, M., Dederer, H. G.: *Adventitious presence of GMO's in seed*, 2001; Somsen, H. (ed.): *The Regulatory Challenge of Biotechnology: Human Genetics, Food and Patents*, 2007; Wüger, D., Cottier, T.: *Genetic Engineering and the World Trade System*, 2008.

- 24 El desarrollo dinámico de la biotecnología, así como su uso en la agricultura, el sector farmacéutico y la medicina, han convertido la reglamentación de esta alta tecnología en un tema central del Derecho internacional público. El uso de organismos genéticamente modificados ya es de gran relevancia en la agricultura de un buen número de países, como los Estados Unidos, Argentina, Brasil y China. Los desafíos normativos residen en la gestión de los riesgos para la salud humana, el medio ambiente y la protección frente a manipulaciones incompatibles con el respeto que se debe a cada ser humano y su individualidad única. Además, las normas del Derecho internacional público sobre la libre circulación de mercaderías (como el GATT y otros acuerdos pertenecientes al sistema de la OMC) limitan el margen para reglas que restrinjan el acceso a mercados de ciertos productos de biotecnología. Finalmente, ha de destacarse el potencial que ofrece la biotecnología para asegurar la alimentación de la población mundial y el desarrollo de los países más pobres. La FAO ha insistido en resaltar este hecho.³⁸⁶

Biotechnology can overcome production constraints that are more difficult or intractable with conventional breeding. It can speed up conventional breeding programmes and provide farmers with disease-free planting materials. It can create crops that resist pests and diseases, replacing toxic chemicals that harm the environment and human health, and it can provide diagnostic tools and vaccines that help control devastating animal diseases. It can improve the nutritional quality of the staple foods such as rice and cassava and create new products for health and industrial uses.

- 25 En el marco de las Naciones Unidas, la UNESCO adoptó una Declaración sobre el genoma humano en 1997. La Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (UNIDO) ha elaborado un código de conducta para la liberación intencionada de organismos genéticamente modificados. La Comisión *Codex Alimentarius*, encargada por la Organización Mundial de la Salud y la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), ha adoptado unas directrices para el análisis de riesgos de organismos genéticamente modificados, y la evaluación de riesgos de plantas y microorganismos genéticamente modificados.

³⁸⁶ FAO Agricultural Series no. 35.; *The State of Food and Agriculture 2003-2004. Agricultural Biotechnology – Meeting the Needs of the Poor?*, 2004, pp. 3-4.

En el Derecho de la Unión Europea existe una potestad normativa en materia de Derecho ambiental (art. 192 TFUE), que se solapa con la competencia para aproximar legislaciones (art. 114 TFUE). Algunas reglas aspiran tanto a la unificación de las condiciones jurídicas marco de la producción industrial, como a la protección del medio ambiente (por ejemplo, las normas para reducir los desechos nocivos de la industria del dióxido de titanio). El TJUE tiende a considerar, en estos casos, que la base competencial adecuada es la referida a la armonización legal.³⁸⁷ En materia de tecnología genética, la reglamentación de la Unión Europea se basa en la llamada Directiva de sistemas,³⁸⁸ y en la conocida como Directiva de liberación intencional.³⁸⁹ 26

La aprobación del acceso al mercado de productos que contienen, o se componen de, organismos genéticamente modificados, según la Directiva de liberación (Parte C), requiere la colaboración entre las autoridades del Estado miembro competente y los órganos de la Unión Europea (Comisión y Consejo, o un comité conformado por representantes de los Estados miembros). 27

Numerosas tensiones surgen de los conflictos regulatorios en el comercio mundial, que se deben a actitudes diferentes frente al manejo de los riesgos presentados por las altas tecnologías modernas, especialmente la biotecnología.³⁹⁰ Ello se aprecia sobre todo en la relación entre la Unión Europea y los Estados Unidos (pero también otros Estados), en cuanto a la comercialización de productos genéticamente modificados.³⁹¹ El Derecho de la Unión Europea (todavía) tiende a considerar que el uso de la tecnología genética constituye un riesgo *per se* (*process approach*), mientras que el derecho de Estados Unidos o Japón atienden principalmente al potencial de riesgo del respectivo producto (*product approach*). 28

Cabe agregar que las reglas de comercialización adoptadas por la Unión Europea se basan de manera creciente en motivos “socio-económicos”. En este sentido, los Reglamentos recientes sobre la comercialización de alimentos para humanos y animales que contienen, 29

³⁸⁷ TJUE, As. C-300/89, Rec. 1991, pp. I-2867 y ss., en esp. 2895 y ss.

³⁸⁸ Directiva 90/219/CEE del Consejo, de 23 de abril de 1990, relativa a la utilización confinada de microorganismos modificados genéticamente (DO L 117, pp. 1 y ss.), modificada por la Directiva 98/81/CE del Consejo del 26 de octubre de 1998 (DO L 330, pp. 13 y ss.), y el Reglamento (CE) 1882/2003 del Parlamento Europeo y el Consejo del 29 de septiembre de 2003 (DO L 284, pp. 1 y ss.).

³⁸⁹ Directiva 2001/18/CE sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente y por la que se deroga la Directiva 90/220/CEE del Consejo (DO L 106, pp. 1 y ss.), modificada por la Directiva 2008/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 11 de marzo de 2008 (DO L 81, pp. 45 y ss.).

³⁹⁰ Herdegen, M.: *Internationale Praxis Gentechnikrecht*, t. 2, parte 5, nota al margen I. 2 a.

³⁹¹ Herdegen, M.: “Biotechnology and Regulatory Risk Assessment”, en: Bermann, G., Herdegen, M., Lindseth, P. (eds.): *Transatlantic Regulatory Cooperation*, 2000, pp. 301 y ss. Respecto de diferencias similares en la “filosofía regulatoria” en el tema de la liberación intencional, v. Dederer, H. -G.: *Gentechnikrecht im Wettbewerb der Systeme – Freisetzung im deutschen und US-amerikanischen Recht*, 1998.

o se componen de, organismos genéticamente modificados,³⁹² obedecen a una noción de protección al consumidor que tiene poca conexión con riesgos a la salud o con cualidades científicamente relevantes del producto.³⁹³ Ello se aprecia, por ejemplo, en la exhaustividad de los requisitos de aprobación, etiquetado y trazabilidad en alimentos que no contienen ningún material obtenido por manipulación genética que sea capaz de reproducirse. Reglas de esta índole son apropiadas para cimentar sin base empírica ideas preconcebidas y costumbres de los consumidores, así como para crear barreras al comercio que carecen de justificación científica. Ello suministra material importante para conflictos comerciales en el seno de la Organización Mundial del Comercio.³⁹⁴

8. Acceso a material genético y conocimientos indígenas

Bibliografía recomendada: von Hahn, A.: *Traditionelles Wissen indigener und lokaler Gemeinschaften zwischen geistigen Eigentumsrechten und der public domain*, 2004; Henne, G.: *Genetische Vielfalt als Ressource – Die Regelung ihrer Nutzung*, 1998; Normand, V.: “Access to genetic resources and the fair and equitable sharing of benefits arising out of their utilization”, *Journal of International Biotechnology Law* 1 (2004), pp. 133 y ss.; Spranger, T.: “Der Zugriff auf pflanzliche Genressourcen im internationalen Regelungsgeflecht”, *AVR* 40 (2002), pp. 64 y ss.; *id.*; *Rechtliche Rahmenbedingungen für Access and Benefit Sharing-Systeme*, 2008; Wolfrum, R., Stoll, P. -T.: *Der Zugang zu genetischen Ressourcen nach dem Übereinkommen über die biologische Vielfalt und dem deutschen Recht*, 1998.

- 30 La investigación y el desarrollo industrial se basan de modo considerable en el material genético y los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, sobre todo en países con alta biodiversidad. La mayoría de estos países son países en vías de desarrollo en América Latina, África y Asia. Por ende, la protección de estos recursos materiales y cognitivos tiene también una dimensión política de ayuda al desarrollo.
- 31 La Convención de las Naciones Unidas sobre biodiversidad resalta la soberanía de los Estados respecto de la reglamentación del acceso a sus recursos naturales (art. 15):

³⁹² Reglamento (CE) 1829/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo del 22 de septiembre de 2003 sobre alimentos y piensos modificados genéticamente (DO L 268, pp. 1 y ss.); Reglamento (CE) 1830/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo del 22 de septiembre de 2003 relativo a la trazabilidad y al etiquetado de organismos modificados genéticamente y a la trazabilidad de los alimentos y piensos producidos a partir de éstos, y por el que se modifica la Directiva 2001/18/CE (DO L 268, pp. 24 y ss.).

³⁹³ Dederer, H. -G.: “Neues von der Gentechnik”, *Zeitschrift für Lebensmittelrecht* 32/2005, pp. 307 y ss.; Schubert, G.: “Paradigmenwechsel im Gentechnikrecht? Die neuen EU-Verordnungen zur Gentechnik”, *Gentechnik & Recht* 2003, pp. 47 y ss.; Burchardi, J. -E.: *Die Vereinbarkeit der europäischen Vorschriften zur Kennzeichnung gentechnisch veränderter Lebensmittel mit dem Welthandelsrecht*, 2007.

³⁹⁴ V. *infra*, tema 10, nota al margen 8.

- 1) En reconocimiento de los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales, la facultad de regular el acceso a los recursos genéticos incumbe a los gobiernos nacionales y está sometida a la legislación nacional.
- 2) Cada Parte Contratante procurará crear condiciones para facilitar a otras Partes Contratantes el acceso a los recursos genéticos para utilizaciones ambientalmente adecuadas, y no imponer restricciones contrarias a los objetivos del presente Convenio.
- 3) A los efectos del presente Convenio, los recursos genéticos suministrados por una Parte Contratante a los que se refieren este artículo y los artículos 16 y 19 son únicamente los suministrados por Partes Contratantes que son países de origen de esos recursos o por las Partes que hayan adquirido los recursos genéticos de conformidad con el presente Convenio.
- 4) Cuando se conceda acceso, éste será en condiciones mutuamente convenidas y estará sometido a lo dispuesto en el presente artículo.
- 5) El acceso a los recursos genéticos estará sometido al consentimiento fundamentado previo de la Parte Contratante que proporciona los recursos, a menos que esa Parte decida otra cosa.

Además, la Convención obliga a los Estados parte a cumplir con el objetivo de “compartir en forma justa y equitativa los resultados de las actividades de investigación y desarrollo y los beneficios derivados de la utilización comercial y de otra índole de los recursos genéticos con la Parte Contratante que aporta esos recursos” (art. 15.7.1 CBD).

Esta participación se llevará a cabo bajo condiciones mutuamente acordadas (art. 15.7.2 CBD).

En el contexto de transferencia de tecnologías se aprecia un equilibrio de intereses parecido. La obligación general de los países industrializados a la transferencia de tecnología es parte de una red compleja de reglas (art. 16.2-5 CBD). Las obligaciones de los países industrializados a la transferencia de tecnología se concretan a través de condiciones establecidas de común acuerdo. El manejo de tecnologías que son objeto de patentes u otros derechos de propiedad intelectual es una cuestión delicada. Tales derechos deben gozar de una protección “adecuada y eficaz” (art. 16.2.2 CBD). La transferencia de tecnología deseada debe, sin embargo, extenderse también a tecnologías que están protegidas por derechos de propiedad intelectual. Y aquí deben hallar aplicación, de acuerdo con el Artículo 16.3, las reglas sobre la puesta a disposición de recursos económicos por parte de los países industrializados (art. 20 CBD), y el mecanismo de financiación de la Convención (art. 21 CBD).

Las llamadas Directrices de Bonn (*Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Equitable Sharing of the Benefits Arising out of their Utilization*) concretan los estándares requeridos para alcanzar acuerdos justos de acceso y reparto de beneficios.

- 33 Todavía son escasos los acuerdos entre empresas farmacéuticas e instituciones estatales acerca de la gestión de la biodiversidad, el acceso a recursos genéticos, la participación de los países de origen en los beneficios de su utilización, así como en la transferencia de tecnología. Hasta ahora, estos acuerdos no han eliminado el temor de los países de origen a resultar desfavorecidos.

En esta materia, es de interés el acuerdo celebrado en el año 1991 entre la empresa farmacéutica estadounidense Merck y el Gobierno de Costa Rica. Según este acuerdo, el Instituto Nacional de Biodiversidad costarricense pone a disposición exclusiva de la empresa farmacéutica ejemplares de plantas, animales y muestras de suelo para la investigación. La empresa mantiene los derechos de propiedad industrial de los medicamentos desarrollados a partir de esta colaboración. Como contraprestación, la empresa debe pagar al Instituto Nacional una suma considerable, hacer que participe de las utilidades de los fármacos desarrollados en el marco de esta cooperación y poner a su disposición valiosos laboratorios.

- 34 La protección de conocimientos indígenas frente a su “apropiación” inadecuada, por ejemplo mediante patentes, sigue siendo un tema controvertido. Por falta de “novedad”, es imposible conceder protección a los conocimientos tradicionales bajo forma de patentes. Hasta ahora, las aspiraciones para crear un mecanismo propio de protección no han dado resultados. Sin embargo, los conocimientos indígenas pueden excluir que se otorgue una patente a un desarrollo basado en ellos, por no tener éste carácter de “novedad”. Pero ello no es cierto para invenciones que solamente se inspiran en los conocimientos indígenas.

Tema 9

Solución de diferencias y Derecho procesal internacional

1. Mecanismos del Derecho internacional público para la solución de diferencias

Bibliografía recomendada: Berini, G.: *L'Arbitrato*, 1993; Bernhardt, R.: “Die gerichtliche Durchsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen”, *ZaöRV*, 47/1987, pp 17 y ss.; Brand, R. A., Jablonski, S. R.: *Forum Non Conveniens*, 2007; Collier, J., Lowe, V.: *The Settlement of Disputes in International Law*, 1999; Dolzer, R.: “Formen der Streitbeilegung im multilateralen Wirtschaftsrecht”, *Festschrift für Karl Doehring zum 70. Geburtstag*, 1989, pp. 143 y ss.; Fawcett, J.: *International Economic Conflicts*, 1977; Lavranos, N.: “Regulating Competing Jurisdictions Among International Courts and Tribunals”, *ZaöRV* 68 (2008), pp. 575 y ss.; Lowenfeld, A. F.: *International Litigation and Arbitration*, 2.^a ed., 2001; Mosler, H., Bernhardt, R. (ed.): *Judicial Settlement of International Disputes*, 1974; Oellers-Frahm, K., Zimmermann, A.: *Dispute Settlement in Public International Law*, 2.^a ed., 2001; Pauwelyn, J.; Salles, L. E.: “Forum Shopping Before International Tribunals”, *Cornell International Law Journal* 42 (2009), pp. 77 y ss.; Petersmann, E. -U., Jaenicke, G. (ed.): *Adjudication of International Trade Disputes in International and National Economic*

Law, 1992; Wühler, N.: *Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der völkerrechtlichen Praxis der Bundesrepublik Deutschland*, 1985.

En concordancia con la variedad de conflictos existentes en Derecho económico internacional, existe un amplio espectro de mecanismos de solución de diferencias. En el plano interestatal, hay que tener en cuenta que el intercambio directo de prestaciones entre dos Estados desempeña un papel secundario frente al tráfico de mercancías, servicios y capitales llevado a cabo por empresas privadas. En litigios de Derecho económico entre Estados, se trata generalmente de la protección diplomática a favor de los propios nacionales (por ejemplo, en expropiaciones u otras medidas coercitivas de un Estado extranjero), o de actos de política económica que provocan controversias en organizaciones internacionales (como en el GATT). 1

El foro clásico para la solución formal de controversias entre Estados es la Corte Internacional de Justicia (CIJ), cuya competencia requiere un sometimiento especial por parte de los Estados implicados. Esta competencia se puede fundar en un sometimiento general consensuado para las controversias internacionales (art. 36.2 del Estatuto de la CIJ), en un acuerdo convencional previo (como un tratado de amistad), o bien en el acuerdo de las partes para un litigio concreto (art. 36.1). En las relaciones económicas bilaterales, la conclusión de convenios arbitrales tiene más relevancia que la solución de conflictos por parte de la CIJ. Un ejemplo actual de arbitraje interestatal es el tribunal arbitral constituido por Irán y Estados Unidos en La Haya (*Iran-US Claims Tribunal*), surgido a raíz del difícil conflicto diplomático causado por la ocupación de la embajada americana en Teherán y el embargo de activos iraníes en Estados Unidos.³⁹⁵ 2

Esta corte arbitral está integrada por árbitros designados por ambos Estados y por una instancia independiente. El *Iran-US Claims Tribunal* ha decidido tanto sobre controversias entre ambos Estados, como sobre reclamaciones de nacionales de un Estado frente al otro Estado.

En las relaciones económicas multilaterales, las formas flexibles de solución de controversias dominan, especialmente si se trata de cuestiones de gran sensibilidad política y amplio alcance. En este ámbito, los intereses relevantes de cada Estado y otras circunstancias se tienen en cuenta en mayor medida que en los procedimientos judiciales. Los esfuerzos por alcanzar una solución consensuada juegan, en estos casos, un papel importante. Pero la institucionalización de un mecanismo de solución de diferencias en el marco de la OMC ha supuesto una fuerte judicialización de los conflictos jurídico-económicos.³⁹⁶

³⁹⁵ ILM, 20/1981, pp. 230 y ss., y, al respecto, Caron, D.: "The Nature of the Iran-United States Claims Tribunal and the Evolving Structure of International Dispute Resolution", AJIL, 84/1990, pp. 104 y ss.

³⁹⁶ V. *infra*, tema 10, nota al margen 12.

- 3 En el plano internacional, es especialmente reseñable la tutela jurídica otorgada por el TJUE, cuya competencia abarca conflictos entre los Estados miembros, entre la Unión Europea y los Estados miembros, el control de actos jurídicos de las instituciones de la Unión y la interpretación de su Derecho.³⁹⁷ La amplitud de sus competencias y la eficiencia de la protección jurídica concedida alcanzan una calidad que, de otro modo, sólo se podría hallar en el ámbito nacional.

- 4 El acceso a instancias de Derecho internacional está reservado, por regla general, a los Estados y a las organizaciones internacionales. No obstante, existe un conjunto de convenios internacionales que permite a particulares ejercitar reclamaciones frente a Estados ante una instancia judicial o arbitral internacional.³⁹⁸ Un ejemplo, en el ámbito de la protección de los derechos humanos, lo constituye la demanda individual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), recogida en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (v. art. 34 CEDH). Con base en el Convenio del Banco Mundial sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, el inversor y el Estado receptor pueden consentir en someter las diferencias surgidas al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones - CIADI (*International Centre for the Settlement of Investment Disputes - ICSID*).³⁹⁹ Un gran número de tratados bilaterales de protección de inversiones,⁴⁰⁰ y acuerdos regionales como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN, o *NAFTA* en inglés),⁴⁰¹ prevén la solución de diferencias en materia de inversiones a través del CIADI. Adicionalmente, muchos tratados bilaterales de protección de inversiones fundamentan la competencia de un tribunal arbitral, que se constituye y decide según las reglas arbitrales de la Comisión de Comercio Internacional de las Naciones Unidas (CNUDMI, o *UNCITRAL* en inglés),⁴⁰² o las reglas de la Cámara de Comercio Internacional de París. En estos casos, la cláusula contenida en los convenios internacionales ya presupone la aceptación por parte del respectivo Estado de acogida, de la solución de sus diferencias con los inversores a través de un procedimiento arbitral.

- 5 El Tribunal arbitral iraní-estadounidense de La Haya ha resuelto una serie de importantes cuestiones de Derecho económico en litigios entre nacionales estadounidenses e Irán. Con su jurisprudencia, (por ejemplo, en relación con expropiaciones y con el estándar indemnizatorio exigible, así como respecto de pretensiones contractuales y extracontrac-

³⁹⁷ V. *supra*, tema 4, nota al margen 41 y ss.

³⁹⁸ Al respecto, v. Hallier, H. J.: *Völkerrechtliche Schiedsinstanzen für Einzelpersonen und ihr Verhältnis zur innerstaatlichen Gerichtsbarkeit*, 1962; Toope, S. J.: *Mixed International Arbitration: Studies in Arbitration between States and Private Persons*, 1990; Wühler, N.: "Mixed Arbitral Tribunals", *EPIL*, t. III, 1997, pp. 433 y ss.

³⁹⁹ V. *infra*, tema 23, nota al margen 28.

⁴⁰⁰ V. *infra*, tema 23, nota al margen 2.

⁴⁰¹ V. *infra*, tema 20, nota al margen 26.

⁴⁰² V. *infra*, tema 9, nota al margen 9.

tuales conforme al Derecho nacional e internacional público), este Tribunal ha realizado una significativa aportación al Derecho económico internacional.⁴⁰³

La clasificación del procedimiento frente al CIADI, o frente al Tribunal arbitral iraní-estadounidense de La Haya, en controversias entre Estados y particulares no es nada sencilla, a causa de su proximidad al arbitraje privado. Su especialidad consiste en que la obligatoriedad del laudo respecto del Estado implicado y la estructuración del proceso se basan en fundamentos de Derecho internacional público.

Pueden surgir conflictos de difícil resolución cuando las competencias de tribunales 6 internacionales u otras instituciones con funciones judiciales se superponen a la hora de resolver un caso. El llamado asunto “de los peces espada chilenos” parte de una disputa sobre las restricciones impuestas por Chile al acceso de pescadores extranjeros a los caladeros de pez espada.⁴⁰⁴ El asunto fue sometido tanto al órgano de resolución de diferencias de la OMC (competente con base en las reglas de tránsito contenidas en el GATT), como al Tribunal Internacional del Derecho del Mar (competente de acuerdo con las reglas del Derecho internacional del Mar sobre la protección de especies marinas migratorias). La solución de diferencias en el seno de la OMC se puede ver también desafiada por otros tribunales competentes de acuerdo con acuerdos regionales de integración o uniones aduaneras.⁴⁰⁵ Así, existe una competencia exclusiva del TJUE respecto de las disputas entre Estados miembros sobre el alcance del TFUE y del TCEEA (arts. 4.3 y 344 TFUE, art. 192-193 TCEEA).

En el asunto *MOX Plant*, sobre el vertido de sustancias radioactivas desde la central nuclear de Sellafield y el consiguiente riesgo de contaminación del Mar de Irlanda, este último país ignoró la competencia exclusiva del TJUE, presentando una demanda contra el Reino Unido fundada en la Convención de las Naciones Unidas de Derecho del Mar.⁴⁰⁶

2. Arbitraje comercial internacional

Bibliografía recomendada: Aksen, G., von Mehren, R. B. (ed.): *Internacional Arbitration between Private Parties and Governments*, 1982; Baxter, I. F.: “International Business Disputes”, ICLQ, 39/1990, pp. 288 y ss.; van den Berg, A. J.: *The New York Arbitration Convention of 1958*, 1981; Berger, K. P.: *International Economic Arbitration*, 1993, id.: “Party Autonomy in International Economic Arbitration: A Reappraisal”, *American Review of International Arbitration*, 4/1993, pp. 1 y ss.; Böckstiegel K. -H.: *Arbitration*

⁴⁰³ V., por ejemplo, Avanesian, A.: *Iran-United States Claims Tribunal in Action*, 1993; Crook, J. R.: “Applicable Law in International Arbitration: The Iran-U. S. Claims Tribunal Experience”, *AJIL*, 83/1989, pp. 278 y ss.; Khan, R.: *The Iran-United States Claims Tribunal – Controversies, Cases and Contributions*, 1990.

⁴⁰⁴ V. *infra*, tema 10, nota al margen 131.

⁴⁰⁵ Asunto Brazil-Measures Affecting the Import of Retreaded Tyres, WT/DS332/AB/R; v. también *infra*, tema 9, nota al margen 122; Asunto Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and other Beverages WT/DS308/AB/R; al respecto, v. *infra*, tema 10, nota al margen 122.

⁴⁰⁶ TJUE, As C-459/03. Comisión v. Irlanda, Rec. 2006, pp. I-4635 y ss.

and State Enterprises, 1984; Craig, W. L., Park, W. W., Paulsson, J.: *International Chamber of Commercial Arbitration*, 3.^a ed., 2000; Cremades, B. M.: “Commercial Arbitration”, en EPIL, t. I, 1992, pp. 674 y ss.; Delaume, G. R.: “State Contracts and Transnational Arbitration”, AJIL, 75/191, pp. 785 y ss.; Ebenroth, C. -T., Parche, U.: “Schiedsgerichtsklauseln als alternative Streiterledigungsmechanismen in internationalen Konsortialkreditverträgen und Umschuldungsabkommen”, RIW, 1990, pp. 341 y ss.; Fox, H.: “States and the Undertaking to Arbitrate”, ICLQ, 37/1988, pp. 1 y ss.; Fouchard, Ph., Gaillard, E., Goldman, B.: *Traité de l'arbitrage commercial international*, 1996; Garro, A M. (ed.): *Commercial and Labor Arbitration in Central America*, 1991; Grigera Naón, H.: *Choice of Law Problems in International Commercial Arbitration*, 1992; Herdegen, M.: “Wirkungen von Schiedssprüchen in Streitigkeiten zwischen Privatpersonen und fremden Staaten”, RIW, 1989, pp. 329 y ss.; Lew, J. D. M. (ed.): *Contemporary Problems in International Arbitration*, 1987; Lowenfeld, A. F.: *International Litigation and Arbitration*, 2.^a ed., 2001; Mann, F. A.: “State Contracts and International Arbitration”, BYIL, 42/1967, pp. 1 y ss.; Nerz, A.: “Vor- und Nachteile eines Schiedsverfahrens nach der Schiedsgerichtsordnung der Internationale Handelskammer”, RIW, 1990, pp. 350 y ss.; Redfern, A., Hunter, M.: *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4.^a ed., 2004; Rensmann, T.: *Anationale Schiedssprüche*, 1997; Schlosser, P.: *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2.^a ed., 1989; *id.*: “Bald neues Recht der Schiedsgerichtsbarkeit in Deutschland?”, RIW, 1994, pp. 723 y ss.; Schütze, R. A.: “Die Schiedsgerichtsbarkeit der Internationalen Handelskammer”, WM 1986, pp. 345 y ss.; Schütze, R. A., Tscherning, D., Wais, W.: *Handbuch des Schiedsverfahrens*, 2.^a ed., 1990; Schwebel, S. M.: *International Arbitration: Three Salient Problems*, 1987; Toope, S. J.: *Mixed International Arbitration: Studies in Arbitration between States and Private Persons*, 1990.

- 7 En controversias relacionadas con el tráfico económico transfronterizo, el arbitraje privado internacional desempeña un papel destacado. Entre los motivos de la popularidad del arbitraje frente al ejercicio de acciones ante tribunales nacionales, se encuentran, especialmente: la posibilidad de las partes de influir en la elección de los árbitros y en la estructuración del procedimiento, la composición del tribunal arbitral y el Derecho aplicable, la rapidez, la protección de la confidencialidad, los costes menos elevados del procedimiento, y, en ocasiones, también la mayor previsibilidad de las decisiones. Sin embargo, la “patología” de algunos procedimientos arbitrales provoca que la salida de la jurisdicción estatal pueda tener un precio considerable, como cuando una parte persigue obstaculizar el desarrollo del procedimiento arbitral, o cuando no reconoce el laudo como vinculante. Por otro lado, la actitud expectante de la comunidad internacional y la posibilidad de sanciones informales, contribuyen de forma esencial a la observancia de los convenios arbitrales internacionales.

- 8 Uno de los problemas especialmente actuales del moderno arbitraje económico internacional es la estructuración del proceso en varias partes, por ejemplo, con respecto a la designación del árbitro. El modelo clásico de una corte arbitral a tres (con dos árbitros

designados por las partes y un presidente nombrado por una instancia independiente) es poco apropiado para los procedimientos arbitrales con pluralidad de partes como, por ejemplo, las controversias que pueden surgir entre los socios de un consorcio de la construcción. En estos casos, si varios demandados se tienen que poner de acuerdo respecto a la designación de un árbitro, la igualdad de armas procesales puede verse menoscabada.⁴⁰⁷

Tienen gran importancia, sobre todo, los procesos realizados conforme a las normas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). Para desarrollar procedimientos arbitrales internacionales, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional –CNUDMI– (o *UN Commission on International Trade Law –UNCITRAL–* en inglés) ha elaborado un Reglamento de Arbitraje,⁴⁰⁸ cuya aplicación en el marco de acuerdos de arbitraje ha sido recomendada por la Asamblea General de Naciones Unidas.⁴⁰⁹

El arbitraje internacional no sólo se basa en la conformidad contractual de ambas partes, sino que presenta múltiples relaciones con los ordenamientos nacionales y el sistema de protección jurídica estatal. Estas relaciones cobran actualidad cuando el desarrollo del procedimiento arbitral, o el reconocimiento del laudo como decisión vinculante, ya no se alcanzan por medio del consenso entre ambas partes. Además, con frecuencia, durante la negociación sobre la composición del tribunal arbitral, o durante el procedimiento, es necesario recurrir a la tutela provisional, que sólo pueden prestar los tribunales estatales. De gran relevancia práctica es la revisión del laudo por parte de los tribunales del Estado en que se ha dictado, o por los tribunales del Estado cuyo Derecho se aplica al procedimiento arbitral como consecuencia del acuerdo de las partes. El Derecho procesal civil de cada Estado deja un margen distinto a la autonomía de la voluntad respecto de la arbitrabilidad de determinadas controversias jurídicas, la estructuración del proceso y el Derecho aplicable. Lo mismo ocurre respecto del reconocimiento de laudos que han sido dictados en otro país. La reciente legislación y jurisprudencia de algunos países europeos y de Estados Unidos tienden a la generosidad en materia de reconocimiento de laudos internacionales (por ejemplo, en relación a la arbitrabilidad objetiva de conflictos internacionales en materia de Derecho de la competencia,⁴¹⁰ o a la sola fundamentación del laudo en principios generales del Derecho).⁴¹¹ Ello refleja la importancia que se otorga a la efectividad del arbitraje en casos con elemento extranjero. En el marco de la CNUDMI-

⁴⁰⁷ V. Sent. Corte francesa de casación, as. Dutco: Rev. arb., 1992, pp. 470 y ss. Al respecto, Berger, K.P.: “Schiedsrichterbestellung y Mehrparteien-Schiedsverfahren – Der Fall ‘Dutco’ vor französischen Gerichten”, RIW, 1993, pp. 702 y ss.

⁴⁰⁸ ILM, 15/1976, pp. 701 y ss.

⁴⁰⁹ En esta materia, v. Glossner, O.: “Die UNCITRAL-Schiedsordnung in der Praxis”, RIW, 1978, pp. 141 y ss.; Sacerdoti, G.: “The New Arbitration Rules of ICC and UNCITRAL”, JWT, 11/1977, pp. 248.

⁴¹⁰ V. por ejemplo, sent. Tribunal Supremo estadounidense, Mitsubishi Motors Corporation v. Solaira Chrysler Plymouth Inc., U. S., vol. 473, 1985, pp. 614 y ss.

⁴¹¹ Sent. Court of Appeal británica, Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrgesellschaft m. b. H. v. R’As al-

MI, se ha elaborado una Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional,⁴¹² que ha servido de paradigma a la legislación de una pluralidad de Estados.

- 11 Una serie de convenios internacionales facilita el reconocimiento y ejecución internacional de laudos arbitrales. El Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 1958 es especialmente importante.⁴¹³ Este Convenio se aplica a sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquél en el que se pide el reconocimiento y la ejecución, así como a sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución (art. I. 1). Un Estado contratante sólo puede denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia emitida en otro Estado contratante conforme a dicho Convenio, si concurren determinadas circunstancias.⁴¹⁴ Por ejemplo, si el acuerdo arbitral no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido (art. V. 1. a), o si la sentencia ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia (art. V. 1. e). Además, también se puede denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia si, según la ley del país de destino, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje (art. V. 2. a), o si el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios a su orden público (art. V. 2. b). Ello constituye una fuente de considerable inseguridad jurídica a la hora de ejecutar un laudo internacional. Junto al Convenio de Nueva York, es digno de mención el Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional de 1961.⁴¹⁵

- 12 En las relaciones contractuales entre Estados y particulares, la sumisión a arbitraje constituye la forma “clásica” de solución de diferencias. Ello es debido a que, a menudo, la sujeción a la jurisdicción de su contraparte estatal no le ofrece a una empresa privada la seguridad jurídica deseada: para el Estado es difícilmente aceptable acordar la competencia de los tribunales de un tercer Estado; el particular está interesado, por su parte, en que el convenio arbitral y la validez del laudo no se sometan al Derecho nacional de su contraparte estatal, ya que éste es el “señor” de su propio ordenamiento jurídico. Con frecuencia, la protección jurídica del particular, por una parte, y la idea de soberanía por otra, no son fáciles de conciliar. Cuando, de acuerdo con la voluntad de ambas partes, el

Khaimah National Oil Company, W.L.R., 3/ 1987, pp. 1023 y ss. Al respecto, v. secc. 46 (1) (a) de la United Kingdom Arbitration Act de 1996 (ILM, 36/1997, pp. 155 y ss.)

⁴¹² Al respecto, v. Böckstiegel, K. -H.: “Das UNCITRAL-Modell-Gesetz für die internationale Wirtschafts-Schiedsgerichtsbarkeit”, RIW, 1984, pp. 670 y ss.; Kerr, M.: “Arbitration and the Courts: The UNCITRAL Model Law”, ICLQ, 44/1985, pp. 1 y ss.

⁴¹³ BOE n. 164, de 11 de julio de 1977; UNTS, vol. 330, pp. 38 y ss.; Jayme, E., Hausmann, R.: *Internationales Privat- und Verfahrensrecht*, 15.ª ed., 2010, n. marg. 240.

⁴¹⁴ Art. V del Convenio.

⁴¹⁵ BOE n. 238, de 4 de octubre de 1975; UNTS, vol. 484, pp. 364 y ss.; Jayme, E., Hausmann, R.: *Internationales Privat- und Verfahrensrecht*, 15.ª ed., 2010, n. marg. 243 (extracto).

arbitraje no se somete a ningún Derecho nacional, el laudo tiene carácter “anacional” (o “deslocalizado”). De ello se derivan complicadas cuestiones jurídicas.⁴¹⁶

También en controversias planteadas solamente entre particulares hay procedimientos arbitrales que, de acuerdo con su voluntad, no han de someterse a ningún Derecho nacional. La ejecución de estos laudos anacionales es bastante controvertida. Sin embargo, atendiendo, por ejemplo, al Convenio de Nueva York de 1958, no pueden oponerse impedimentos sustanciales a su reconocimiento y ejecución.⁴¹⁷ A pesar de ello, la opción de las partes a favor de un laudo “flotante” de este tipo (*sentence flottante*) genera en la práctica una considerable inseguridad jurídica. 13

Todo esto puede ilustrarse con el ejemplo de una famosa sentencia arbitral, que fue emitida por dos árbitros al hilo del caso SEEE; se trataba de un conflicto entre una sociedad francesa y el Estado yugoslavo en torno a una reclamación por una construcción ferroviaria.⁴¹⁸ Los tribunales suizos denegaron el reconocimiento del laudo arbitral, debido a que el Derecho procesal del Cantón de Waadt exigía un número impar de árbitros. Por otro lado, los tribunales de Suiza se abstuvieron de anular la sentencia arbitral sobre la base de que las partes no habían querido someter el proceso al Derecho procesal nacional. La lucha por conseguir una ejecución del laudo frente al Estado yugoslavo generó un peregrinaje de varias décadas por diversas instancias judiciales nacionales. Entre otras, se acudió, en repetidas ocasiones, a la Corte de Casación francesa y al Tribunal Supremo holandés. Finalmente, un tribunal de apelación francés, mediante una decisión confirmada posteriormente por la Corte de Casación, dio vía libre a la ejecución de la sentencia arbitral. 14

El mecanismo más idóneo para superar los riesgos derivados de un arbitraje entre Estados y particulares es un convenio internacional entre el Estado implicado y el Estado de origen del particular. Ejemplos de ello son el Convenio CIADI,⁴¹⁹ y los tratados de protección de inversiones, los cuales suelen prever, a su vez, la competencia del CIADI, o de un tribunal arbitral que aplique, por ejemplo, las reglas de la CNUDMI. 15

⁴¹⁶ Herdegen, M.: “Wirkungen von Schiedsprüchen in Streitigkeiten zwischen Privatpersonen und fremden Staaten”, RIW, 1989, pp. 329 y ss., esp. pp. 332 y ss. y Rensmann, T.: *Anationale Schiedsprüche*, 1997.

⁴¹⁷ Al respecto, v. Herdegen (*supra*, nota anterior), p. 336; Rensmann (*supra*, nota anterior), pp. 207 y ss.; Ward Atterbury, S.: “Enforcement of A-National Arbitral Awards under the New York Convention of 1958”, *Virginia Journal of International Law*, 32/1992, pp. 471 y ss. y *Sent. US Court of Appeals for the Ninth Circuit, Ministry of Defense of the Islamic Republic of Iran v. Gould Inc.*, F. 2d, vol. 887, 1989, pp. 1357 y ss., esp. p. 1364.

⁴¹⁸ *Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises c/ Republique de Yougoslavie*, Clunet, 1986/1959, pp. 1074 y ss. V. en este caso las sentencias emitidas por tribunales nacionales: *Waadtkändisches Kantonsgericht*, *Revue critique de droit international privé*, 47/1958, pp. 359 y ss.; *Schweizerisches Bundesgericht*, *Revue critique de droit international privé*, 47/1958, pp. 366 y ss. (comentada por J. -F. Aubert); *niederländischer Hoge Raad*, *Rev. arb.* 1974, pp. 311 y ss., esp. p. 321; *Cour d'appel de Rouen*, Clunet, 112/1985, pp. 473 y ss. (comentada por B. Oppetit) y confirmada por la Corte de Casación francesa, *Rev. arb.* 1987, pp. 149 y ss. (comentada por J. -L. Delvolvé).

⁴¹⁹ V. *infra*, tema 23, nota al margen 28.

- 16 Problemas particulares se presentan cuando una controversia termina siendo objeto de procedimientos arbitrales paralelos, como así lo demuestran los procedimientos arbitrales nacidos del asunto *CME/Lauder v. Czech Republic*.⁴²⁰

El asunto versa sobre las medidas adoptadas en perjuicio de las inversiones realizadas por la sociedad holandesa CME en el mercado de las comunicaciones de la República Checa. La sociedad holandesa estaba controlada por el señor Lauder, un ciudadano estadounidense. Alegando que el gobierno checo habría frustrado el objeto de la inversión, el señor Lauder inició un procedimiento arbitral en Londres, según las reglas arbitrales de la CNUDMI y con base en el Tratado sobre protección de inversiones vigente entre la República Checa y los Estados Unidos. Poco después, CME inició otro procedimiento arbitral, esta vez en Estocolmo, también regido por las reglas de la CNUDMI, pero de acuerdo con el Tratado de protección de inversiones entre la República Checa y los Países Bajos. El tribunal arbitral de Londres terminó rechazando las pretensiones legales del señor Lauder por falta de perjuicio relevante. En cambio, pocos días después, el tribunal arbitral de Estocolmo afirmó que se había producido una expropiación de hecho. La República Checa planteó una acción de nulidad ante los tribunales de Estocolmo frente al laudo sueco, fundada en la ley sueca sobre los procedimientos arbitrales y alegando, en particular, la ignorancia de la litispendencia y la fuerza de cosa juzgada derivadas del procedimiento seguido en Londres; pero la misma no tuvo éxito.⁴²¹ En su fallo, el tribunal sueco resaltó el hecho de que la República Checa se había opuesto, en su momento, a una consolidación de los procedimientos de Londres y Estocolmo con el fin de armonizar las decisiones.

- 17 En supuestos de este tipo existen buenas razones para que la conexidad entre las pretensiones legales de una sociedad de capital y las de su socio mayoritario o único se tome en cuenta, no sólo en el plano material, sino también procesal. Por ello, sería razonable que la decisión sobre las pretensiones de una sociedad se extienda también, por regla general, a las pretensiones ejercitadas por la participación mayoritaria en el capital.

3. Competencia judicial internacional

Bibliografía recomendada: Gibbons, J. J., Meyers, T., Dolzer, R.: “Zur Reichweite der US-Gerichte in internationalen Angelegenheiten”, *RIW* 2004, pp. 899 ss.; Mann, F. A.: “The Doctrine of Jurisdiction in International Law”, *RdC*, 111/1964, t. I, pp. 1 y ss.; *id.*: “The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years”, *RdC*, 186/1984, t. III, pp. 9 y ss.; Meng, W.: “Die Regeln über die Jurisdiktion im Restatement Third”, *AVR*, 27/1989, pp. 156 y ss.; Schack, H.: *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 4.^a ed., 2006,

⁴²⁰ Al respecto Sacerdoti, G.: “Investment Arbitration Under ICSID and UNCITRAL Rules; Prerequisites, Applicable Law, Review of Awards”, *ISCID Review Foreign Investment Law Journal*, vol. 19 (2004), pp. 1 y ss.; los fallos en estos asuntos se encuentran en el sitio web <http://www.cetv-net.com/arbitration.asp>.

⁴²¹ Svea Court of Appeals, *Czech Republic v. CME Czech Republic B.V.*, ILM, 42/2003, S. 919 ff.

§ 8; Schlosser, P.: *Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-operation*, 2001; Schröder, J.: *Internationale Zuständigkeit*, 1971; Vagts, D. F.: "Dispute-Resolution Mechanisms in International Business", RdC, 203/1987, t. III, pp. 9 y ss., esp. pp. 40 y ss.; Ward, H.: "Securing Transnational Corporate Accountability through National Courts", *Hastings International & Comparative Law Review* 24 (2001), pp. 451 ss.

Por regla general, son los jueces nacionales quienes deciden sobre las controversias jurídicadas. En ese contexto, la cuestión de la competencia judicial internacional tiene gran importancia para las partes, ya que, además, la competencia internacional de los tribunales de un determinado Estado implica también la aplicación de su Derecho procesal y de sus normas de conflicto (Estado del foro), condicionando la aplicación del Derecho material. Con frecuencia, los jueces del Estado de origen de una parte se muestran más proclives que los de otro Estado a sus valoraciones. 18

En la ejecución de pretensiones contra un Estado extranjero o una empresa estatal, ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que los Estados, según los principios de la inmunidad estatal, sólo están sometidos a la jurisdicción extranjera cuando no está en juego su soberanía.⁴²²

La fundamentación de la competencia judicial internacional de los tribunales de un determinado Estado presupone, de forma similar a la aplicación del Derecho nacional, que existen suficientes puntos de conexión de tipo personal, territorial o material. Entre éstos se cuentan, entre otros, la nacionalidad o la residencia habitual de una de las partes, el lugar de cumplimiento de un contrato, o el de producción del resultado dañoso. Por el contrario, la escala en un país entre un avión y otro no es un criterio que pueda fundamentar la competencia judicial para conocer de procesos contra los viajeros en tránsito. 19

a) Derecho de la Unión Europea

En el marco de la Unión Europea, un grupo de Estados adoptó el Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil,⁴²³ que contiene una regulación uniforme de la competencia judicial internacional, que se aplica a los litigios en los que el demandado tenga su domicilio en un Estado miembro (arts. 2 y ss.). El Convenio viene acompañado de un Protocolo relativo a su interpretación, el llamado Protocolo de Luxemburgo,⁴²⁴ que entrega esta competencia al TJUE, siempre y cuando plantee la cuestión prejudicial la última instan-

⁴²² V. *supra*, tema 5, nota al margen 5.

⁴²³ BOE n. 24, 28 de enero de 1991, pp. 2910 y ss. Es válida la versión modificada por causa del acuerdo de adhesión de 1989, BOE n. 77, de 31 de marzo de 1999; al respecto, v. Kropholler, J.: *Europäisches Zivilprozessrecht*, 8.ª ed., 2005.

⁴²⁴ Protocolo de Luxemburgo relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (BOE n. 24, 28 de enero de 1991, pp. 2919 y ss.).

cia nacional. Paralelo al Convenio de Bruselas es otro, también relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano y aplicable en su nueva versión de 2007.⁴²⁵ El Convenio de Lugano rige las relaciones entre los Estados miembros de la Unión Europea y terceros Estados, miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC). Entre tanto, el Convenio de Bruselas ha sido sustituido en todos los Estados miembros de la Unión Europea, salvo Dinamarca, por el Reglamento (CE) 44/2001 (“Reglamento Bruselas I”).⁴²⁶ Este Reglamento incorpora lo dispuesto en el Convenio de Bruselas para fines de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y comercial. Según el Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado (art. 2.1).

Entre los foros especiales por razón de la materia, es de particular relevancia el del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación contractual que sirve de base a la demanda (art. 5.1).⁴²⁷

En cuanto a la compraventa de bienes muebles, se considera lugar de cumplimiento de dicha obligación, salvo estipulación en contrario, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser entregadas las mercaderías (art. 5. 1 lit. b, primer renglón del Reglamento 44/2001). En consecuencia, aun en ventas donde la obligación se cumple con entregar la mercadería a un agente de transportes y no al comprador (*Versendungskauf*), es el destino final de la mercadería el que determina la competencia judicial.⁴²⁸ Ello supone que, por regla general, es competente el tribunal del lugar donde está domiciliado el comprador. El vendedor sólo puede interponer una demanda en el Estado de su domicilio cuando se haya estipulado en el contrato que la entrega ha de producirse en su domicilio. La competencia judicial para la prestación de servicios sigue reglas similares, atendiendo al lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios (art. 5. 1 lit. b, segundo renglón del Reglamento 44/2001).

Los contratos de obra con suministro cuentan como contratos de compraventa en el sentido del Artículo 5.1 lit. b del Reglamento 44/2001.⁴²⁹ El lugar de cumplimiento en estos casos es el destino final de la mercadería, esto es, el lugar donde ésta debe ser entregada al comprador.⁴³⁰

En virtud del Artículo 5.3 del Reglamento 44/2001, puede interponerse una demanda en materia delictual o cuasidelictual, “ante el tribunal del lugar donde se hubiere

⁴²⁵ BOE n. 251 de 20 de octubre de 1994. V. también DO 2007, L 339, pp. 3 y ss.

⁴²⁶ Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo de 22 diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L 12, pp. 1 y ss.), última modificación por el Reglamento (CE) 1103/2008 de 22 de octubre de 2008.

⁴²⁷ Wipping, F.: *Der europäische Gerichtsstand des Erfüllungsortes – Art. 5 Nr. 1 EuGVVO*, 2008.

⁴²⁸ Al respecto v. Hau, W.: “Die Kaufpreisklage des Verkäufers im reformierten europäischen Vertragsgerichtsstand – ein Heimspiel?”, *JZ*, 2008, pp. 974 y ss.

⁴²⁹ V. sent. TJUE, Car Trim, As. C-381/08, n. marg. 33 y ss.

⁴³⁰ V. sent. TJUE, Car Trim (*supra*, nota anterior), n. marg. 60 y ss.

producido o pudiere producirse el hecho dañoso”. Ello le permite al demandante optar por el lugar del evento que causó el hecho dañoso, o por el lugar donde se manifiesta el daño causado.

En relación con la demanda interpuesta por unos horticultores holandeses ante un tribunal holandés, como consecuencia de la salinización de las aguas del Rin por la empresa francesa “Minas de Potasa”, el TJUE decidió que el Artículo 5.3 del Convenio de Bruselas de 1968 (idéntico al Artículo 5.3 del Reglamento 44/2201) amparaba la posibilidad de demandar bien en el lugar de origen del hecho dañoso, o bien en el lugar del resultado (regla de la ubicuidad).⁴³¹ En caso de daños causados por un producto defectuoso, el lugar del resultado es aquél en el que el uso adecuado del producto produce un daño (por ejemplo, el lugar donde el procesamiento de un material de base defectuosa acabe en productos inservibles, o con utilidad reducida).⁴³²

b) Convención de La Haya sobre los acuerdos de elección de foro

La competencia judicial internacional puede también fundarse en acuerdos entre las partes atributivos de competencia judicial internacional. La Convención de La Haya, sobre los acuerdos de elección de foro,⁴³³ prevé que el tribunal o los tribunales designados por un acuerdo exclusivo de elección de foro “serán competentes para conocer de un litigio al que se aplique dicho acuerdo” (art. 5.1). 20

Un acuerdo de elección de foro que designe a los tribunales de un Estado contratante, o uno o más tribunales específicos de un Estado contratante, “se reputará exclusivo, salvo que las partes hayan dispuesto expresamente lo contrario” (art. 3 lit. b).

El tribunal competente en virtud de las reglas referidas “no declinará el ejercicio de su competencia fundándose en que el tribunal de otro Estado debería conocer del litigio” (art. 5.2). Salvo con determinadas excepciones, cualquier tribunal de un Estado parte que, en virtud de un acuerdo de elección de foro, no sea competente, “suspenderá el procedimiento o rechazará la demanda” (art. 6). La resolución dictada por un tribunal de un Estado contratante que haya sido designado por un acuerdo exclusivo de elección de foro, “será reconocida y ejecutada en los demás Estados contratantes”, excepto en los casos establecidos por la Convención (art. 8 y ss.).

c) Derecho procesal civil alemán

En el Derecho procesal civil alemán, la competencia judicial internacional de los tribunales alemanes resulta por regla general de las disposiciones sobre la competencia territorial (§§ 12 y ss. *Zivilprozessordnung-ZPO*). Extraordinariamente controvertido es el foro 21

⁴³¹ V. sent. TJUE, *Handelskwekerij GJ Bier BV contra Mines de Potasse d’Alsace SA*, asunto 21/76, Rec. 1976, pp. 1735 – 1758.

⁴³² V. sent. TJUE, *Zuid Chemie*, asunto C-189/08, Rec. 2009, pp. I-6917 y ss.

⁴³³ ILM, 44/2005, pp. 1291 y ss.

del patrimonio (§ 23 ZPO), como fundamento de la competencia judicial internacional en procesos frente a demandados extranjeros, especialmente Estados extranjeros, en los casos en que las partes carecen de otros vínculos con el foro.⁴³⁴

De hecho, es difícil comprender por qué los tribunales alemanes tienen que ocuparse de un litigio entre partes extranjeras por el mero hecho de que el demandado tenga en este país una cuenta bancaria u otros bienes. En Alemania, muchas medidas provisionales adoptadas frente a empresas extranjeras se han apoyado en dicho foro patrimonial. Por ejemplo, para asegurar sus pretensiones derivadas de un contrato de compraventa, una empresa de Liechtenstein consiguió que un tribunal alemán practicase un embargo sobre los bienes del Banco Central de Nigeria en Alemania.⁴³⁵ El Tribunal Supremo alemán exige ahora, a efectos de determinar la competencia judicial internacional por medio del foro del patrimonio, que la controversia jurídica presente una conexión suficiente con el foro.⁴³⁶ Algunos convenios internacionales y el Reglamento 44/2001 excluyen de su ámbito de aplicación el empleo de foros de competencia judicial internacional con base en la mera existencia de patrimonio del demandado en ese país.⁴³⁷

En materia delictual, el § 32 del Código procesal civil alemán (*Zivilprozessordnung* –ZPO–) remite al lugar de producción del hecho dañoso o al lugar de resultado, y presenta problemas particulares de aplicación en el ciberespacio. Si se considerara como lugar de producción del ilícito la mera puesta a disposición de publicaciones en Internet desde Alemania, los tribunales alemanes serían siempre competentes. Por ello, el Tribunal supremo alemán requiere una conexión especial con Alemania.

En el caso de textos publicados en Internet en otro país que causen ofensa en Alemania, puede existir competencia, en particular, cuando exista una alta probabilidad de que el texto reciba especial atención en este país, por ejemplo, porque el artículo de un periódico estadounidense disponible en línea tiene especial relevancia para Alemania y suscita un interés considerable por parte de usuarios alemanes.⁴³⁸

d) Derecho procesal civil estadounidense

- 22 La práctica estatal conoce otros criterios de atribución de competencia judicial internacional problemáticos, esto es, con los que los tribunales nacionales fundamentan una competencia muy amplia frente a demandados extranjeros. Así, los tribunales estadounidenses fundamentan su competencia en el indicio, poco definido, de la mera actividad

⁴³⁴ Schumann, E.: “Aktuelle Fragen und Probleme des Gerichtsstands des Vermögens (§ 23 ZPO)”, *Zeitschrift für Zivilprozess*, 93/1980, pp. 408 y ss.

⁴³⁵ Sent. Landgericht Frankfurt am Main, NJW, 1976, pp. 1044 y ss.

⁴³⁶ Sent. de 2 de julio de 1991, BGHZ, vol. 115, pp. 90 y ss.

⁴³⁷ V. por ejemplo, el Artículo 3.2 del Reglamento 44/2001 y su remisión al Anexo primero del texto, incluyéndose en las reglas que no pueden ser invocadas frente a nacionales de Estados miembros, el Artículo 23 del Código Procesal Civil Alemán.

⁴³⁸ RIW 2010, pp. 326 y ss. (esp. 327 y ss.)

comercial en Estados Unidos (*doing business*) y, de acuerdo con él, han procedido de una forma muy generosa en el pasado.

Siguiendo esta doctrina, los tribunales del Estado de Nueva York afirmaron su competencia para conocer de la demanda frente a la sociedad británica Rolls Royce, derivada de un presunto fallo de producción en un motor de avión que había causado un accidente aeronáutico en Centroamérica.⁴³⁹ La competencia se fundó en el hecho de que Rolls Royce tenía una filial en Nueva York que se dedicaba a la venta y mantenimiento de automóviles en Estados Unidos.

La jurisprudencia reciente de la Corte Suprema viene diseñando ciertos límites a la 23
competencia judicial internacional de los tribunales estadounidenses derivada de la mera presencia en la vida económica.⁴⁴⁰ En virtud del Derecho federal, los tribunales estadounidenses sólo pueden declararse competentes si ello se ajusta a Derecho constitucional, en particular al derecho a un proceso justo (*due process*).⁴⁴¹

Se requiere, por un lado, mínimos contactos (*minimum contacts*) con los Estados Unidos,⁴⁴² lo que equivale a tener conexión suficiente con la jurisdicción estadounidense. Por otro lado, el recurso a los tribunales de Estados Unidos debe ser *reasonable*, esto es, compatible con *traditional notions of fair play and substantial justice*.⁴⁴³

En particular, se va a exigir que la actividad comercial en los Estados Unidos traiga consigo *continuous and systematic business contacts*. Así, para atribuir competencia en una demanda de responsabilidad por el producto frente al productor, ya no es suficiente con que el producto defectuoso llegue de alguna manera al Estado del foro. Más bien, si se quiere afirmar la competencia judicial internacional de los tribunales estadounidenses, el productor deberá haberse esforzado por vender el producto en el foro.⁴⁴⁴

La *Aliens Tort Claims Act* de 1789 (ATCA – también conocida como *Alien Torts Statute* 24
–ATS–) otorga a los tribunales estadounidenses una competencia universal respecto de pretensiones por actos ilícitos que supongan una violación del Derecho internacional,⁴⁴⁵ que sólo pueden interponerse ante los tribunales de distrito federales (*District Courts*) de los Estados Unidos “*original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States*”.

⁴³⁹ TACA International Airlines, S. A. v. Rolls Royce of England Ltd., N. E. 2d, vol. 204, 1965, pp. 329 y ss.

⁴⁴⁰ V. por ejemplo, Sent. Corte Suprema estadounidense, Helicópteros Nacionales de Colombia v. Hall, U. S., vol. 466, 1984, pp. 408 y ss.

⁴⁴¹ V. *Federal Rules of Civil Procedure*, Rule 4 lit. k (2).

⁴⁴² Metropolitan Life Ins. Co. v. Robertson-Ceco Corp., 84 F.3d., pp. 560 y ss., esp. p. 567.

⁴⁴³ Sent. Corte Suprema estadounidense, Asahi Metal Industry Co. v. Superior Court of California, U. S., vol. 480, 1987, pp. 102 y ss. (esp. p. 113).

⁴⁴⁴ Sent. Corte Suprema estadounidense, n. 441,

⁴⁴⁵ Al respecto, v. Feldberg, A.: *Der Alien Tort Claims Act*, 2008.

25 La competencia fundada en ATCA alimenta la pretensión de hacer valer ante los tribunales estadounidenses las violaciones del Derecho internacional público, en particular, de los derechos humanos. Ello incluye violaciones presuntamente cometidas por particulares, sobre todo, empresas multinacionales. Tales demandas pueden servir de instrumento para promover intereses políticos.⁴⁴⁶ Esencialmente, se alegan violaciones de Derecho internacional público cometidas por empresas estadounidenses o extranjeras, o por personas naturales en el extranjero, ya que ATCA se caracteriza por su alcance extraterritorial. La admisión de demandas contra particulares de acuerdo con ATCA se funda en la violación de normas de Derecho internacional público, también vinculantes para actores no estatales,⁴⁴⁷ así como en la prestación por parte de estos particulares de un apoyo sustancial (*aiding and abetting*) a su infracción grave por parte de un Estado.⁴⁴⁸

Sobre la base de ATCA, un tribunal de apelación federal afirmó, en el caso *Doe I v. Unocal Corp.*, la competencia de los tribunales estadounidenses frente a una empresa dedicada a la construcción de gaseoductos y que, colaborando con el régimen militar de Myanmar (Birmania), habría tomado parte en graves violaciones de derechos humanos (maltrato a trabajadores forzados).⁴⁴⁹

La jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de los Estados Unidos muestra una marcada reticencia a la hora de reconocer la competencia de tribunales americanos de acuerdo con ATCA. En el asunto *Sosa v. Alvarez-Machain*, el Alto Tribunal afirmó que ATCA, siendo una ley que meramente regula la jurisdicción, no crea pretensiones sustanciales, sino que presupone su existencia.⁴⁵⁰ De esta manera, la Corte Suprema limita la competencia de los tribunales estadounidenses a la violación de normas claramente delimitadas y universalmente reconocidas de Derecho internacional público (cuya violación puede engendrar derechos individuales), de una entidad similar a las que habría tenido presente el Congreso estadounidense al adoptar ATCA en el siglo XVIII (por ejemplo, la prohibición del maltrato de embajadores, de la piratería y de la captura de barcos): “...courts should require any claim based on the present-day law of nations to rest on a norm of international character accepted by the civilized world and defined with a specificity comparable to the features of the 18th century paradigms we have recognized”.

⁴⁴⁶ Seibert-Fohr, A., Wolfrum, R.: “Die einzelstaatliche Durchsetzung völkerrechtlicher Mindeststandards gegenüber transnationalen Unternehmen”, AVR 43/2005, pp. 153 y ss.; Slaughter, A. -M./ Bosco, D. L.: “Plaintiffs, Democracy”, *Foreign Affairs*, 5/2000, pp. 102 y ss.

⁴⁴⁷ Sent. Corte Suprema estadounidense, *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004).

⁴⁴⁸ *Khulumani v. Barclay Nat 1 Bank Ltd.*, 504 F.3d 254 (2d Cir. 2007); al respecto Cassel, D.: “Corporate Aiding and Abetting of Human Rights Violations: Confusion in the Courts”, *Northwestern Journal of International Human Rights* 6/2008, pp. 304 y ss.

⁴⁴⁹ Sent. Tribunal de apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos, *Doe I v. Unocal Corp.*, 395 F.3d 932, C. A.9 (Cal.), 2002; al respecto Gaedtke, J. -Ch.: “Der US-amerikanische Alien Tort Claims Act und der Fall *Doe v. Unocal*: Auf dem Weg zu einer Haftung transnationaler Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen?”, AVR 42/2004, pp. 241 y ss.

⁴⁵⁰ Sent. Corte Suprema de los Estados Unidos, *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U. S. 692 (724).

En el asunto *In Re South African Apartheid Litigation*, un tribunal federal de distrito en los Estados Unidos admitió una demanda bajo ATCA por la actividad comercial de empresas durante el antiguo régimen de apartheid en Sudáfrica, para dilucidar si esa actividad había representado una asistencia sustancial y consciente a violaciones de los derechos humanos.⁴⁵¹ El tribunal considera que una asistencia sustancial y consciente justifica la responsabilidad de las empresas por *aiding and abetting*: “...customary international law requires that an aider and a better know that its actions will substantially assist the perpetrator in the commission of a crime or tort in violation of the law of nations”.⁴⁵²

En este sentido, parece excluida la responsabilidad por una actividad comercial que no represente una aportación sustancial a la violación de derechos humanos, como puede ser el suministro de ordenadores o de vehículos no especialmente equipados para usos militares y similares.

En el asunto *The Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy Inc.*, un tribunal federal de apelación requirió, para afirmar la responsabilidad por *aiding and abetting*, que el apoyo a la violación de los derechos humanos hubiera sido deliberado:

*...applying international law, we hold the mens rea standard for aiding and abetting liability in ATCA actions is purpose rather than knowledge alone. Even if there is a sufficient international consensus for imposing liability on individuals who purposefully aid and abet a violation of international law [...] no such consensus exists for imposing liability on individuals who knowingly (but not purposefully) aid and abet a violation of international law.*⁴⁵³

Se trataba en este asunto, entre otras cosas, de la construcción de infraestructuras por parte de una empresa petrolera que, según los demandantes, habría facilitado operaciones militares en contra del Derecho internacional público y orientadas, por lo menos parcialmente, a proteger la susodicha explotación petrolera. El Tribunal de apelación insistió en que, facilitar operaciones militares mediante obras de infraestructura y mediante la aportación de ingresos procedentes de la explotación petrolera, no era suficiente para fundamentar la responsabilidad de la empresa demandada; de lo contrario, la responsabilidad podría llegar a servir de instrumento para conseguir embargos, o sanciones comerciales, a través de demandas ante tribunales de los Estados Unidos:

...There is evidence that southern Sudanese were subjected to attacks by the Government, that those attacks facilitated the oil enterprise, and that the Government's stream of oil revenue enhanced the military capabilities used to persecute its enemies. But if

⁴⁵¹ Sent. Tribunal de Distrito del Distrito Sur de Nueva York, *In Re South African Apartheid Litigation*, Lungisile Ntsebeza v. Daimler A. G., et al., 2009; Khulumani v. Barclays National Bank Ltd., et al., 2009.

⁴⁵² Sent. Tribunal de Distrito del Distrito Sur de Nueva York, *Khulumani v. Barclays National Bank Ltd.*, et al., 2009, pp. 54 y ss.

⁴⁵³ Sent. Tribunal de apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos, *The Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy Inc.*, ILM, 4/2010, pp. 4 y ss. (esp. p. 15).

*ATS liability could be established by knowledge of those abuses coupled only with such commercial activities as resource development, the statute would act as a vehicle for private parties to impose embargos or international sanctions through civil actions in the USA. Such measures are not the province of private parties but are, instead, properly reserved to governments and multinational organizations.*⁴⁵⁴

En el asunto *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*,⁴⁵⁵ el Tribunal de apelación del Segundo distrito asumió una posición sumamente restrictiva, denegando la responsabilidad de empresas por violaciones de derechos humanos bajo el Derecho consuetudinario internacional:

No corporation has ever been subject to any form of liability (whether civil, criminal, or otherwise) under the customary international law of human rights. Rather, sources of customary international law have, on several occasions, explicitly rejected the idea of corporate liability. Thus, corporate liability has not attained a discernable, much less universal, acceptance among nations of the world in their relations inter se, and it cannot, as a result, form the basis of a suit under the ATS.

e) El atractivo del Derecho estadounidense

- 26 Con frecuencia, el amplio espectro de criterios de atribución de la competencia judicial internacional abre la posibilidad de interponer la demanda en varios Estados. Ello hace que, a menudo, el demandante seleccione, entre los diversos foros competentes, el Estado que cuenta con el ordenamiento jurídico que mayores ventajas le ofrece. Esta posibilidad de elección es problemática si existe otro Estado que manifiesta una mayor conexión con el objeto del litigio.
- 27 En muchos casos, por ejemplo, en casos sobre responsabilidad por productos o sobre Derecho de la competencia, el Derecho estadounidense se le presenta al potencial demandante como especialmente atractivo. En este contexto, el juez británico Lord Denning ha utilizado sarcásticamente la metáfora de la polilla que se siente atraída por la luz: así sería atraído también el demandante por los Estados Unidos:

As a moth is drawn to the light, so is a litigant drawn to the United States. If he can only get his case into their courts, he stands to win a fortune. At no cost to himself; and at no risk of having to pay anything to the other side. The lawyers there will conduct the case 'on spec' as we say or on a 'contingency fee' as they say. The lawyers will charge

⁴⁵⁴ Sent. Tribunal de apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos, *The Presbyterian Church of Sudan* (*supra*, nota anterior), pp. 18 y ss.

⁴⁵⁵ Sent. Tribunal de apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, 621 F.3d 111 (2d Cir. 2010).

*the litigant nothing for their services, but instead they will take 40 per cent of the damages, if they win the case in court, or out of court on a settlement. If they lose, the litigant will have nothing to pay to the other side. The courts in the United States have no such costs deterrent as we have. There is also in the United States a right to trial by jury. These are prone to award fabulous damages. They are notoriously sympathetic and know that the lawyers will take their 40 per cent before the plaintiff gets anything. All this means that the defendant can be readily forced into a settlement. The plaintiff holds all the cards.*⁴⁵⁶

Desde la perspectiva del demandante, el atractivo de los tribunales estadounidenses deriva, entre otros motivos, de la posible adjudicación de daños punitivos (*punitive [exemplary] damages*). Son, en particular, los tribunales conformados por jurados los que han concedido, por ejemplo en casos de responsabilidad por productos, daños punitivos exorbitantes. Últimamente y basándose en el derecho a un proceso justo (*due process*), la Corte Suprema estadounidense ha reducido significativamente la cuantía de los daños punitivos, apelando a un estándar de *reasonableness*. Así, en el asunto *BMW of North America, Inc. v. Gore*, la Corte Suprema requirió que los daños punitivos tengan una correlación adecuada con:

- el grado de reprochabilidad del comportamiento sancionado (*degree of reprehensibility*)
- el daño concreto del demandante, y
- otras sanciones impuestas por infracciones comparables (por ejemplo, multas cuyo importe se encuentre determinado por ley).⁴⁵⁷

En este caso, habían sido concedidos daños punitivos por valor de dos millones de dólares a un comprador de un automóvil nuevo, al que se le había ocultado un daño en la pintura que redujo el valor del vehículo en unos 4000 dólares. La Corte Suprema estadounidense calificó la condena de *grossly excessive*.

La jurisprudencia reciente pone énfasis en que los daños ocasionados a terceros sólo pueden ser tomados en consideración para determinar el grado de reprochabilidad, pero no el daño del demandante.⁴⁵⁸ Esta interpretación ha servido para reducir en una considerable medida, por ejemplo, la responsabilidad de los productores de cigarrillos.

⁴⁵⁶ Lord Denning, M. R, en *Smith Kline and French Laboratories v. Bloch*, W. L. R., 1/1983, pp. 730 y ss., esp. p. 733

⁴⁵⁷ Sent. Corte Suprema de los Estados Unidos, *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 US 559, 574 f. (1995).

⁴⁵⁸ Sent. Corte Suprema de los Estados Unidos, *Philip Morris USA v. Williams* 540 U. S. 801 (condena a pagar daños punitivos de casi 80 millones de dólares por causa de la muerte de un fumador); al respecto Berger, A., Wilske, S.: "Der U.S. Supreme Court und Punitive Damages", RIW 2007, pp. 245 y ss.

En el asunto *Exxon Shipping Co. v. Baker*,⁴⁵⁹ relativo a la avería sufrida por el buque cisterna Exxon Valdez cerca de la costa de Alaska, la Corte Suprema criticó duramente la práctica de adjudicar daños punitivos más allá de lo dispuesto por leyes especiales (como, por ejemplo, el Derecho de la competencia).

La preocupación de la Corte Suprema concierne tanto a la cuantía como a la imprevisibilidad de los daños punitivos concedidos. Respecto del importe de los mismos, la Corte exige discriminar en función de la relevancia del asunto y el valor de la condena para lograr la imposición del Derecho sustantivo. Esa relevancia sería mayor en caso de infracción del Derecho de competencia, y menor en caso de daños medioambientales masivos, respecto de los cuales existe una pluralidad de potenciales demandantes. Concretamente y en cuanto a los daños al medio ambiente marino, la Corte Suprema ha considerado que una relación 1:1 entre la compensación de los daños efectivamente padecidos y los daños punitivos constituye un límite máximo adecuado.

- 28 El Derecho de Estados Unidos presenta ventajas para los demandantes también cuando se trata de hacer valer pretensiones fundadas en hechos o derechos comunes de una multiplicidad de personas en un único procedimiento. Para este tipo de demandas, el Derecho procesal civil de Estados Unidos ha desarrollado el mecanismo de la *class action*,⁴⁶⁰ según el cual el demandante presenta su demanda no sólo en nombre propio, sino también de otras personas. Al ser certificada la demanda como *class action*, los efectos de una sentencia en el asunto se extienden, por regla general, a todos los miembros del grupo. El modelo estadounidense de *class actions* ha sido imitado por Canadá, Australia e Israel. En el Derecho inglés, así como en otros Estados europeos, existen otras modalidades de acción colectiva. Por ejemplo, el legislador alemán ha introducido un juicio-tipo (*Musterverfahren*), pensado para la protección de inversores.⁴⁶¹ Se trata de seleccionar uno de los procedimientos pendientes para decidirlo como modelo de los demás; éstos deben dar su conformidad a la realización del juicio-tipo (*Beiladung*), suspendiéndose entretanto sus juicios (§ 8. 3 *Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten – KapMuG*); una vez resuelto, prosiguen los procesos suspendidos, pero sin que se pueda volver a discutir lo allí decidido.

f) *Forum Shopping*

- 29 El término *forum shopping* alude a la atracción del demandante hacia el foro que le resulta más favorable. Para impedir abusos, se ha desarrollado en el ámbito jurídico angloamericano la doctrina del *forum non conveniens*. Según ésta, un juez puede terminar un proceso, a pesar de tener atribuida competencia, si también es competente para conocer del caso un tribunal extranjero y es claramente más razonable que el proceso se siga en

⁴⁵⁹ Sent. Corte Suprema de los Estados Unidos, *Exxon Shipping CO v. Baker*, 554 U.S. 471 (2008).

⁴⁶⁰ Mulheron, R.: *The Class Action in Common Law Legal Systems – A Comparative Perspective*, 2004.

⁴⁶¹ *Gesetz zur Einführung von Kapitalanleger-Musterverfahren*, Bundesgesetzblatt. 2005, serie I, pp. 2437 y ss.

el extranjero.⁴⁶² Por ejemplo, en el asunto de la explosión de una planta de pesticidas en Bhopal (India), los tribunales estadounidenses indicaron a los demandantes en uso de esta doctrina, que acudiesen a la jurisdicción india para demandar allí a la empresa química estadounidense Union Carbide.⁴⁶³

Ni el Convenio de Bruselas de 1968 ni el Reglamento (CE) 44/2001 mencionan la excepción del *forum non conveniens*. Es claro que el tribunal del domicilio del demandado no puede remitir el asunto a un tribunal de un tercer Estado (por ejemplo, el tribunal del lugar donde sucedió el hecho dañoso).⁴⁶⁴

Recientemente, en una destacada sentencia (el denominado asunto del asbesto), la *House of Lords* británica ha abierto el acceso, de forma amplia, a los tribunales británicos, en materia de responsabilidad extracontractual de empresas multinacionales.⁴⁶⁵ En el caso, se trataba de los perjuicios a la salud sufridos en Sudáfrica por los demandantes sudafricanos, causados por el polvo de amianto emitido por la filial sudafricana de la empresa matriz británica demandada. El tribunal británico rechazó la alegación de *forum non conveniens* presentada por la empresa demandada. En este rechazo, subyace la atención que se ha de prestar a los intereses de las víctimas carentes de recursos, quienes, según el Derecho procesal sudafricano, no podrían recibir una asistencia jurídica gratuita adecuada. Aquí se mezclan consideraciones sociales con la idea de otorgar una tutela judicial efectiva.

4. Obtención de pruebas en el extranjero

Bibliografía recomendada: Coester-Waltjen, D.: *Internationale Beweisrecht*, 1983; Junker, A.: *Discovery im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr*, 1987; *id.*: “Discovery im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr: Entwicklungslinien und Perspektiven”, RIW, 1987, pp. 1 y ss.; Mössle, K. P.: *Extraterritoriale Beweisbeschaffung im internationalen Wirtschaftsrecht*, 1990; Schlosser, P.: *Der Justizkonflikt zwischen den USA und Europa*, 1985; Stahr, W.: “Discovery under 28 U.S.C. §1782 for Foreign and International Proceedings”, *Virginia Journal of International Law*, 30/1990, pp. 597 y ss.; Swanson, S. R.: “Comity International Dispute Resolution Agreements and the Supreme Court”, *Law and Policy in International Business*, 21/1990, pp. 333 y ss.; Trittmann, R. A.: “Extraterritoriale Beweisaufnahmen und Soveränitätsverletzungen im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr”, AVR, 27/1989, pp. 195 y ss.

⁴⁶² V. Sent. *House of Lords* británica, *Spiliada Maritime Corporation v. Cansulex Ltd.*, A. C., 1/1987, pp. 460 y ss., esp. pp. 474 y ss. per Lord Goff of Chieveley.

⁴⁶³ Sent. de S. D. N. Y., In re *Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster at Bhopal, India*, F. Supp., vol. 634, pp. 842 y ss.; F. 2d., vol. 809, pp. 195 y ss. (2d Cir. 1987)

⁴⁶⁴ Así se pronunció el TJUE respecto al art. 2 del Convenio de Bruselas en el asunto *Owusu v. Jackson*, C-281/02, Rec. 2005, pp. I-1383, n. marg. 38 y ss.

⁴⁶⁵ *Lubbe v. Cape Plc*, AC, 1/2001, pp. 1545 y ss. Respecto a la quiebra del principio del *forum non conveniens* en el marco de demandas civiles de indemnización por daños y perjuicios por vulneraciones graves de los derechos humanos, v. también Sent. Tribunal de apelaciones del Segundo Circuito de los Estados Unidos, *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, ILM, 40/2001, pp. 480 y ss. y el comentario de Rau, M., *ZaöRV*, 61/2001, pp. 177 y ss.

- 30 El acceso al material probatorio que se encuentra en el extranjero, por ejemplo, la presentación de documentos o la toma de declaración a testigos, es una de las cuestiones más delicadas del Derecho procesal internacional. Frente al interés (especialmente del demandante) por que se realice una prueba exhaustiva, se sitúa la soberanía territorial del Estado extranjero y la confianza de la parte procesal en la tutela a través del ordenamiento jurídico extranjero.
- 31 La práctica judicial estadounidense, que, por ejemplo, en los procesos de responsabilidad por productos, ha ordenado de forma muy descuidada la presentación de material probatorio extranjero, ha generado una especial irritación, sobre todo en los Estados europeos.⁴⁶⁶
Un ejemplo de ello es el recibimiento a prueba dictado en Estados Unidos contra Volkswagen, por el que representantes de los demandantes fueron autorizados en los Estados Unidos para entrar en las instalaciones de la empresa en Alemania, mantener conversaciones con empleados y acceder a los planos de construcción.⁴⁶⁷
- 32 Tras el acceso extensivo al material probatorio en el extranjero subyace la consideración de que la jurisdicción estadounidense sobre un sujeto procesal se extiende también a los medios de prueba que se encuentren a su disposición, no lesionando la soberanía extranjera el traslado de pruebas a un proceso en Estados Unidos. Este punto de vista es muy problemático y ha generado algunos conflictos de jurisdicción con otros Estados.
- 33 La realización de una diligencia de prueba formal en el territorio de un determinado Estado (como el interrogatorio a testigos) se reserva, en principio, a los órganos de ese Estado, ya que es un ejercicio del poder soberano. El Convenio de La Haya de 1970 relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil,⁴⁶⁸ supone un importante fundamento convencional para la asistencia judicial internacional. Son Estados contratantes un conjunto de importantes países industrializados, como Alemania, Francia, Gran Bretaña o los Estados Unidos. Según este Convenio, la autoridad judicial de un Estado contratante podrá solicitar de la autoridad competente de otro Estado contratante, la obtención de pruebas o la realización de otras actuaciones judiciales (art. 1). Una comisión rogatoria de este tipo sólo podrá no ejecutarse o denegarse, si se dan determinadas circunstancias (arts. 11 y 12).
- 34 La orden de presentar documentos antes del inicio del juicio (*pre-trial discovery of documents*) genera una especial irritación en otros países. El Derecho procesal estadounidense permite acudir a este instrumento también con fines de tanteo, sin precisarse el objeto de la prueba (*ishing expeditions*) y con una amplitud tal que puede hacer que el discovery

⁴⁶⁶ V. por ejemplo, *American Law Institute: Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, t. I, 1987, comentarios al § 474, pp. 551 y ss.

⁴⁶⁷ *Volkswagenwerk AG v. Superior Court*, Alameda County, Cal. App. 3d, vol. 123, pp. 840 y ss.

⁴⁶⁸ BOE n 203, de 25 de agosto de 1987; ILM, 8/1969, pp. 37 y ss.

sea especialmente gravoso para los demandados, obligándoles a celebrar un acuerdo transaccional desventajoso⁴⁶⁹). Para evitar este riesgo procesal, en muchos contratos con socios estadounidenses se incluye una cláusula arbitral. De todas formas, no sería del todo adecuado considerar el instituto del *pre-trial discovery* únicamente como una expresión degradada de la cultura del Derecho procesal. También hay que tener en cuenta que algunos sistemas jurídicos europeos (como el Derecho procesal alemán) no conceden a la prueba documental (al contrario de lo que sucede con la prueba testifical) la relevancia apropiada. Finalmente, a este respecto, la jurisprudencia estadounidense admite como también ocurre respecto de la aplicación extraterritorial del Derecho, una ponderación de intereses conciliadora, para evitar que estas diligencias se tomen como injerencias en una jurisdicción extranjera.

La obligatoriedad del empleo del Convenio de La Haya relativo a la obtención de pruebas 35 en el extranjero en materia civil o mercantil, en los recibimientos a prueba en juicio contra una parte procesal es muy discutida (especialmente en la relación entre Estados Unidos y algunos países europeos). En esta materia, hay que tener en cuenta que el Artículo 23 del Convenio de La Haya prevé la posibilidad de que todo Estado contratante declare que no ejecutará las comisiones rogatorias que tengan por objeto el procedimiento conocido en los países de *common law* con el nombre de *pre-trial discovery of documents*, o sólo lo hará con ciertos límites. Esta declaración ha sido emitida, entre otros, por países como España, Alemania, Francia y Reino Unido.

En el asunto *Aérospatiale*, la Corte Suprema estadounidense se ha pronunciado, en prin- 36 cipio, a favor de admitir las órdenes de aportación de documentos (incluido el *pre-trial discovery*).⁴⁷⁰ En este caso, se trataba de la existencia de documentos en Francia y de su presentación por parte de los demandados en un proceso de responsabilidad por productos frente a dos empresas estatales francesas, a causa de un accidente de tráfico. El tribunal tuvo que enfrentarse, en primer lugar, a la objeción de que, en materia de medios de prueba situados en el extranjero, el Convenio de La Haya debía aplicarse de forma exclusiva o, al menos, con prioridad frente a otros mecanismos. La Corte Suprema rechazó esta opinión, alegando que el Convenio de La Haya no desplaza a las reglas procesales estadounidenses sobre diligencias probatorias. El tribunal resaltó, sin embargo, que debían tenerse en cuenta los intereses estatales extranjeros (*comity*), y exigió una concreta ponderación de intereses en la selección de las medidas. Así, la solicitud planteada en primer término, para que se emitiesen determinadas explicaciones sobre la prueba, fue menos incisiva que la

⁴⁶⁹ V. por ejemplo, *supra*, las palabras de Lord Denning, n. marg. 27 en este capítulo.

⁴⁷⁰ *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. United States Districts Court for the District of Iowa, U.S.*, vol. 482, 1987, pp. 522 y ss. Al respecto, v. Born, G. B., Hoing, S.: "Comity and the Lower Courts: Post-Aérospatiale Applications of the Hague Evidence Convention", *International Lawyer*, 24/1990, pp. 393 y ss.; Gerber, D. J.: "International Discovery after Aérospatiale: The Quest for an Analytical Framework", *AJIL*. 82/1988, pp. 521 y ss.; Heidenberger, P.: "Die Supreme Court-Entscheidung zum Haager Beweisübereinkommen", *RIW* 1987, pp. 666 y ss.

orden de presentación de todos los planos de construcción. Sería admisible adoptar este tipo de medidas, relativamente poco gravosas, antes de acudir a una comisión rogatoria.

- 37 La legislación estadounidense ofrece a las partes en litigios, o procedimientos de investigación, seguidos en un foro extranjero o internacional, una extensa gama de opciones para exigir la presentación de documentos, a través de un tribunal estadounidense (28 U.S.C. 1782 [a]). Al respecto, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha decidido, en el asunto *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices Inc.*, que este recurso a la legislación procesal estadounidense es admisible, incluso en procedimientos extrajudiciales, como en un recurso ante la Comisión Europea en materia *antitrust*.⁴⁷¹

El asunto se refiere a un recurso presentado por la empresa AMD contra la sociedad Intel, ante la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea. Con el recurso, AMD invitaba a la Comisión a solicitar ante un tribunal estadounidense, mediante una comisión rogatoria, la presentación de ciertos documentos que Intel había entregado en un procedimiento *antitrust* en Alabama. Al no tener éxito en su petición, AMD interpuso demanda en Estados Unidos para obligar a Intel a presentar los documentos deseados ante la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea. La Corte Suprema estadounidense extendió el ámbito de aplicación de la ley en cuestión a procedimientos de investigación en materia *antitrust*. En esta dirección, el Alto tribunal ha invitado a los jueces estadounidenses, confrontados con tales peticiones, a analizar, en el ejercicio de su discreción sobre si prestar el apoyo requerido o no, diversos criterios como la naturaleza del procedimiento extranjero, la disponibilidad de las instituciones extranjeras en cuestión a brindar asistencia judicial a los Estados Unidos, o si la realización de la diligencia de prueba es razonable,

Según reciente jurisprudencia estadounidense, es posible recurrir al instrumento de *pre-trial discovery* hasta en un procedimiento arbitral privado seguido fuera de los Estados Unidos.⁴⁷² Ello permite que una parte en un procedimiento arbitral solicite, ante un tribunal estadounidense competente, una *fishing expedition* en búsqueda de pruebas. Hay que esperar a ver si esta jurisprudencia desencadena una atracción generalizada a la Jurisdicción estadounidense, incluso en los casos en los que únicamente exista una conexión remota con ella. Las partes en un procedimiento arbitral harían bien en protegerse a través de medidas de precaución *ad hoc*, como la celebración de un acuerdo excluyendo el recurso al *pre-trial discovery*.

5. Notificación, reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras

Bibliografía recomendada: Geimer, R., Schütze, R. A.: *Der Internationale Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen* (estado 2010); Geimer, R., Schütze, R. A.: *Internationale*

⁴⁷¹ 542 U.S. 241 (2004).

⁴⁷² Tribunal de Distrito de los Estados Unidos (N. D. Ga., Atlanta Division), In re Roz Trading Ltd., 469 F.Supp.2 d 1221, 19 de diciembre de 2006.

Urteilsanerkennung, t. I/1, 1983, t. I/2, 1984 y t. II, 1971; von Mehren, A.: "Recognition and Enforcement of Foreign Judgements—General Theory and the Role of Jurisdictional Requirements", RdC, 167/1980, t. II, pp. 9 y ss.; Schack, H.: *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 4.^a ed., 2006, pp. 287 y ss.

En materia de reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras, los Estados 38 pueden decidir libremente, a menos que existan regulaciones convencionales especiales. Según el Derecho procesal civil alemán, las sentencias extranjeras se reconocerán si no concurre ninguna de las causas de denegación legalmente establecidas (§ 328 ZPO). Según este precepto, se excluye el reconocimiento de una sentencia extranjera, cuando, por ejemplo, el tribunal extranjero no poseía competencia según las normas alemanas sobre competencia judicial internacional; o si el reconocimiento de la sentencia conduce a un resultado que es claramente incompatible con los principios esenciales del Derecho alemán, especialmente si el reconocimiento no es compatible con los derechos fundamentales (vulneración del orden público alemán, § 328.1.4 ZPO), o si no se garantiza la reciprocidad (§ 328.1.5 ZPO). Las sentencias extranjeras no se pueden declarar ejecutables si el § 328 ZPO impide su reconocimiento (§ 723.2.2 ZPO).

El reconocimiento y la ejecución de una sentencia extranjera pueden verse también obs- 39 taculizados, cuando se condena a un pago claramente desproporcionado en concepto de daños punitivos.

En una decisión reciente, el Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*) ha negado la 40 ejecutabilidad de una sentencia civil estadounidense en la que se condenó al demandado a pagar daños punitivos en una cuantía que, desde el punto de vista alemán, era exorbitada.⁴⁷³

El caso se refería a una indemnización de daños y perjuicios a consecuencia de la realización de prácticas homosexuales con un menor de edad y a los perjuicios psíquicos que se le ocasionaron. Los *punitive damages* reconocidos al demandante ascendían a 400.000 dólares, y sobrepasaban la totalidad de la restante suma indemnizatoria (costes de la terapia y una considerable cantidad por daños morales). En este caso, el Tribunal alemán entendió que la decisión estadounidense era incompatible con el orden público alemán en el sentido del § 328.1.4 ZPO, teniendo en cuenta la desproporción del importe y su carácter punitivo.

La asistencia judicial internacional respecto de la notificación de demandas se rige por 41 el Convenio de La Haya relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial.⁴⁷⁴ El Convenio de La Haya sólo le permite a un Estado requerido rehusar la notificación cuando éste juzgue

⁴⁷³ V. sentencia de 4 de junio de 1992, BGHZ, vol. 118, pp. 312 y ss.

⁴⁷⁴ BOE n 203, de 25 de agosto de 1987.

que el cumplimiento “es de tal naturaleza que implica un atentado a su soberanía o a su seguridad” (art. 13).

- 42 En demandas reclamando una indemnización exorbitante, como las que se plantean con frecuencia en Estados Unidos en el marco de acciones colectivas (*class actions*), la mera notificación de la demanda en ese país puede poner en peligro la reputación de una empresa y su patrimonio en Estados Unidos. Además de la predisposición de los tribunales estadounidenses (sobre todo, en procesos con jurado) a imponer cuantías indemnizatorias asombrosamente elevadas, las peculiaridades del Derecho procesal estadounidense (como el *pre-trial discovery of documents*) animan a algunos demandantes agresivos. Por eso, ya la mera defensa procesal frente a reclamaciones de este tipo puede llegar a convertirse en una pesada carga incluso para empresas que poseen un capital abundante.
- 43 Por ello, es comprensible que los empresarios del ámbito europeo se defiendan frente a la notificación de demandas con reclamaciones monstruosas de conformidad con el Convenio de La Haya relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, mediante la alegación de la vulneración de derechos constitucionalmente protegidos en el ámbito nacional. Desde luego, una demanda en el extranjero, pidiendo una indemnización por los daños y perjuicios sufridos, así como su notificación en la Jurisdicción interna no atentan contra principios jurídicos fundamentales, tal y como los recoge la Ley Fundamental alemana.⁴⁷⁵ No obstante, la notificación de una demanda dirigida a obtener daños punitivos puede violar dichos principios esenciales de un Estado de Derecho si concurren otras circunstancias agravantes, como el planteamiento abusivo de la demanda como instrumento de presión.

En el caso *Bertelsmann* (Napster), el Tribunal Constitucional alemán impidió provisionalmente la notificación de una demanda planteada en Estados Unidos frente a la empresa de comunicación alemana Bertelsmann, en la que se le reclamaba el pago de una indemnización de diecisiete mil millones de dólares, por su supuesta corresponsabilidad en lesiones de los derechos de autor operadas por el servicio de descargas Napster. En la argumentación de la decisión cautelar dictada en el marco de un recurso de amparo, el Tribunal Constitucional alemán observa posibles límites al deber de auxilio convencional en los casos en que “la reclamación extranjera formulada mediante demanda carece notoriamente de fundamento —especialmente por su cuantía—. Si se utilizan los procedimientos ante tribunales nacionales de forma manifiestamente abusiva, con el fin de doblegar a un operador del mercado a través de la presión periodística y del riesgo de una condena, podría vulnerarse el Derecho constitucional alemán”.⁴⁷⁶

⁴⁷⁵ Sent. BVerfGE 1991, pp. 335 y ss., en esp. 339 y ss.

⁴⁷⁶ Sent. BVerfGE, de 25 de julio de 2003, vol. 108, pp. 238 y ss., en esp. p. 248.

La jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional alemán afirma que es imperativo rehusar una notificación según el Convenio de La Haya, si el objetivo perseguido con la demanda es “manifestamente incompatible con principios imprescindibles de un Estado de Derecho”.⁴⁷⁷ Sin embargo, tal reserva, basada en el Derecho constitucional alemán, es difícil de conciliar con el alcance limitado de las excepciones a la notificación de demandas previstas por el Artículo 13 del Convenio de La Haya.

Acaso es oportuno iniciar, con la debida cautela, un debate acerca del respeto de los principios de Estado de Derecho en el sentido de la Ley Fundamental alemana en los foros de cooperación interestatal. Ello podría servir a animar una discusión más viva a efectos de disciplinar las demandas exorbitantes. 44

El reconocimiento y la ejecución recíproca de decisiones judiciales viene asegurado por un conjunto de convenios bilaterales y multilaterales que establecen requisitos simplificados. A este respecto, el Reglamento 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil,⁴⁷⁸ tiene gran importancia. Este texto convierte el contenido del Convenio de Bruselas en Derecho derivado de la Unión Europea y obliga a todos los Estados miembros menos a Dinamarca;⁴⁷⁹ aunque un acuerdo especial con la Unión Europea ha convertido el contenido, con algunas excepciones, del Reglamento Bruselas I también aplicable a Dinamarca.⁴⁸⁰ 45

En virtud del Reglamento 44/2001 y el Convenio de Bruselas de 1968, las resoluciones dictadas por un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin que sea necesario recurrir a procedimiento alguno (“reconocimiento automático” de acuerdo con el Artículo 33 del Reglamento, Artículo 26 del Convenio). No obstante, existe una serie de causas que justifican la denegación del reconocimiento y de la ejecución en la fase de recurso (arts. 34 y 35 del Reglamento, arts. 27 y 28 del Convenio). Entre ellas, juega un importante papel práctico la cláusula de orden público, que posibilita el no reconocimiento de decisiones si éste fuera manifestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido (art. 34.1 del Reglamento, art. 27.1 del Convenio). Las sentencias dictadas y ejecutables en un Estado miembro pueden ser ejecutadas en otro Estado miembro tras el otorgamiento, a instancia de parte interesada, de la declaración de ejecutabilidad (art. 38.1 del Reglamento, art. 31.1 del Convenio). Tal instancia sólo puede ser desestimada por los mismos motivos que conducen al no reconocimiento de una sentencia (art. 45.1.1 del Reglamento, art. 34.2 del Convenio). El Reglamento 46

⁴⁷⁷ Sent. BVerfG, EuGRZ 2007, pp. 234-235, refiriéndose a la sent. BVerfGE 91, pp. 335 y ss. El asunto que fue objeto de este procedimiento se terminó mediante revocación del recurso de amparo constitucional.

⁴⁷⁸ V. nota al margen 19 en este capítulo.

⁴⁷⁹ V. nota al margen 19 en este capítulo.

⁴⁸⁰ DO 2005, L 2099, p. 62 y ss.

805/2004 prevé la ejecución transfronteriza, en la Unión Europea, de títulos ejecutivos para créditos no impugnados.⁴⁸¹ La supresión de cualquier control material en la ejecución de sentencias, incluso las dictadas en contumacia, ha suscitado opiniones controvertidas.

⁴⁸¹ DO L 143, pp. 15 y ss.. Al respecto v. Stadler, A.: "Kritische Anmerkungen zum Europäischen Vollstreckungstitel", RIW 2004, pp. 801 y ss.

TERCERA PARTE

Comercio de mercancías y prestaciones de servicios

Tema 10

El GATT y el nuevo sistema de la Organización Mundial del Comercio (OMC)

Bibliografía selecta: Beise, M.: *Die Welthandelsorganisation (WTO)*, 2001; van den Bossche, P.: *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 2.ª ed., 2008; Cass, D. Z.: *The Constitutionalization of the World Trade Organization*, 2005; Dennin, J. F. (ed.): *Law and Practice of the World Trade Organization*, 1995; van Dijck, P., Faber, G.: *Challenges to the New World Trade Organization*, 1996; Gottsche, G.: *Die Anwendung von Rechtsprinzipien in der Spruchpraxis der WTO-Rechtsmittelinstanz*, 2005; Hahn, M. J.: “Balancing or Bending? Unilateral Reactions to Safeguard Measures”, *JWT*, vol. 39 (2005), pp. 301 y ss.; Herrmann, Ch., Weiß, M., Ohler, Ch.: *Welthandelsrecht*, 2.ª ed., 2007; Hilf, M., Oeter, S.: *WTO-Recht. Rechtsordnung des Welthandels*, 2.ª ed., 2010; Hoekman, B. M., Mattoo, A., English, P. (ed.): *Development, Trade and the WTO: A Handbook*, 2002; Jackson, J. H.: *The World Trading System*, 2.ª ed., 1997; *id.*: *Implementing the Uruguay Round*, 1996; *id.*: *The Jurisprudence of GATT and the WTO: Insights of Treaty Law and Economic Relations*, 2002; McMahon, J.: *The WTO Agreement on Agriculture. A Commentary*, 2007; Matsushita, M., Schoenbaum, T. J., Mavroidis, C.: *The World Trade Organization*, 3.ª ed., 2011; Nettesheim, M., Sander, G. G.: *WTO-Recht und Globalisierung*, 2003; Pitschas, Ch., Neumann, J., Herrmann, Ch.: *WTO-Recht in Fällen*, 2005; Prieß, H. -J., Berrisch, G. M. (ed.): *WTO-Handbuch*, 2003; Senti, R.: *WTO System und Funktionsweise der Welthandelsordnung*, 2000; Stoll, P. -T., Schorkopf, F.: *WTO-Welthandelsordnung und Welthandelsrecht*, 2002 (en inglés: *WTO-World Economic Order, World Trade Law*, 2006); van Damme, I.: *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, 2009; World Trade Organization (ed.): *Guide to GATT Law and Practice: Analytical Index*, 1995; *id.*: *A Handbook on the WTO Dispute Settlement System*, 2004.

1. Evolución

Bibliografía recomendada: Dunkel, A.: “The Uruguay Round and the World Economy”, *Außenwirtschaft*, 42/1987, pp. 7 ss.; Hummer, K. W., Weiss, F.: *Vom GATT '47 zur WTO '94*, 1997; Oppermann, T., Molsberger, J. (ed.): *A New GATT for the Nineties and Europe '92*, 1991; Petersmann, E. -U., Hilf, M.: *The New GATT Round of Multilateral Trade Negotiations*, 2.^a ed., 1991; Senti, R., Conlan, P.: *WTO: Regulation of World Trade after Uruguay Round*, 1998.

a) Evolución hasta la “Ronda Uruguay”

- 1 La Carta Atlántica de 1941 estableció como objetivo un sistema de comercio mundial estable, que debía basarse en el libre intercambio de mercancías y servicios.¹ Una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, a iniciativa de Estados Unidos, convocó varias conferencias internacionales sobre comercio y empleo (Conferencia de Londres de octubre de 1946, Conferencia de Ginebra de agosto de 1947, Conferencia de La Habana de noviembre de 1947 a marzo de 1948). En esa misma sede, en conexión con la reorganización del sistema monetario internacional (creación del Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial), la ordenación de las relaciones económicas internacionales, a través de la creación de una Organización Internacional de Comercio (OIC), debía apoyarse sobre nuevas bases. En 1948, como consecuencia de las negociaciones, se aprobó la denominada “Carta de La Habana”. Esta Carta contenía una regulación extensa en materia comercial, de libre competencia, política del desarrollo y mercado laboral. Debido a la resistencia del Congreso de los Estados Unidos, la Carta de La Habana nunca llegó a entrar en vigor. Un amplio sector de la economía y la política estadounidense temía una restricción excesiva de los márgenes para configurar su política económica exterior.
- 2 La Conferencia de La Habana de 1947 fue precedida por negociaciones sobre la reducción recíproca de los derechos aduaneros, en las cuales tomaron parte veintitrés Estados. Estas negociaciones desembocaron en el “Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio” (*General Agreement on Tariffs and Trade*, GATT). El GATT se firmó el 31 de octubre de 1947 y, a través de un “Protocolo de Aplicación Provisional”, entró en vigor el 1 de enero de 1948. En origen, el GATT se concibió como parte de una reglamentación más amplia sobre la liberalización de los derechos aduaneros y otras medidas de política comercial, debiendo quedar integrado en la Carta de La Habana, que constituiría la regulación completa de un nuevo orden comercial mundial. Teniendo en cuenta que su aplicación sólo sería transitoria, se quiso evitar la exigencia de una ratificación parlamentaria. En este contexto, se incluyó

¹ Al respecto Bennouna, M.: “Atlantic Charter (1941)”, Wolfrum, R. (ed.): *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, edición en línea, 30.11.2010.

en el Protocolo la denominada “cláusula del abuelo” (*grandfather clause*). De acuerdo con ella, el GATT no resultaba aplicable si existieran normas nacionales, en vigor a 30 de octubre de 1947, inconciliables con él. Tras el fracaso del proyecto de Organización Internacional del Comercio, el GATT “provisional” se convertiría en un marco duradero de regulación del comercio mundial. En la actualidad, las asimetrías que se produjeron como consecuencia de la legislación proteccionista de algunos Estados (como Canadá o Estados Unidos), aplicable al amparo de la “cláusula del abuelo”, han sido en gran parte eliminadas.

Con el paso del tiempo, dada su estructura interna, el GATT se ha convertido prácticamente en una organización internacional. No sólo regula el comportamiento de los países miembros, sino que facilita la actuación conjunta hacia el exterior mediante sus órganos de decisión y ejecución. El máximo órgano de decisión es la reunión de las Partes Contratantes (*Contracting Parties*) (art. XXV.1). Por lo general, las votaciones deben adoptarse por mayoría, teniendo un voto cada miembro.² Sin embargo, lo habitual es que las Partes Contratantes se esfuercen por alcanzar el consenso, sin necesidad de un acto formal de votación. De los problemas más actuales y las cuestiones menores se ocupa un órgano permanente: el Consejo de Representantes (*Council of Representatives*). Junto a ellos, existen un Comité con funciones consultivas, Grupos de Expertos para cuestiones especiales y una Secretaría dirigida por el Director General del GATT.

La Comunidad Europea, sin haberse adherido formalmente al GATT, llegó a ser tratada como un miembro del mismo, a causa de sus competencias en política comercial.³ Tras la reforma del orden comercial mundial, la Comunidad Europea se adhirió formalmente al nuevo sistema institucional y al Acuerdo por el que se establece la OMC. Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Unión Europea ha sustituido a la Comunidad Europea.

Con el fin de continuar impulsando el libre comercio mundial, los miembros realizaron, en intervalos periódicos, rondas comerciales: en Ginebra (1947), en Annecy (1949), en Torquay (Gran Bretaña) (1950-51), en Ginebra (1955-56) y de nuevo en Ginebra, denominada Ronda Dillon (1961-62), en Ginebra, denominada Ronda Kennedy (1964-67), en Ginebra, denominada Ronda Tokio (1973-76) y la octava ronda o Ronda Uruguay (1986-1993). El punto más importante de las negociaciones, en el marco de estas rondas, fueron las reducciones arancelarias. En la Ronda Kennedy, se logró acordar una reducción lineal general de los aranceles.

² Art. XXV. 3 y 4. No obstante, en determinados casos, se exige una mayoría de dos tercios (por ejemplo, en los arts. XXIV. 10 y XXX. 1, II) y la unanimidad (como en el art. XXX, 1, I).

³ V. Berrisch, G. M.: *Der völkerrechtliche Status der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft im GATT*, 1992.

- 6 En la Ronda Tokio, pasaron a un primer plano las negociaciones sobre los obstáculos al comercio no tarifarios (por ejemplo, restricciones cuantitativas como prohibiciones de importar o exportar, subvenciones a los productos nacionales, obstáculos técnicos como prescripciones sanitarias o normas industriales, y la formalización de procedimientos aduaneros).
- 7 En el marco de cada una de estas rondas, se adoptaron numerosos acuerdos de política comercial denominados “Códigos del GATT”. Se trata de convenios jurídicamente separados del GATT que tienen, en cada caso, su propia órbita de Estados parte. La suscripción de estos acuerdos separados se promocionó especialmente debido a los requisitos bastante complicados que, para la modificación de las disposiciones del GATT, se prevén en el art. XXX. En virtud de este precepto, una enmienda requeriría una mayoría de dos tercios de las Partes Contratantes y sólo sería válida entre los Estados que la hubieran aceptado. En este contexto, fue de especial importancia el Acuerdo Textil Mundial o Acuerdo Multifibras (AMF), que actualmente ya ha expirado.

b) Reforma en el marco de la “Ronda Uruguay”

- 8 En el marco de la Ronda Uruguay, se trató, sobre todo, de la reforma institucional (mecanismos de decisión y de solución de diferencias), la eliminación progresiva de los obstáculos al comercio de productos agrícolas e industriales, la regulación de las prestaciones de servicios transfronterizas, así como el papel político-comercial que desarrolla la propiedad intelectual. En diciembre de 1993, después de extraordinarias dificultades y duras negociaciones, se consiguió concluir esta Ronda.⁴ En abril de 1994, en la Conferencia ministerial de Marrakech, se firmó el haz de acuerdos comerciales multilaterales, a los que se añadieron pactos adicionales. La contribución de estos acuerdos a la liberalización es mayor que la de todas las rondas anteriores. Junto a la reducción de aranceles y obstáculos al comercio no tarifarios para los productos industriales (como cuotas a la importación o estándares técnicos), en particular los sectores agrario y textil, debieron abrirse en mayor medida a la competencia global. A este fin responden, en primera línea, la eliminación de subvenciones a los productos agrícolas y de restricciones cuantitativas en el mercado textil. Además, se celebró un Acuerdo sobre Medidas *Antidumping* y otro sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.
- 9 El GATT reformado (“GATT-94”)⁵ comprende el antiguo GATT y los cambios que se habían ido produciendo mientras tanto (“GATT-47”), así como las modificaciones

⁴ El Acta final de la Ronda Uruguay con anexos (particularmente el Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio –GATT– de 1994, el Protocolo de Marrakech sobre el GATT 1994, el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios y el Entendimiento sobre Solución de Diferencias) están publicadas en *ILM* 33/1994, pp. 1125 ss.

⁵ *EuZW* 1994, p. 342, *ILM* 33/1994, pp. 28 y ss.

a preceptos particulares mediante una serie de acuerdos y el Protocolo de Marrakech anexo al GATT-94 (art. 1 GATT-94). Los principios fundamentales del GATT-47 se mantienen en el GATT-94. La principal renovación institucional consiste en la creación de una nueva “Organización Mundial del Comercio” (*World Trade Organization*, WTO-OMC).⁶

En cuanto al sector de la prestación de servicios, se adoptó el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (*General Agreement on Trade in Services*, GATS-AGCS).⁷ La admisibilidad de prácticas *antidumping*, así como de subvenciones y de derechos compensatorios, fue objeto de una regulación más estrecha. Por medio del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (*Trade-Related Intellectual Property Rights*, TRIPS-ADPIC),⁸ se aspira a una mejor protección de la propiedad intelectual. También se adoptó el Acuerdo sobre Medidas de Inversión relacionadas con el Comercio (*Trade-Related Investment Measures*, TRIMS-AMIC).⁹ Aparte de la creación de la OMC, la reforma institucional también ha fortalecido el carácter vinculante del mecanismo de solución de diferencias.

De gran importancia en el marco de la Ronda Uruguay, es la apertura de los mercados en relación con la contratación pública. Un primer paso hacia la liberalización de la contratación pública se había dado ya con el Acuerdo sobre Compras del Sector Público de 1979 (*Agreement on Government Procurement*, GPA). Al final de la Ronda Uruguay se negoció una ampliación esencial del programa de liberalización existente. Son partes del nuevo acuerdo, además de la Unión Europea y sus Estados miembros y los Estados Unidos, los Estados de la EFTA, Hong Kong, Israel, Japón, Canadá, Singapur, Corea del Sur y Taiwán. El nuevo Acuerdo sobre Contratación Pública mejora el mercado no sólo en relación con las compras de los gobiernos centrales, sino también de las administraciones regionales y municipales, así como los suministros de mercancías y servicios a través de organismos públicos en el sector de los abastecimientos de agua, energía y el sector del transporte. No pudo lograrse acuerdo alguno sobre contratación pública en el campo de las telecomunicaciones.

⁶ ILM, 33/1994, pp. 13 ss. Al respecto, v. Jansen, B.: “Die neue Welthandelsorganisation (World Trade Organization – WTO)”, *EuZW*, 5/1994, pp. 333 ss.; Ipsen, K., Haltern, U.: “Rule of the Law in den internationalen Wirtschaftsbeziehungen: Die Welthandelsorganisation”, *RIW*, 1994, pp. 717 ss.; Stoll, P. -T.: “Die WTO: Neue Welthandelsorganisation, neue Welthandelsordnung”, *ZaöRV*, 54/1994, pp. 241 ss.; Oppermann, T., Beise, M.: “Die neue Welthandelsorganisation – ein stabiles Regelwerk für weltweiten Freihandel”, *Europaarchiv*, 49/1994, pp. 195 ss.

⁷ ILM, 33/1994, p. 44. Al respecto, v. Barth, D.: “Das allgemeine Übereinkommen über den internationalen Dienstleistungshandel”, *EuZW*, 1994, pp. 455 ss. y Weiss, F.: “Aspectos jurídicos del comercio de servicios en una economía globalizada”, Remiro, A., Espósito, C.: *La Organización Mundial del Comercio y el regionalismo europeo*, 2001, p. 241.

⁸ ILM, 33/1994, p. 81.

⁹ Al respecto v. Stoll, P. -T., *op. cit.* (nota 496), pp. 304 ss.

- 12 De acuerdo con un estudio del Banco Mundial y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), los Estados más beneficiados por las medidas liberalizadoras adoptadas en la Ronda Uruguay serán los Estados industrializados. Pero el aumento del bienestar también alcanzará a muchos países en vías de desarrollo. No obstante, algunos Estados especialmente pobres, con una economía basada en el sector agrario, podrían sufrir desventajas. De ahí que algunos problemas estén pendientes de solución en el ámbito multilateral. La lucha contra la existencia de estándares distintos de protección del medio ambiente, así como la armonización de las prestaciones sociales y la protección de los trabajadores, constituyen algunos de los grandes retos futuros del sistema GATT.

2. La nueva Organización Mundial del Comercio

- 13 En el centro del nuevo sistema GATT se halla la Organización Mundial del Comercio,¹⁰ constituida a comienzos de 1995. La OMC fue concebida como marco institucional de las relaciones económicas entre sus miembros, sobre la base del nuevo GATT y los otros acuerdos suscritos al término de la Ronda Uruguay (art. II. 1 Acuerdo OMC). Los “Acuerdos Comerciales Multilaterales”, como el GATT-94, el GATS, el convenio ADPIC (Anexo I a C del Acuerdo OMC), y los pactos relativos a la solución de diferencias (*Dispute Settlement Understanding* – DSU) (Anexo II al Acuerdo de la OMC) forman parte del Acuerdo OMC y son vinculantes para todos sus miembros (art. II.2 Acuerdo OMC). Lo mismo puede decirse del *Trade Policy Mechanism* pactado (Anexo III al Acuerdo OMC), que tiene como objetivo un examen periódico de la política comercial de los miembros de la OMC. Los “Acuerdos Comerciales Plurilaterales” sobre sectores específicos, como el Acuerdo sobre contratación pública (AGP), sólo vinculan en el marco de la OMC a aquellos Estados que se hayan adherido a ellos (art. II. 3 Acuerdo OMC). La OMC debe facilitar la aplicación del sistema GATT y favorecer la consecución de sus objetivos (art. III.1 Acuerdo OMC). Será el foro para las negociaciones entre sus miembros acerca de sus relaciones comerciales y de la ampliación del sistema GATT (art. III. 2 Acuerdo OMC). Además, administrará los nuevos mecanismos de solución de diferencias (art. III. 3 Acuerdo OMC).
- 14 El órgano supremo de la OMC es la Conferencia Ministerial, compuesta por representantes de todos los miembros. La Conferencia ministerial se debe reunir, al menos, una vez cada dos años (art. IV. 1 Acuerdo OMC). Entre las reuniones de la Conferencia Ministerial, el Consejo General (*General Council*), que también está integrado por representantes de todos los miembros, actúa como órgano principal y asume las funciones de aquella. Por debajo del Consejo General, se constituyen Consejos Especiales para cada

¹⁰ V. *supra*, nota 496.

sector específico del sistema GATT: el Consejo del Comercio de Mercancías (*Council for Trade in Goods*), el Consejo del Comercio de Servicios (*Council for Trade in Services*) y el Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (*Council for Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*) (todos creados al amparo del Artículo IV. 5 Acuerdo OMC). Además, la Conferencia Ministerial establece comités para cuestiones específicas interdisciplinarias, como, por ejemplo, el Comité de Comercio y Desarrollo, el Comité de Restricciones por Balanza de Pagos y el Comité de Asuntos Presupuestarios, Financieros y Administrativos (art. IV. 7 Acuerdo OMC). La gestión ordinaria de la OMC está en manos de una Secretaría, dirigida por un Director General (art. VI Acuerdo OMC). La OMC tiene atribuida expresamente personalidad jurídica internacional (art. VIII. 1 Acuerdo OMC).

La creación de un órgano permanente para la solución de diferencias (OSD) con base 15 en el Entendimiento sobre Solución de Diferencias (*Dispute Settlement Understanding*) supone un fortalecimiento institucional esencial del sistema OMC. Los informes de un grupo especial de expertos (*Panel*) o del Órgano de Apelación (*Appellate Body*), que serán adoptados por el OSD, son de suma importancia para la interpretación del Derecho de la OMC.

Los esfuerzos para adoptar las decisiones por medio del consenso del antiguo GATT se 16 mantienen en la nueva OMC (art. IX. 1 Acuerdo OMC). La competencia para interpretar de manera vinculante el Acuerdo OMC y los Acuerdos Multilaterales del sistema GATT queda reservada a la Conferencia Ministerial y al Consejo General, y requiere una mayoría de tres cuartos de los miembros (art. IX. 2 Acuerdo OMC). “En circunstancias excepcionales”, la Conferencia Ministerial puede eximir a un miembro de una obligación impuesta por el Acuerdo OMC o uno de los Acuerdos Comerciales Multilaterales (*waiwer*, arts. IX. 3 y IX. 4 Acuerdo OMC).

Los acuerdos comerciales multilaterales son vinculantes para todos los Estados miem- 17 bros de la OMC (art. II. 2 Acuerdo OMC), y sólo pueden ser ratificados como sistema integral y unitario (*single undertaking approach*).

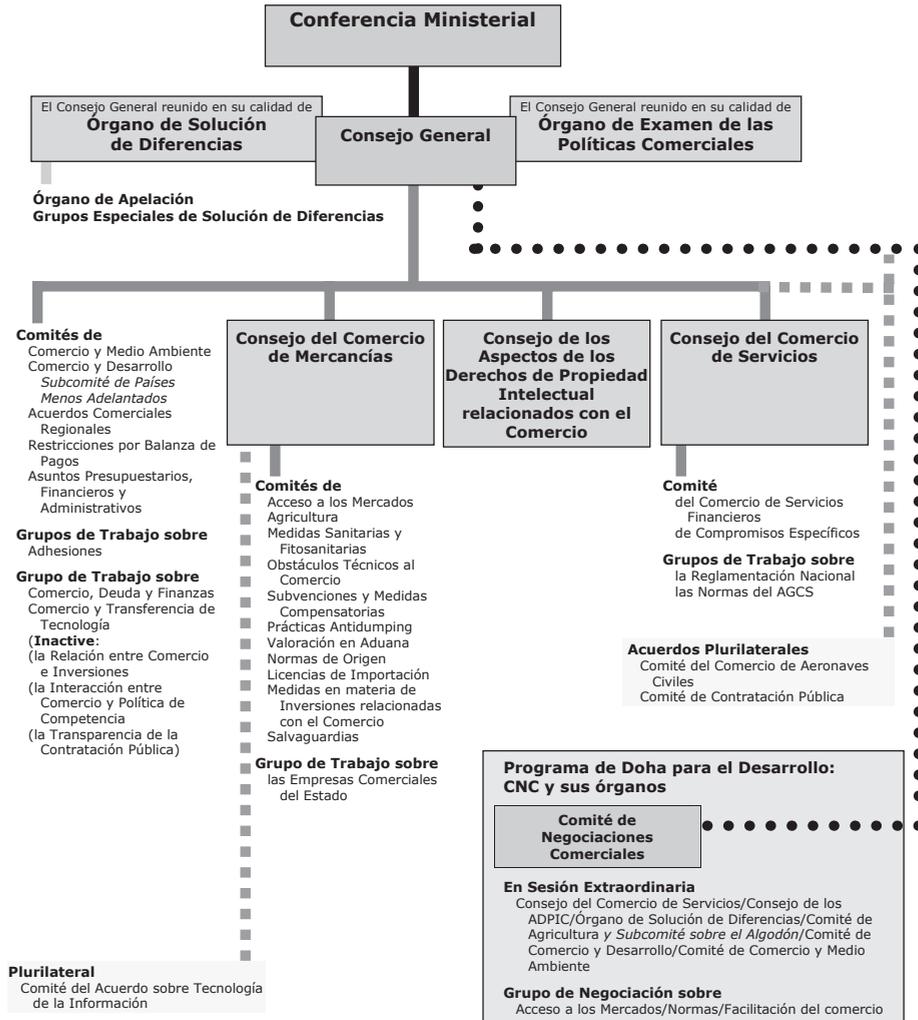
Los antiguos Estados parte del GATT, que suscriben los nuevos acuerdos multilaterales, 18 son miembros fundadores de la OMC. Entre ellos, también se encuentran las Comunidades Europeas (art. XI. 1 Acuerdo OMC). A pesar de la comunitarización de la política comercial en virtud del Tratado de la Comunidad Europea, también se adhirieron los Estados miembros de las Comunidades Europeas (en atención a que sus competencias residuales resultaban afectadas).¹¹ Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Unión Europea ha sustituido a las Comunidades Europeas como miembro de la OMC (Art.

¹¹ V. Dictamen 1/94 del TJUE, Rec. 1994, I-5267 - Acuerdo sobre la OMC.

Estructura de la OMC

Estructura de la OMC

Todos los Miembros de la OMC pueden participar en todos los consejos, comités, etc., con excepción del Órgano de Apelación, los grupos especiales de solución de diferencias, y los comités establecidos en el marco de los acuerdos plurilaterales.



Explicación

- ▬ Rinden informe al Consejo General (o a un órgano subsidiario)
- ▬ Rinden informe al Órgano de Solución de Diferencias
- ▬ Los Comités de los Acuerdos plurilaterales rinden informe de sus actividades al Consejo General o al Consejo del Comercio de Mercancías, aunque no todos los Miembros de la OMC han firmado estos acuerdos
- El Comité de Negociaciones Comerciales rinde informe al Consejo General

El Consejo General se reúne también en su calidad de Órgano de Examen de las Políticas Comerciales y Órgano de Solución de Diferencias

Fuente: www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org2_s.htm

1.3 III TUE). En las relaciones externas, las obligaciones multilaterales del Derecho de la OMC vinculan *pro indiviso* a la Unión Europea y sus Estados miembros. En caso de infracciones generadas por medidas de un Estado miembro de la Unión Europea, el Estado en cuestión y la Unión responden de manera solidaria frente a terceros. No importa si las medidas nacionales sirven para implementar el Derecho de la Unión o no. Los demás Estados miembros de la OMC no tienen que tomar en consideración el reparto de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros.

En las votaciones de la OMC, la Unión Europea dispone de un número de votos igual al de sus Estados miembros (art. IX. 1. III Acuerdo OMC). Por lo general, la Unión Europea, representada por la Comisión Europea, actúa también en nombre de sus Estados miembros. Previamente a ello, la Comisión consensúa su posición con la de sus Estados miembros. En controversias sobre medidas de política comercial de los Estados miembros, la Unión trata de actuar, en lo posible, como parte única.¹²

Entretanto, la OMC cuenta con ciento cincuenta y tres Estados y otros miembros en el sentido del art. XII.1.I del Acuerdo OMC (por ejemplo, zonas con régimen aduanero independiente como Hong Kong o Macao). La República Popular China se incorporó en diciembre de 2001 y Taiwán en enero de 2002. Rusia se encuentra todavía fuera de la OMC. 19

3. Acuerdos Comerciales “Multilaterales” y “Plurilaterales”

El núcleo del nuevo orden comercial mundial lo constituyen los denominados Acuerdos Comerciales “Multilaterales” que, junto con el sistema institucional de la OMC, conforman un ordenamiento unitario. Los Acuerdos “Multilaterales” vinculan a todos los miembros de la OMC (art. II.2 Acuerdo OMC). Por el contrario, los denominados Acuerdos Comerciales “Plurilaterales” sólo son vinculantes para un círculo restringido de miembros (art. II. 3 Acuerdo OMC). Tanto los acuerdos multilaterales como los plurilaterales, aparecen en los anexos al Acuerdo - OMC. 20

a) Acuerdos Multilaterales 21

- Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.
- Acuerdo sobre la Agricultura.
- Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.
- Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido.
- Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio.

¹² En cuanto a restricciones comerciales impuestas por Francia, v. Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto* WT/DS 135/AB/R (2001).

- Acuerdo en Materia de Inversiones relacionadas con el Comercio.
 - Acuerdo relativo a la aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.
 - Acuerdo relativo a la aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.
 - Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición.
 - Acuerdo sobre Normas de Origen.
 - Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación.
 - Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.
 - Acuerdo sobre Salvaguardias.
 - Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios.
 - Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.
- 22 b) Acuerdos plurilaterales todavía en vigor
- Acuerdo sobre Contratación Pública.
 - Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles.

4. El GATT de 1994 y los acuerdos complementarios

- 23 Entre los acuerdos multilaterales, el más importante es el GATT en la versión de 1994 (GATT-94). El GATT se completa por nuevos acuerdos multilaterales sobre Medidas *Antidumping* (Acuerdo relativo a la Aplicación del art. VI del GATT, APA), así como por el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC) (*Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, SCM Agreement*).
- 24 En el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF) (*Agreement on Sanitary and Phyto-Sanitary Measures, SPS Agreement*) y en el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC) (*Agreement on Technical Barriers to Trade, TBT Agreement*) se contienen normas más detalladas sobre barreras comerciales admisibles.
- 25 En el sector de la prestación de servicios, tiene mucha importancia el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (*General Agreement on Trade in Services, GATS-AGCS*). Este Acuerdo, como instrumento para la reducción de los obstáculos al comercio, tiene menor alcance que el GATT.¹³ En materia de prestación de servicios estrechamente relacionados con mercancías, los ámbitos de aplicación del GATT y del GATS pueden

¹³ V. *infra*, tema 10, nota al margen 10.

coincidir. Este hecho lo resaltó el Órgano de Apelación (*Appellate Body*) en la controversia de los bananos:¹⁴

Podría considerarse que determinadas medidas están comprendidas exclusivamente en el ámbito del GATT de 1994, cuando afectan al comercio de mercancías como tales. Otras medidas, en cambio, podrían considerarse comprendidas exclusivamente en el ámbito del AGCS, cuando afectan al suministro de servicios como tales. Sin embargo, hay una tercera categoría de medidas que podrían considerarse comprendidas tanto en el ámbito del GATT de 1994 como en el del AGCS. Son las medidas que se refieren a un servicio relacionado con determinada mercancía o a un servicio suministrado conjuntamente con determinada mercancía. En todos los casos incluidos en esta tercera categoría, la medida de que se trate podría ser examinada tanto en el marco del GATT de 1994 como en el del AGCS.

Por otra parte, entre los acuerdos “multilaterales” del nuevo sistema OMC se encuentra el 26 Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (*Trade-Related Intellectual Property Rights*, TRIPS - ADPIC).¹⁵ De acuerdo con el Artículo 7 del Acuerdo TRIPS, la protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual “deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones”. El Acuerdo TRIPS mejora claramente la protección de las patentes, marcas, derechos de autor y derechos sobre el *software* informático.

Asimismo, entre los Acuerdos “Multilaterales” se encuentra el Acuerdo sobre Medidas 27 en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (*Trade-Related Investment Measures*, TRIMS-AMIC¹⁶). En relación con las inversiones relacionadas con el comercio de mercancías (MIC) (art. 1), el Acuerdo TRIMS establece que los Estados miembros no deben imponer a los inversores de otros Estados medidas incompatibles con el principio de trato nacional o con la prohibición de establecer restricciones cuantitativas (art. 2.1 Acuerdo TRIMS). Ello se refiere sobre todo a preceptos que obligan a un inversor a utilizar un cierto porcentaje de materias primas o insumos nacionales en su producción en dicho país, o a cumplimentar allí un cierto porcentaje de ventas (*local content/*

¹⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Régimen de la importación, venta y distribución de bananos*, WT/DS 27/AB/R (1997), num. 221.

¹⁵ V. *infra*, tema 15, nota al margen 2.

¹⁶ Brewer, T. L., Young, S.: “Investment Issues at the WTO: the Architectures of Rules and the Settlement of Disputes”, JIEL, 1998, pp. 457 ss.

local performance requirements). Los Estados Unidos no pudieron imponer su exigencia de liberalizar con carácter general el acceso a los mercados en materia de inversiones relacionadas con el comercio de mercancías. En este círculo de acuerdos multilaterales sectoriales, también se encuentra el Acuerdo sobre Agricultura y, antaño, el Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido.

- 28 En caso de conflicto, los demás acuerdos multilaterales tienen primacía sobre el GATT-94 (regla general de interpretación al Anexo 1 A del Acuerdo OMC).
- 29 Entre los acuerdos plurilaterales (aún vigentes) se encuentran el Acuerdo sobre Contratación Pública (*Agreement on Government Procurement*)¹⁷ y el Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles (*Agreement on Trade in Civil Aircraft*).

5. Principios fundamentales del GATT

Bibliografía recomendada: Carreau, D., Juillard, B.: *Droit international économique*, 4.^a ed., 1998, pp. 105 ss.; Jackson, J. H.: *The World Trading System*, 2.^a ed., 1997; Mavroidis, P.C.: *The General Agreement on Tariffs and Trade. A Commentary*, 2005; Senti, R.: *Die neue Welthandelsordnung nach der Uruguay-Runde*, 2.^a ed., 1999; Wolfrum, R., Stoll, P.-T., Hestermeyer, H. R.: *WTO: Trade in Goods*, 2011.

- 30 El GATT tiene por objeto la creación de un sistema económico mundial, orientado por los principios de la economía de mercado. El Tratado pretende una liberalización del tráfico comercial internacional a través de la progresiva reducción de los obstáculos al comercio y debe impedir injerencias proteccionistas en la libre competencia en el mercado mundial.
- 31 A pesar de que el GATT es un documento denso, sus principios rectores destacan con claridad: la prohibición de discriminación, la reciprocidad en los compromisos, así como la reducción de los aranceles y la prohibición de obstáculos no tarifarios al comercio.¹⁸ Estos principios, tendentes a la liberalización del comercio mundial, quedan sujetos a numerosas restricciones y excepciones, que, a menudo, carecen de perfiles definidos. Ello afecta considerablemente a la fuerza normativa del GATT.
- 32 El principio de reciprocidad es una directriz importante para todas las negociaciones que se lleven a cabo en el marco del GATT. La noción de reciprocidad se menciona ya en el propio Preámbulo (tercer párrafo). Con ella, se quiere indicar que las ventajas comerciales concedidas por los Estados entre sí deben mantenerse en equilibrio y que las ventajas

¹⁷ Hoekman, B. M., Mavroidis, P. C. (ed.): *Law and Policy in Public Purchasing: the WTO Agreement on Government Procurement*, 1997.

¹⁸ V. el párrafo III del Preámbulo del GATT.

comerciales otorgadas por un Estado deben corresponderse con concesiones del mismo valor por parte de los otros Estados.¹⁹ Desde un punto de vista de política económica, el principio de reciprocidad de derechos y deberes es problemático. Si se entiende, como lo hacen los defensores del libre comercio, que cada medida liberalizadora (por ejemplo, la supresión de una restricción a la importación) beneficia también desde el punto de vista económico global al Estado que la impuso, este principio resulta difícil de fundamentar. Los países en vías de desarrollo pueden hacer valer una excepción al principio de reciprocidad. De ellos no se esperan concesiones que sean incompatibles con sus necesidades especiales (art. XXXVI. 8).

a) Trato de la nación más favorecida

Un elemento esencial del sistema GATT es el principio de la nación más favorecida. Al 33 respecto, el Artículo I.1 GATT 1994 establece lo siguiente:

Con respecto a los derechos de aduana y cargas de cualquier clase impuestos a las importaciones o a las exportaciones, o en relación con ellas, o que graven las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago de importaciones o exportaciones, con respecto a los métodos de exacción de tales derechos y cargas, con respecto a todos los reglamentos y formalidades relativos a las importaciones y exportaciones, y con respecto a todas las cuestiones a que se refieren los párrafos 2 y 4 del artículo III, cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado.

En el GATT, el principio de la nación más favorecida informa las restricciones cuantita- 34 tivas interiores (art. III. 7), la libertad de tránsito (art. V), las denominaciones de origen (art. IX. 1), las restricciones cuantitativas a las importaciones y exportaciones (art. XIII. 1) y las empresas comerciales estatales (art. XVII. 1).

Mientras no se logre eliminar plenamente las barreras comerciales, este principio tiene una función central para la consecución de la igualdad de oportunidades competitivas. El trato general de nación más favorecida significa que las ventajas comerciales (por ejemplo, las relacionadas con los aranceles aduaneros, los impuestos o los derechos sobre la importación y la exportación) deben concederse en igual medida a todos los Estados miembros. Tan pronto como un Estado parte otorga a otro determinadas prerrogativas, éstas deben extenderse al resto de los miembros del GATT. Sobre la base de la remisión al Artículo II. 2 y Artículo III. 4. del GATT, el principio de nación más favorecida del

¹⁹ En cuanto a la importancia de la reciprocidad, v. por ejemplo: art. XXIII y XXVIII.

Artículo I. 1 alcanza también a los impuestos y otras cargas que repercuten en el comercio exterior, y a otras disposiciones sobre la circulación interior de mercancías. La extensión de ventajas comerciales sobre la base de este principio debe producirse “inmediata e incondicionadamente”. Por consiguiente, no puede hacerse depender de contraprestaciones por parte de otro Estado miembro.

El principio de la nación más favorecida se aplica a “productos similares” (*like products*). La noción de “producto similar” aparece en el Derecho de la OMC en varios contextos normativos (por ejemplo, en los artículos I. 1, II. 2, III. 2, III. 4, VI. 1, IX. 1, XI. 2 letra c, XIII. 1, XVI. 4 y XIX. 1 del GATT). El Órgano de Apelación ha utilizado la metáfora de un acordeón que se expande o se pliega según el caso:²⁰

no puede haber ninguna definición precisa y absoluta de lo que es ‘similar’. El concepto de ‘similaridad’ es relativo y evoca la imagen de un acordeón. El acordeón de ‘similaridad’ se extiende y se contrae en diferentes lugares, a medida que se aplican las distintas disposiciones del Acuerdo sobre la OMC.

De todas maneras, hasta ahora la jurisprudencia considera que la existencia de una similitud, en el sentido del artículo III. 2,²¹ es suficiente para establecer similitud en el sentido del artículo I. 1.²²

El principio de la nación más favorecida se aplica también a ventajas y privilegios escondidos e indirectos que favorecen sólo a mercancías procedentes de determinados países.²³

- 35 Existe una serie de excepciones al principio de la nación más favorecida. Entre ellas, son de especial relevancia las excepciones a favor de las uniones aduaneras y las zonas de libre comercio (art. XXIV. 4-10).²⁴ De este modo, el GATT quiere honrar los beneficios que las asociaciones económicas regionales reportan al conjunto de la economía mundial. Las excepciones al principio de la nación más favorecida deben favorecer sólo a aquellas uniones aduaneras y zonas de libre comercio que abarquen, con respecto a aranceles y otras barreras al comercio, “lo esencial de los intercambios comerciales” (*substantially all the trade*) (art. XXIV. 8, letras a y b). De todas maneras, las zonas de libre comercio

²⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS 8, 10, 11/AB/R (1996), p. 21.

²¹ V. *infra*, tema 10, nota al margen 5 b).

²² Informe del grupo especial, *Indonesia – Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*, WT/DS 54, 55, 59, 64/R (1998), núm. 14.141

²³ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá – Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*, WT/DS 139/AB/R (2000), num. 77 ss. Este asunto trata de la concesión de preferencias arancelarias para automóviles y partes de automóviles de productores extranjeros que disponían de una planta de producción doméstica; las preferencias se referían a productos de productores estadounidenses y se basaban en un acuerdo bilateral entre Canadá y los Estados Unidos.

²⁴ Kallmayer, A.: *Verbot und Rechtfertigung von Präferenzabkommen im GATT*, 2005; Bartels, L., Ortino, F.: *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*, 2007.

y las uniones aduaneras tienen que incluir la mayor parte de los respectivos volúmenes comerciales. Si además tienen que abarcar todos los sectores económicos esenciales es una cuestión controvertida. El rápido crecimiento de zonas regionales de libre comercio (sobre todo en Europa, América del Norte, América del Sur y Asia) motivó la creación en 1996 del Comité para Acuerdos Regionales de Comercio (*Committee on Regional Trade Agreements - CRTA*). Este Comité vela por la compatibilidad de los acuerdos comerciales regionales con el Derecho de la OMC. En la actualidad, existen casi 200 acuerdos comerciales regionales y otros acuerdos que conceden un trato preferencial (*Preferential Trade Agreements - PTA*).

Para ilustrar la coexistencia y el entrelazamiento de zonas de libre comercio, uniones aduaneras y comunidades económicas, se suele recurrir a la metáfora de un plato de espagueti (*spaghetti bowl*).

En la práctica, la proliferación de acuerdos comerciales regionales y otros acuerdos comerciales de trato preferencial ha causado una notable erosión del principio de la nación más favorecida. Esta tendencia subraya la importancia de una reducción general de los aranceles, que neutralizaría en gran medida los privilegios inherentes en acuerdos preferenciales.

La ampliación del GATT en una parte IV (Comercio y Desarrollo), en 1965, permitió 36 incluir excepciones al principio de la nación más favorecida para los Estados en vías de desarrollo. Con ellas, se estableció la posibilidad de otorgar privilegios aduaneros generales a productos manufacturados y semielaborados procedentes de estos países.

Otra importante excepción al principio de la nación más favorecida es la cláusula de re- 37 nuncia (*waiwer clause*) del artículo XXV. 5. En virtud de este precepto, los Estados parte, con una mayoría de dos tercios, pueden conceder exenciones a determinados países, en forma de permisos especiales.

Sobre la base de esta autorización, se permitiría un trato preferente a favor de los Estados 38 en vías de desarrollo. Contraviniendo el principio de la nación más favorecida, estos países pueden obtener ventajas comerciales en forma de privilegios aduaneros. Los países en vías de desarrollo también pueden crear entre ellos, y sobre la base de condiciones menos exigentes, zonas de libre comercio y otros regímenes de relaciones comerciales privilegiadas. Fundamental a estos efectos es la Decisión de los Estados parte sobre “trato diferenciado y más favorable, reciprocidad y mayor participación de los países en desarrollo” de 28 de noviembre de 1979,²⁵ que establece lo siguiente:

1. No obstante las disposiciones del Artículo primero del Acuerdo General, las partes contratantes podrán conceder un trato diferenciado y más favorable

²⁵ GATT, 26th Supp. BISD.; Yusuf, A.: “Differential and More Favourable Treatment: The GATT Enabling Clause”, JWT, 14/1980, pp. 488 ss.

a los países en desarrollo, sin conceder dicho trato a las otras partes contratantes.

2. Las disposiciones del párrafo 1 se aplicarán:

- (a) al trato arancelario preferencial concedido por partes contratantes desarrolladas a productos originarios de países en desarrollo de conformidad con el Sistema Generalizado de Preferencias;
- (b) al trato diferenciado y más favorable con respecto a las disposiciones del Acuerdo General relativas a las medidas no arancelarias que se rijan por las disposiciones de instrumentos negociados multilateralmente bajo los auspicios del GATT;
- (c) a los acuerdos regionales o generales concluidos entre partes contratantes en desarrollo con el fin de reducir o eliminar mutuamente los aranceles y, de conformidad con los criterios o condiciones que puedan fijar las PARTES CONTRATANTES, las medidas no arancelarias, aplicables a los productos importados en el marco de su comercio mutuo;
- (d) al trato especial de los países en desarrollo menos adelantados en el contexto de toda medida general o específica en favor de los países en desarrollo.

39 Las mercancías de los países en vías de desarrollo obtienen así una ventaja competitiva. Esta decisión de las Partes Contratantes supone una base duradera para un sistema general de preferencias arancelarias (*Generalized System of Preferences, GSP*), a favor de los países en vías de desarrollo. Sin embargo, la cláusula no permite una diferenciación entre países en vías de desarrollo que atribuya privilegios a sólo algunos de ellos.

40 Es por esta razón que el Acuerdo de Cotonú de 2000 entre la Comunidad (ahora Unión) Europea y sus Estados miembros, por un lado, y los llamados Estados ACP por el otro, mantiene una relación tensa con el GATT, como ya sucediera con los anteriores Acuerdos de Lomé. Fue necesario conseguir una autorización especial (*waiver*) para el Acuerdo de Cotonú, que fue concedida para un plazo limitado, hasta 2007. El Acuerdo fue modificado en 2005 y 2010. Los Acuerdos de Partenariado Económico celebrados posteriormente con base en el Artículo 37 del Acuerdo de Cotonú entre la Unión Europea y con algunos Estados ACP y grupos de Estados debían ser formulados conforme al GATT. Frente a lo que sucede con los demás países en vías de desarrollo, los privilegios en términos de intercambio de mercancías que los nuevos Acuerdos confieren a los Estados ACP deben ser justificables sobre la base de las reglas aplicables a zonas de libre comercio (art. XXIV. 8 letra b GATT: “lo esencial de los intercambios comerciales”).²⁶

²⁶ Al respecto Zimmermann, A.: “Die neuen Wirtschaftspartnerschaftsabkommen der EU: WTO-Konformität versus Entwicklungsorientierung?”, *EuZW* 2009, pp. 1 ss.

Son países en vías de desarrollo los Estados “cuya economía sólo puede ofrecer a la población un bajo nivel de vida y que se halla en las primeras fases de su desarrollo” (art. XVIII.1 GATT). La clasificación como país en vías de desarrollo es un acto unilateral, que un miembro de la OMC ejecuta para sí mismo. Por lo general, esta autclasificación suele contar con la aquiescencia de los demás miembros. 41

El Derecho de la OMC confiere una posición especialmente favorable a los Estados que las Naciones Unidas reconocen como los países menos adelantados (*Least Developed Countries, LDCs*). A este grupo de países particularmente pobres, las obligaciones recogidas en los acuerdos multilaterales de la OMC se aplican sólo “en la medida compatible con las necesidades de cada uno de ellos en materia de desarrollo, finanzas y comercio o con sus capacidades administrativas e institucionales” (art. XI. 2 Acuerdo OMC). 42

b) Prohibición de discriminación (trato nacional)

aa) Artículo III. 1 GATT: El objetivo de condiciones iguales de competencia

El principio de no discriminación trato nacional, principio de *nacional treatment*) es uno de los pilares del GATT. Se encuentra consagrado en el artículo III y apunta al establecimiento de condiciones iguales para mercancías extranjeras y nacionales frente a impuestos y preceptos legales nacionales, que afecten a su distribución y venta en el sentido amplio de la palabra. El principio de no discriminación, que implica la igualdad de trato entre las mercancías nacionales y las importadas, no sólo sirve para equilibrar las oportunidades competitivas, sino también para reducir de forma efectiva las restricciones comerciales. Sobre la base de este principio, todas las barreras de acceso al mercado que se erijan (por ejemplo, en forma de impuestos o reglamentaciones) deben extenderse también a los productos domésticos. Esta regla contribuye a frenar la tendencia a establecer medidas con objetivos proteccionistas, que van contra la liberalización lograda a través de la reducción de los aranceles. 43

El artículo III. 1 se opone a la aplicación de reglamentaciones interiores con el objetivo de proteger productos nacionales. Según este precepto, las partes contratantes reconocen: 44

que los impuestos y otras cargas interiores, así como las leyes, reglamentos y prescripciones que afecten a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución o el uso de productos en el mercado interior y las reglamentaciones cuantitativas interiores que prescriban la mezcla, la transformación o el uso de ciertos productos en cantidades o en proporciones determinadas, no deberían aplicarse a los productos importados o nacionales de manera que se proteja la producción nacional.

El objetivo que subyace en el artículo III. 1 es la “igualdad de las condiciones de competencia para mercancías importadas con respecto a mercancías domésticas”.²⁷ Este objetivo sirve de guía para interpretar los siguientes párrafos del artículo III.

El principio de no discriminación se aplica también a mercancías no sujetas a los aranceles establecidos de conformidad con el Artículo II del GATT.²⁸

Se considera impuesto o ley interior en el sentido de este precepto toda regla que “se aplique al producto importado y al producto nacional similar y que haya de ser percibido o impuesto, en el caso del producto importado, en el momento o en el lugar de la importación” (Anexo I, nota interpretativa al Artículo III del GATT). Según esta nota interpretativa, las medidas interiores (como, por ejemplo, restricciones a la distribución y venta para proteger la salud pública o el medio ambiente) constituyen barreras al comercio cuando se aplican específicamente a la importación de mercancías y tienen un efecto restrictivo sobre ella.

Según la nota al Artículo III del GATT, las reglamentaciones interiores deben aplicarse a las respectivas mercancías, y no al proceso de su producción. Reglamentaciones que no conciernen al producto, sino al proceso de producción (por ejemplo, la prohibición de ciertos métodos de pesca, y restricciones a la distribución y venta apoyadas en ella), no se rigen por el artículo III, sino por el Artículo XI del GATT.²⁹

bb) Artículo III. 2 GATT: Trato igual con respecto a impuestos y otras cargas

- 45 El Artículo III. 2 del GATT extiende el principio de no discriminación a los impuestos y las otras cargas que graven la importación de mercancías desde el territorio de una parte contratante al territorio de otra parte contratante:

Los productos del territorio de toda parte contratante importados en el de cualquier otra parte contratante no estarán sujetos, directa ni indirectamente, a impuestos interiores u otras cargas interiores, de cualquier clase que sean, superiores a los aplicados, directa o indirectamente, a los productos nacionales similares. Además, ninguna parte contratante aplicará, de cualquier otro modo, impuestos u otras cargas interiores a los productos importados o nacionales, en forma contraria a los principios enunciados en el párrafo 1.

La primera frase rige el supuesto en que los productos extranjeros cumplen los estándares interiores del país receptor, volviéndolos “similares” a los productos nacionales (*like products*). La segunda frase prohíbe el proteccionismo, esto es, el trato desigual de

²⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS 8, 10, 11/AB/R (1996), p. 16.

²⁸ *Ibid.*, p. 16.

²⁹ Informe del Grupo Especial (no aprobado), *Estados Unidos – Restricciones a la importación de atún*, WT/DS29/R (1994), num. 5.8 ss.

productos “comparables”, es decir, de productos que compiten directamente entre sí para satisfacer la misma demanda o que, por su idoneidad para el mismo fin, son mutuamente sustituibles (*directly competitive or substitutable*). El trato desigual de tales productos comparables está prohibido cuando se fundamenta en motivos proteccionistas, es decir, cuando sirve para proteger una mercancía nacional (art. III. 2 y Anexo I al GATT, notas y reglas complementarias al art. III).³⁰

De la coexistencia de las dos reglas de comparación en el Artículo III. 2 del GATT se desprende que el requisito de “similitud” en la primera frase debe ser interpretado de manera estricta (dicho de otro modo, la mera competencia directa o la sustituibilidad entre productos no es suficiente para que sean “similares”).³¹ En cambio, una vez establecida la similitud de los productos en el sentido del Artículo III. 2, primera frase, del GATT, ya no es necesario comprobar si el trato desigual tiene el efecto de distorsionar la competencia o no.

Para determinar si unos productos son similares o no en el sentido del Artículo III. 2, primera frase, del GATT, se atiende sobre todo a los siguientes cuatro criterios:

- la naturaleza y las cualidades de los productos
- los usos a los que son destinados
- las actitudes y costumbres de los consumidores, y
- la clasificación arancelaria.³²

Aplicando estos cuatro criterios, el informe del grupo especial en el asunto *Mexico – Refrescos* concluyó que el azúcar de caña y el azúcar de remolacha usados en refrescos o jarabes son productos similares en el sentido del Artículo III. 2, primera frase, del GATT.³³

El uso de determinadas materias primas no es un criterio decisivo para la “similitud” de productos. Más bien, es determinante la relación de competencia entre los productos en cuestión (es decir, si son intercambiables o no en el respectivo mercado). En el asunto *Filipinas – Impuestos sobre aguardientes*, el Órgano de Apelación se pronunció en

³⁰ “Un impuesto que se ajuste a las prescripciones de la primera frase del párrafo 2 no deberá ser considerado como incompatible con las disposiciones de la segunda frase sino en caso de que haya competencia entre, por una parte, el producto sujeto al impuesto, y, por otra parte, un producto directamente competidor o que puede sustituirlo directamente y que no esté sujeto a un impuesto similar”.

³¹ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Impuestos sobre bebidas alcohólicas*, WT/DS 8, 10, 11/AB/R (1996), pp. 19 ss., en particular p. 21.

³² Informe del Grupo de Trabajo, *Ajustes fiscales en frontera*, BISD 185/97, párrafo 18 (1970); Informe del Órgano de Apelación, *Canada – Determinadas medidas que afectan a las publicaciones* (1997), p. 20. El recurso a la clasificación aduanera como parámetro de comparación ha aparecido más tarde en la jurisprudencia, v. Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Impuestos sobre bebidas alcohólicas*, WT/DS 8, 10, 11/AB/R (1996), pp. 20 ss. El Informe del Grupo Especial en el asunto *Mexico – Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas*, WT/DS308/R (2005), num. 8.29, habla de “las propiedades, naturaleza y calidad de los productos; sus usos finales en un mercado determinado; los gustos y hábitos del consumidor; y la clasificación arancelaria de los productos sobre la base del Sistema Armonizado”.

³³ Informe del Grupo Especial *Mexico – Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas*, WT/DS308/R (2005), núm. 8.24. ss.

este sentido acerca de la discriminación tributaria entre aguardientes elaborados a partir de azúcar o de otras materias primas (en su gran mayoría, aguardientes importados):³⁴

Consideramos que, a pesar de las diferencias en las materias primas utilizadas para elaborar los productos, éstos pueden ser considerados ‘similares’, en el sentido del párrafo 2 del Artículo III del GATT de 1994, si dichas diferencias no afectan a los productos finales. La primera frase del párrafo 2 del artículo III se refiere a los ‘productos similares’, no a las materias primas en que éstos se basan. Si las diferencias en las materias primas no modifican en lo fundamental la relación de competencia entre los productos finales, la existencia de esas diferencias no impedirá necesariamente una constatación de ‘similitud’ en el marco del párrafo 2 del artículo III. Como hemos explicado *supra*, la determinación de lo que constituyen los ‘productos similares’ en el sentido del párrafo 2 del artículo III no se centra exclusivamente en las características físicas de los productos, sino que también se refiere a la naturaleza y medida de la relación de competencia entre dos o más productos. Consideramos, pues, que siempre que las diferencias entre productos, incluidas las diferencias en las materias primas en que éstos se basan, no modifiquen en lo fundamental la relación de competencia entre los productos finales, la existencia de esas diferencias no impide a un grupo especial formular una constatación de ‘similitud’ si, al examinar todos los factores, puede llegar a la conclusión de que la relación de competencia entre los productos es tal que se justifica una constatación de ‘similitud’ en el marco del párrafo 2 del artículo III.

La relación de competencia pertinente entre productos nacionales e importados depende de las condiciones de mercado en el respectivo país. Diferencias significativas en un país (por ejemplo, entre el *cognac* y otros aguardientes en Francia, o entre biocombustibles y otros carburantes en un país especialmente sensible a la protección del medio ambiente) pueden ser irrelevantes en otros mercados nacionales. Así lo enfatizó el Órgano de Apelación en el asunto *Filipinas – Impuestos sobre aguardientes*.³⁵

La determinación de la ‘similitud’ en el sentido de la primera frase del párrafo 2 del Artículo III del GATT de 1994 debe hacerse caso por caso. El hecho de que se considere que dos aguardientes son ‘productos similares’ en un mercado dado no significa necesariamente que se considerarían ‘productos similares’ en otro mercado. Por tanto, es concebible que el brandy y el whisky elaborados a partir de materias primas designadas y los elaborados a partir de materias primas no designadas puedan ser considerados ‘productos similares’ por los consumidores

³⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Filipinas – Impuestos sobre Aguardientes*, WT/DS403/AB/R (2011), núm. 125.

³⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Filipinas – Impuestos sobre Aguardientes*, WT/DS403/AB/R (2011), núm. 168.

en el mercado filipino, pero no lo sean por los consumidores en otro mercado. Como hemos explicado más arriba, estimamos que un grupo especial, para establecer si dos productos son ‘similares’ en el sentido del párrafo 2 del Artículo III del GATT de 1994, tiene que examinar la naturaleza y medida de la relación de competencia entre los productos, que dependerán del mercado donde esos productos compiten.

Esta manera concreta de ver las cosas deja un espacio considerable para tomar en consideración la diversidad cultural. En la relación de competencia entre productos nacionales e importados, no solamente es relevante el comportamiento actual de los consumidores. Si fuera así, los impuestos discriminatorios, conducentes a precios prohibitivamente altos para las mercancías importadas, podrían, desde el principio, excluir la sustituibilidad. Por lo tanto, debe recurrirse a una demanda latente en caso de eliminación de la restricción al comercio, como lo explicó el Órgano de Apelación en el asunto *Filipinas – Impuestos sobre aguardientes*.³⁶

No estamos de acuerdo con Filipinas en que la segunda frase del párrafo 2 del Artículo III del GATT de 1994 requiere *identidad* en la ‘naturaleza y frecuencia’ del comportamiento del poder de compras del consumidor. De ser así, la relación de competencia entre los productos importados y los nacionales en un mercado dado sólo se determinaría por referencia a las preferencias *actuales* de los consumidores. Sin embargo, como el Órgano de Apelación mantuvo expresamente en *Corea – Bebidas alcohólicas*, ‘la relación exigida *puede* existir entre productos que no son, en un momento determinado, considerados por los consumidores como sustitutos uno del otro pero que, no obstante, *pueden* ser sustituidos el uno por el otro’.³⁷ Por tanto, requerir la identidad en la frecuencia y la naturaleza de las decisiones de compra de los consumidores, como sugiere Filipinas, no tendría suficientemente en cuenta la demanda *latente* de aguardientes importados en el mercado filipino.

Una cuestión controvertida es hasta qué punto los objetivos y efectos (*aims and effects*) de una medida que grava de manera desigual los productos nacionales e importados determinan la “similitud” de estos productos en el sentido del Artículo III. 2 (primera frase) del GATT. Por ejemplo, el nivel de emisiones nocivas de un producto (con los correspondientes efectos medioambientales) puede ser un criterio relevante para clasificar un producto. Cuando una medida de política comercial, teniendo en cuenta su objetivo y efecto típico, confiere ventajas significativas a productos nacionales, ello sirve como

³⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Filipinas – Impuestos sobre Aguardientes*, WT/DS403/AB/R (2011), núm. 218.

³⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Corea - Bebidas alcohólicas*, núm. 114. (las cursivas figuran en el original).

indicio de su carácter proteccionista. Sólo la ponderación de posibles objetivos y efectos no proteccionistas puede “salvar” a tales restricciones al comercio.

En el asunto *Estados Unidos – Impuestos aplicados a los automóviles*,³⁸ el informe (no aprobado) del grupo especial analizó, entre otras cosas, la aplicación de impuestos más elevados sobre automóviles con un consumo particularmente alto de energía, para ahorrar energía y preservar combustibles fósiles (*gas guzzler tax*). Según el informe, ni el objetivo ni el efecto de esta tributación diferenciada dejaban entrever un motivo proteccionista y, por ello, esta medida constituía un criterio idóneo para distinguir entre productos. Consecuentemente, el informe llegó a la conclusión de que los automóviles con un consumo particularmente alto de energía, en comparación con vehículos energéticamente eficientes, no son productos similares en el sentido del Artículo III. 2, primera frase del GATT.

La jurisprudencia reciente se muestra crítica respecto de la toma en consideración de objetivos y efectos en la evaluación de la “similitud” en el marco del Artículo III. 2, primera frase del GATT. En el asunto *Japón – Impuestos sobre bebidas alcohólicas*, el informe del grupo especial advirtió de los excesivos márgenes de interpretación que se abren a través de este criterio. El informe del grupo consideró, además, que, al distinguir según objetivos y efectos, se elude el catálogo de justificaciones admisibles del Artículo XX del GATT.³⁹

El informe del grupo especial en el asunto *México – Refrescos y otras bebidas* resume el esquema para examinar la compatibilidad de una medida con el Artículo III. 2, segunda frase, del GATT, de la siguiente manera:⁴⁰

para determinar si una medida fiscal es incompatible con la segunda frase del párrafo 2 del artículo III deben examinarse tres elementos distintos: i) si los productos en cuestión son directamente competidores o pueden sustituirse directamente entre sí; ii) si los productos directamente competidores ‘no están sujetos a un impuesto similar’; y iii) si los impuestos diferentes se aplican ‘de manera que se proteja la producción nacional’.

El Artículo III. 2, segunda frase, del GATT establece, por tanto, tres condiciones para que un trato desigual resulte inadmisibles:

- la existencia de una relación de competencia inmediata o de sustituibilidad entre los productos comparados, dado que son destinados a los mismos usos;
- que la medida grave los productos nacionales en bastante menor medida que los importados;

³⁸ Informe del Grupo Especial *Estados Unidos – Impuestos aplicados a los automóviles*, DS31/R (1994), núm. 5.24-5.26.

³⁹ Informe del Grupo Especial *Japón – Impuestos sobre bebidas alcohólicas*, WT/DS 8, 10, 11/R (1996), núm. 6.16. En el mismo sentido, Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Impuestos sobre bebidas alcohólicas*, WT/DS 8, 10, 11/AB/R (1996), p. 18.

⁴⁰ Informe del Grupo Especial *México – Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas*, WT/DS308/R (2005), núm. 8.66.

- que la carga desigual tenga un efecto proteccionista a favor del producto nacional.⁴¹

Se desprende de la nota al Artículo III. 2 del GATT que la aptitud de los productos de ser usados para el mismo fin es decisiva para juzgar si son comparables. En particular, la idoneidad para servir el mismo fin (existencia de una relación competitiva) puede derivarse de precios suficientemente elásticos para que los productos se vuelvan sustituibles.⁴² Una vez que conste de forma objetiva que la carga desigual en cuestión favorece a un producto nacional, ya no importan los motivos para el trato desigual.

A veces, la distinción entre la primera y la segunda frase del Artículo III. 2 del GATT es bastante sutil. Así, fueron clasificados como productos similares, en el sentido de la primera frase, el vodka y el licor japonés *shochu*. Por otro lado, el whisky, el brandy y otros licores destilados fueron clasificados como productos comparables en el sentido de la segunda frase.⁴³ Japón gravaba el *shochu* con impuestos menos elevados que los otros licores.

El criterio determinante para distinguir entre “similitud” en el sentido del Artículo III.2, primera frase, del GATT y la relación exigida por el Artículo III.2, segunda frase, del GATT, es la cercanía entre los respectivos productos en términos de competencia (“relación de competencia”), y con ello, el grado de sustituibilidad. Productos que son completamente, o aproximadamente, sustitubles son “similares” en el sentido de la primera frase, mientras que productos con un menor grado de sustituibilidad caen en el ámbito de la segunda frase. Así lo aclaró el Órgano de Apelación en el asunto *Filipinas – Impuestos sobre aguardientes*:⁴⁴

Observamos que tanto el análisis de la ‘similitud’ en el marco de la primera frase del párrafo 2 del Artículo III del GATT de 1994 como el análisis de la competitividad o posibilidad de sustitución en el marco de la segunda frase de dicho párrafo exigen un examen de la relación de competencia entre los productos nacionales e importados. Sin embargo, la categoría de ‘similares’ es más restringida que la de ‘directamente competidores o que pueden sustituirse directamente’ entre sí. Por consiguiente el grado de competencia y posibilidad de sustitución que prescribe la primera frase del párrafo 2 del artículo III debe ser mayor al que prescribe la segunda frase de ese mismo párrafo. (...) En la diferencia *Corea – Bebidas alcohólicas*, el Órgano de Apelación observó que “[l]os ‘productos similares’ son una subcategoría de los productos directamente competidores o directamente sustituibles entre sí”, por lo que “los productos perfectamente sus-

⁴¹ Informe del Grupo Especial *Japón – Impuestos sobre bebidas alcohólicas*, WT/DS 8, 10, 11/R (1996), núm. 6.33. El criterio del efecto proteccionista (“de manera que se proteja la producción nacional”) se encuentra en el Artículo III. 1 del GATT (al final).

⁴² *Ibid.*, p. 25.

⁴³ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Impuestos sobre bebidas alcohólicas*, WT/DS 8, 10, 11/AB/R (1996).

⁴⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Filipinas – Impuestos sobre Aguardientes*, WT/DS403/AB/R (2011)

tituibles entre sí están comprendidos en la primera frase del párrafo 2 del artículo III”, mientras que “los productos imperfectamente sustituibles entre sí pueden considerarse comprendidos en la segunda frase del párrafo 2 del artículo III.⁴⁵

“Consideramos (...) que, en el marco de la primera frase, pueden ser ‘productos similares’ aquellos que son casi perfectamente sustituibles entre sí, mientras que los productos que compiten en menor grado estarían comprendidos en el ámbito de la segunda frase”.⁴⁶

cc) Artículo III. 4 GATT: principio general de no discriminación

- 46 El artículo III. 4 prescribe el trato nacional para los productos extranjeros que son “similares” a productos nacionales:

Los productos del territorio de toda parte contratante importados en el territorio de cualquier otra parte contratante no deberán recibir un trato menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional, en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior.

Dado que el objetivo general del Artículo III. 4 del GATT es contrarrestar distorsiones de la competencia que favorezcan a productos nacionales (art. III.1 GATT), se trata, sobre todo, de establecer si los productos nacionales y extranjeros en cuestión compiten en el mismo mercado. Por consiguiente, en el Artículo III. 4 del GATT (a diferencia del artículo III. 2, primera frase), la existencia de una relación competitiva directa y la sustituibilidad de los productos influyen de manera determinante en la decisión de si son “similares”. Respecto a productos “similares”, el ámbito de aplicación que la jurisprudencia del Órgano de Apelación le atribuye al artículo III. 4 es más amplio que el del artículo III. 2, primera frase del GATT. De hecho, el Órgano de Apelación incluye supuestos de comparación en el sentido del artículo III. 2, segunda frase, sin atribuir a esta decisión un carácter definitivo:⁴⁷

concluimos que el alcance del término ‘similares’ empleado en el párrafo 4 del artículo III es más amplio que el del término ‘similares’ de la primera frase de su párrafo 2. No obstante, señalamos (...) que el párrafo 2 del artículo III no sólo abarca los ‘productos... similares’, sino también los productos que sean ‘directa-

⁴⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Filipinas – Impuestos sobre Aguardientes*, WT/DS403/AB/R (2011), núm. 148

⁴⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Filipinas – Impuestos sobre Aguardientes*, WT/DS403/AB/R (2011), núm. 149.

⁴⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, WT/DS 135/AB/R (2001), núm. 99.

mente competidor[es] o que pueda[n] sustituirlo[s] directamente' mientras que el párrafo 4 sólo abarca los 'productos similares'. Habida cuenta de esta diferencia en el lenguaje empleado, y aunque no tenemos que resolver, y no resolvemos, acerca del alcance preciso del párrafo 4 del artículo III en lo que a los productos se refiere, concluimos que ese alcance, aunque es más amplio que el de la *primera* frase del párrafo 2 del artículo III, ciertamente *no* es más amplio que el alcance *combinado*, en lo que se refiere a los productos, de las *dos* frases del párrafo 2 del Artículo III del GATT de 1994.

De todas maneras, supuestos "similares" en el sentido del artículo III. 2, primera frase, constituyen el núcleo del concepto de "similitud" en el artículo III. 4 (aunque es de reconocer que éste último tiene un ámbito más amplio). Por consiguiente, el Órgano de Apelación se centra en los mismos cuatro criterios relevantes en el marco del artículo III. 2, primera frase:⁴⁸

Señalamos que estos cuatro criterios comprenden cuatro categorías de 'características' que pueden compartir los productos de que se trata: i) las propiedades físicas de los productos; ii) la medida en que los productos pueden destinarse a los mismos usos finales o a usos finales similares; iii) la medida en que los consumidores perciben y tratan a los productos como distintos medios posibles de cumplir determinadas funciones a fin de satisfacer una necesidad o demanda determinada, y iv) la clasificación internacional de los productos a efectos arancelarios.

En el asunto *Comunidad Europea – Amianto*, el Órgano de Apelación destacó que los riesgos para la salud generados por la estructura física de un producto suponen un criterio relevante de distinción que puede excluir la "similitud" de productos.

El objeto de la controversia era una prohibición de distribuir y vender fibras y productos de fibras de amianto en Francia, que se fundamentó en las cualidades cancerígenas de estas últimas. Canadá hizo valer que las fibras de amianto y otras fibras sin amianto (fibras ACV) que se utilizan para los mismos fines fueran "similares". El Órgano de Apelación refutó este argumento, poniendo de relieve la relación entre las propiedades cancerígenas y las actitudes de los consumidores:⁴⁹

(...) los elementos de prueba relativos a los gustos y hábitos del consumidor demostrarían que los riesgos para la salud asociados con las fibras de amianto crisotilo influyen en el comportamiento del consumidor ante las diferentes fibras de que se trata. Observamos, por lo que se refiere a las *fibras de amianto crisotilo* y de *ACV*, que el consumidor de las fibras es un *fabricante* que las incorpora en

⁴⁸ *Ibid.*, núm. 101.

⁴⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, WT/DS 135/AB/R (2001), núm. 122.

otros productos, tales como productos de cemento o guarniciones de frenos. No queremos especular acerca de lo que los elementos de prueba referentes a estos consumidores habría indicado; deseamos en cambio destacar que los gustos y hábitos de los consumidores relativos a las *fibras*, incluso cuando se trate de empresas comerciales, por ejemplo, manufactureras, estarán conformados muy probablemente por los riesgos para la salud asociados con un producto que se sabe que es altamente carcinógeno. Un fabricante no puede, por ejemplo, hacer caso omiso de las preferencias del consumidor final de sus productos. Si los riesgos creados por un producto determinado son suficientemente grandes, el consumidor final puede simplemente abstenerse de comprarlo en lo sucesivo. Esto afectaría, sin duda alguna, a las decisiones de los fabricantes en el mercado. Además, en el caso de productos que crean riesgos para la salud humana, estimamos probable que influyan en las decisiones de los fabricantes otros factores, tales como las posibles responsabilidades civiles que puedan derivarse de la comercialización de productos que crean ese riesgo para el consumidor final, o los costos adicionales de los procedimientos de seguridad necesarios para utilizar tales productos en el proceso de fabricación (...).

La toma en consideración de las preocupaciones de los consumidores por temas de salud coincide con la justificación prevista en el artículo XX, letra b. Sin embargo, el criterio de la “similitud” concierne a la relación competitiva entre mercancías y no a la justificación de restricciones unilaterales del comercio impuestas por un miembro de la OMC.⁵⁰

El uso de las actitudes y costumbres de los consumidores en un mercado nacional como criterio de distinción entre productos puede proporcionar una ventaja local a ciertos productos, pero siempre en la medida en que no equivalga a una distorsión palpable de la competencia. Se trataría, simplemente, de una expresión de la diversidad de las culturas en las cuales los mercados nacionales se encuentran incardinados.

- 47 Existe una discriminación prohibida (un trato menos favorable) cuando una medida deteriora la situación competitiva de los productos extranjeros frente a los productos nacionales en el mercado relevante y, al mismo tiempo, brinda protección a la producción nacional.⁵¹ En su informe sobre el asunto *Corea – Medidas afectando a las importaciones de carne fresca y refrigerada y carne congelada de res*, el Órgano de Apelación se pronunció acerca de un sistema dual de ventas para alimentos nacionales e importados:

(...) la medida coreana separa formalmente la venta de carne vacuna importada y de la carne vacuna nacional. Sin embargo, esa separación formal, *en sí y de por sí*, no impone necesariamente la conclusión de que el trato así otorgado a la carne

⁵⁰ *Ibid.*, núm. 115.

⁵¹ *Ibid.*, núm. 100.

vacuna importada sea menos favorable que el trato otorgado a la carne vacuna nacional. Para determinar si el trato dado a la carne vacuna importada es menos favorable que el dado a la carne vacuna nacional debemos (...) averiguar si el sistema dual de venta al por menor que Corea aplica a la carne vacuna modifica o no las *condiciones de competencia* en el mercado coreano de la carne vacuna en desventaja del producto importado.⁵²

El principio de no discriminación se aplica tanto a las desventajas que afecten a las mercancías extranjeras de manera directa, como a los tratos desiguales indirectos.

Un ejemplo de trato desigual que afecta a la competencia entre productos es una reglamentación que requiere la aplicación de un sello fiscal en paquetes de cigarrillos, bajo la supervisión de las autoridades fiscales del país importador. Una medida de este tipo implica costes adicionales para comercializar cigarrillos importados y perjudica las ventas de los mismos (asunto *República Dominicana – Cigarrillos*).⁵³

dd) Excepciones al principio de no discriminación

Las excepciones generales recogidas en el Artículo XX del GATT (especialmente en 48 las letras b y g) son de gran importancia a la hora de justificar medidas discriminatorias.

c) Desmantelamiento de derechos aduaneros y obstáculos no tarifarios al comercio

El objetivo de los principios de la nación más favorecida y de no discriminación es crear 49 condiciones iguales de competencia en términos de acceso a los mercados. En cambio, otros principios rectores apuntan directamente a la liberalización del tráfico económico mundial o al desmantelamiento de obstáculos al comercio.

El principio de admitir barreras al comercio sólo en forma de aranceles (supresión de 50 obstáculos no tarifarios, máxima *Tariffs only*) persigue ese último objetivo.

aa) Desmantelamiento de derechos aduaneros

Las primeras rondas comerciales del GATT tenían como objeto, principalmente, las reducciones arancelarias. Los resultados de estas negociaciones se plasmaron en las denominadas listas de compromisos, que son parte integrante de la parte I del GATT en virtud de su artículo II. 7. Para el acceso a los mercados, los compromisos en materia de aranceles y otras cargas relacionadas a la importación que se encuentran en las listas

⁵² Informe del Órgano de Apelación, *Corea – Medidas afectando a las importaciones de carne fresca y refrigerada y carne congelada de res*, WT/DS 161/AB/R (2000), núm. 144.

⁵³ Informe del Grupo Especial *República Dominicana – Medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos*, WT/DS 302/R (2004), núm. 7.195 ss.

de compromisos de cada una de las Partes contratantes son de suma importancia (art. II. 1, letra b). Los aranceles previstos para cada una de las mercancías constituyen límites superiores (*bound tariffs*). En la práctica, los límites superiores suelen no aplicarse, y con mucha frecuencia, los aranceles aplicados resultan sustancialmente más bajos.

La llamada “nomenclatura”, a través de una clasificación altamente ramificada, engloba todas las mercancías imaginables. La clasificación se inspira en el “sistema armonizado” de la Organización Mundial de Aduanas.

La Declaración Ministerial sobre el comercio de productos de tecnología de información de 1996 prevé una amplia exención arancelaria para ciertos productos de tecnología de la información.⁵⁴

bb) Eliminación de obstáculos no tarifarios al comercio: Prohibición de restricciones comerciales relativas a la importación o la exportación

51 En el ámbito del GATT, las barreras comerciales no tarifarias se consideran obstáculos al comercio sospechosos, que se pretenden evitar. Entre estas barreras no tarifarias, se encuentran restricciones que no consisten en aranceles aduaneros, ni en exacciones de efecto equivalente, como, por ejemplo, las restricciones cuantitativas, las subvenciones, las normas técnicas o los procedimientos aduaneros abusivos. Con la creciente reducción de aranceles, muchos Estados han intentado utilizar medidas no tarifarias como instrumentos proteccionistas, incluso cuando muchas de ellas no persiguen objetivo de política económica alguno (por ejemplo, estándares técnicos para los automóviles en aras de la seguridad o de la protección del medio ambiente).

52 En el trasfondo del rechazo de los obstáculos no tarifarios se encuentra la idea de que los aranceles aduaneros (y otras exacciones equivalentes) son más fáciles de vigilar, controlar y comparar que otras barreras comerciales. Esto facilita las negociaciones multilaterales sobre la reducción de los aranceles aduaneros y las exacciones de efecto equivalente.

Una obligación específica de convertir obstáculos no tarifarios en aranceles (*tarification*) se encuentra en el Artículo 4.2 del Acuerdo sobre Agricultura.

53 Aun partiendo de que las barreras no tarifarias no son deseables, el GATT no las prohíbe con carácter general. Sólo las restricciones cuantitativas son objeto de una prohibición general (art. XI). Complementariamente, el principio de no discriminación del artículo III sanciona las barreras no tarifarias, apostando por la igualdad de trato de las mercancías importadas y las nacionales.

El artículo XI. 1 prohíbe de manera global las restricciones cuantitativas a la importación y la exportación:

⁵⁴ WT/MIN(96)/16.

Ninguna parte contratante impondrá ni mantendrá –aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas– prohibiciones ni restricciones a la importación de un producto del territorio de otra parte contratante o a la exportación o a la venta para la exportación de un producto destinado al territorio de otra parte contratante, ya sean aplicadas mediante contingentes, licencias de importación o de exportación, o por medio de otras medidas.

Las medidas relativas a las importaciones se consideran restricciones en el sentido del Artículo XI.1 del GATT si, en atención a su estructura concreta y aplicación práctica, impiden el acceso al mercado, aumentan significativamente los costes de transacción o crean inseguridad jurídica, teniendo un efecto disuasorio sobre las importaciones (por ejemplo, a través de condiciones indeterminadas para la obtención de autorizaciones oficiales o de una práctica administrativa imprevisible). Así se pronunció el informe del grupo especial en el asunto *Colombia – Precios indicativos y restricciones de los puertos de entrada*:

... varios grupos especiales del GATT y la OMC han reconocido que el párrafo 1 del artículo XI es aplicable a medidas que crean incertidumbre y afectan a los planes de inversión, restringen el acceso de las importaciones a los mercados o hacen que la importación sea prohibitivamente costosa, circunstancias todas que tienen repercusiones en la posición competitiva de un importador. Parece, además, que las constataciones formuladas en cada uno de esos casos se basaron en el diseño de la medida y en la posibilidad de que afectara adversamente a la importación, y no en un análisis autónomo de la repercusión efectiva de la medida en las corrientes comerciales.⁵⁵

El GATT somete a un control estricto las restricciones aplicables a las importaciones. Los 54 exigentes estándares de justificación dejan poca libertad a los miembros de la OMC. Sin embargo, los miembros tienen carta blanca en lo que concierne a restricciones interiores de acceso al mercado, que pueden incluso extender a productos importados. En este caso, sólo tienen que observar el principio de no discriminación del artículo III. Por consiguiente, la distinción entre restricciones al comercio (que el Artículo III del GATT permite en tanto que respeten el principio de no discriminación) y restricciones a las importaciones (que el Artículo XI del GATT prohíbe con carácter general) es de suma importancia.⁵⁶

Al respecto, la nota interpretativa al Artículo III del GATT deja claro que la aplicación de medidas interiores a productos importados se rige por el Artículo III (y no por el artículo XI) del GATT:

⁵⁵ Informe del Grupo Especial, *Colombia – Precios indicativos y restricciones de los puertos de entrada*, WT/DS 366/R (2009), núm. 7. 240.

⁵⁶ Al respecto Vranes, E.: “The WTO and Regulatory Freedom: WTO Disciplines on Market Access, Non-Discrimination and Domestic Regulation Relating to Trade in Goods and Services”, *JIEL* 12 (2009), pp. 953 ss.

Todo impuesto interior u otra carga interior, o toda ley, reglamento o prescripción de la clase a que se refiere el párrafo 1, que se aplique al producto importado y al producto nacional similar y que haya de ser percibido o impuesto, en el caso del producto importado, en el momento o en el lugar de la importación, será, sin embargo, considerado como un impuesto interior u otra carga interior, o como una ley, reglamento o prescripción de la clase mencionada en el párrafo 1, y estará, por consiguiente, sujeto a las disposiciones del artículo III.

Según la nota interpretativa al Artículo III del GATT, aquel precepto se aplica sólo a restricciones al comercio cuyo objeto son *productos*.⁵⁷ En cambio, restricciones a raíz del proceso de producción empleado (*production and process methods, PPMs*) se rigen por la prohibición del Artículo XI. 1 del GATT. Las restricciones al comercio con base en métodos de producción sirven, sobre todo, como instrumento para proteger el medio ambiente (por ejemplo, especies amenazadas u otros recursos naturales).⁵⁸

En consecuencia, restricciones generales a la distribución y venta de determinadas mercancías no son prohibidas de forma general por el GATT. No obstante, el principio de no discriminación del artículo III. 4 requiere que las restricciones existentes se apliquen de igual manera a productos nacionales e importados.

A diferencia del Derecho de la Unión Europea (art. 34 TFUE), el GATT no contiene ninguna prohibición con carácter general, de restricciones al tráfico transfronterizo de mercancías. En cuanto a medidas no discriminatorias, tampoco exige una justificación a la luz de intereses públicos universalmente reconocidos y del principio de proporcionalidad. En este sentido, se puede afirmar que el GATT no protege el acceso ilimitado, sino el acceso no discriminatorio al mercado para productos importados. Por su parte, los Acuerdos sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF⁵⁹) y el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC⁶⁰) contienen estándares más exigentes que prohíben, con carácter general, restricciones desproporcionadas.

Una prohibición de comercializar productos alcohólicos basada en motivos religiosos no sería compatible ni con el GATT ni con el acuerdo MSF. En cambio, una prohibición basada en razones de salud pública se regiría por el Acuerdo MSF.

- 55 También se prevén numerosas reglas especiales que relativizan esta prohibición. El Artículo XI.2 GATT enumera una serie de excepciones. De acuerdo con el Artículo XI.2, letra a, GATT, la prohibición del Artículo XI.1 GATT no se aplicará a “(p)rohibiciones o restricciones a la exportación aplicadas temporalmente para prevenir o remediar una escasez aguda de productos alimenticios o de otros productos esenciales para la parte contratante exportadora”.

⁵⁷ V. *supra*, n. marg. 44.

⁵⁸ V. *infra*, n. marg. 62 ss.

⁵⁹ V. *infra*, tema 10, nota al margen 8.

⁶⁰ V. *infra*, tema 10, nota al margen 9.

Esta excepción ganó en importancia como consecuencia de la disputa sobre las medidas adoptadas por la República Popular de China para restringir las exportaciones de determinadas materias primas utilizadas en varias industrias (*China – Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas*).⁶¹ La excepción sólo permite restricciones “temporales” y, por ende, sólo es aplicable en caso de escasez temporal de determinadas mercancías (por ejemplo, debido a una catástrofe natural). La preservación permanente de minerales y otros recursos naturales agotables sólo se puede justificar con base en el Artículo XX, letra g, del GATT. Al resumir el contenido de la excepción del Artículo XI.2, letra a, del GATT, el informe del grupo especial en el asunto *China – Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas* le dio una interpretación muy restrictiva:

El párrafo 2 a) del artículo XI permite aplicar restricciones o prohibiciones ‘temporalmente’ para hacer frente a una ‘escasez aguda’ de ‘productos esenciales’. El Grupo Especial ha concluido que un producto puede ser ‘esencial’ en el sentido del párrafo 2 a) del artículo XI cuando es ‘importante’ o ‘necesario’ o ‘indispensable’ para un Miembro en particular. Esto puede incluir un producto que sea un insumo para un producto o industria importantes. Para determinar si un producto en particular es ‘esencial’ para un Miembro es preciso tener en cuenta las circunstancias específicas que prevalecen en este Miembro en el momento en que éste trata de justificar una restricción o prohibición al amparo del párrafo 2 a) del artículo XI. El Grupo Especial ha concluido que la expresión ‘escasez aguda’ que figura en el párrafo 2 a) del artículo XI alude a situaciones o eventos que son graves o que provocan crisis y que pueden prevenirse o remediarse mediante la aplicación de medidas con carácter ‘temporal’, y no indefinido o permanente.⁶²

Otra excepción importante la constituye el Artículo XII del GATT. Esta norma autoriza restricciones a la importación para proteger la balanza de pagos.

6. Estándares de justificación de los obstáculos al comercio

Bibliografía recomendada: Bartels, L.: “Article XX of GATT and the Problem of Extraterritorial Jurisdiction. The Case of Trade Measures for the Protection of Human Rights”, *JWT*, 36/2002, pp. 353 y ss.; Eisenhut, D.: *Sovereignty. National Security and International Treaty Law*, AVR 48/2010, pp. 437 y ss.; Hahn, M. J.: “Vital Interests and the Law of GATT: An Analysis of GATT’s Security Exception”, *Michigan Journal of International Law*, 12/1991, pp. 558 ss.; *id.*: “Balancing or Bending? Unilateral Reactions to Safeguard Measures”, *JWT* 39/2005, pp. 301 y ss.; Lee, Y. –S.: *Safeguard Measures in*

⁶¹ Informe del Grupo Especial, *China – Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas*, WT/DS 394 & 395 & 398/R (2011).

⁶² Informe del Grupo Especial, *China – Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas*, WT/DS 394 & 395 & 398/R (2011), núm. 7.354.

World Trade Law: The Legal Analysis, 2004; Makatsch, T.: *Gesundheitsschutz im Recht der WTO*, 2004; Neumann, J., Türk, E.: "Necessity Revisited: Proportionality in World Trade Organization Law After Korea-Beef, EC-Asbestos and EG-Sardines", *JWT*, 37/2003, pp. 199 ss.

a) Excepciones generales del Artículo XX del GATT: presentación general y cuestiones principales

56 Junto a las excepciones especiales para reglas individuales, el GATT contiene una serie de excepciones que se refieren, con carácter general, a las obligaciones derivadas del Tratado. Las de más amplio alcance son las excepciones generales del artículo XX.

57 El Artículo XX del GATT contiene un catálogo de excepciones mediante las cuales se pueden justificar determinadas medidas restrictivas. Este catálogo incluye a:

- medidas para proteger la moral pública (letra a),
- medidas para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales (letra b),
- medidas relativas a la importación o a la exportación de oro o plata (letra c),
- medidas necesarias para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo, tales como las leyes y reglamentos relativos a la aplicación de las medidas aduaneras, al mantenimiento en vigor de los monopolios administrados de conformidad con el párrafo 4 del artículo II y con el artículo XVII, a la protección de patentes, marcas de fábrica y derechos de autor y de reproducción, y a la prevención de prácticas que puedan inducir a error (letra d),
- medidas relativas a los artículos fabricados en las prisiones (letra e),
- medidas para proteger los tesoros nacionales de valor artístico, histórico o arqueológico (letra f),
- medidas relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales (letra g),
- medidas adoptadas en cumplimiento de obligaciones contraídas en virtud de acuerdos sobre productos básicos (letra h),
- medidas que impliquen restricciones impuestas a la exportación de materias primas nacionales, que sean necesarias para asegurar a una industria nacional de transformación el suministro de las cantidades indispensables de dichas materias primas durante los períodos en que el precio nacional sea mantenido a un nivel inferior al del precio mundial en ejecución de un plan gubernamental de estabilización (letra i), y
- medidas esenciales para la adquisición o reparto de productos de los que haya una penuria general o local (letra j).

Desde una perspectiva lingüística, los casos de excepción del artículo XX, letras a, b, y d, se encuentran mucho más claramente definidos en las versiones (auténticas) inglesa y castellana que en la traducción oficial alemana, porque aquellas hablan de medidas “necesarias para...” donde la versión alemana habla de medidas “para proteger...”.

La justificación de medidas restrictivas del comercio sobre la base del catálogo del artículo XX se apoya siempre en la cláusula general que encabeza el precepto (*chapeau* de la excepción): “...que no se apliquen las medidas...en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional”.

La posible justificación de restricciones comerciales sobre la base del Artículo XX del GATT debe fundamentarse, en primer lugar, en las excepciones reglamentadas en las letras a) a j). En principio, las restricciones comerciales que se correspondan con una de estas excepciones son justificables.

Según la decisión del Órgano de Apelación en el asunto Camarón-Tortugas (*Estados Unidos – Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*), el *chapeau* es, a fin de cuentas, una expresión del principio de buena fe y de la prohibición del ejercicio abusivo de derechos. Reflejando el conflicto entre intereses comerciales opuestos, las condiciones derivadas de este principio para justificar obstáculos al comercio pretenden establecer un balance adecuado entre obligaciones convencionales y excepciones. La justificación de una medida basada en la reserva general del artículo XX sólo puede ser denegada si la misma se fundamenta en una concepción discriminatoria o se aplica de manera abusiva o arbitraria (lo que incluye a medidas desproporcionadas):

El preámbulo del artículo XX en realidad no es sino una expresión del principio de buena fe. Este principio, que es a la vez un principio general del derecho y un principio general del derecho internacional, regula el ejercicio de los derechos por los Estados. Una aplicación de este principio general, aplicación que se conoce corrientemente como la doctrina del abuso de derecho, prohíbe el ejercicio abusivo de los derechos de un Estado y requiere que siempre que la afirmación de un derecho interfiera con la esfera abarcada por una obligación dimanante de un tratado, ese derecho debe ser ejercido de buena fe, es decir, de forma razonable. El ejercicio abusivo por parte de un Miembro del derecho que le corresponde en virtud de un tratado da lugar a una violación de los derechos que corresponden a los otros Miembros en virtud de ese tratado y, asimismo, constituye una violación de la obligación que le corresponde a ese Miembro en virtud del tratado. Habiendo dicho esto, nuestra labor en este caso consiste en interpretar el texto del preámbulo, buscando una orientación interpretativa adicional, según proceda, en los principios generales del derecho internacional. (...)

La tarea de interpretar y aplicar el preámbulo equivale esencialmente, por lo tanto, a la delicada tarea de ubicar y trazar una línea de equilibrio entre el derecho de un Miembro de invocar una excepción al amparo del artículo XX y los derechos de los demás Miembros en virtud de diversas disposiciones sustantivas (por ejemplo, el artículo XI) del GATT de 1994, de modo que ninguno de los derechos en conflicto suprimirá el otro y de esa forma distorsionará, anulará o menoscabará el equilibrio de derechos y obligaciones que los Miembros mismos han establecido en ese Acuerdo. La ubicación de la línea de equilibrio conforme se expresa en el preámbulo, no es fija ni inalterable; la línea se mueve según varían el tipo y la configuración de las medidas involucradas y se diferencien los hechos que constituyen los casos concretos.⁶³

61 Tales abusos pueden manifestarse, por ejemplo, mediante la imposición completamente intransigente de estándares nacionales o la negativa a entablar negociaciones con miras a encontrar un balance adecuado de intereses.⁶⁴ En cuanto a medidas que pretenden proteger intereses reconocidos (por ejemplo, limitar los gastos administrativos), una discriminación entre mercancías nacionales y extranjeras es inadmisibles si hay alternativas razonables, aceptables y menos incisivas que puedan evitar o reducir el efecto discriminatorio.⁶⁵ Pero hasta las restricciones al comercio que no tienen carácter discriminatorio deben tener una justificación sobre la base del artículo XX que contiene el principio de proporcionalidad.

62 La decisión del Órgano de Apelación (*Appellate Body*) de la OMC, en el Asunto Camarón-Tortugas,⁶⁶ es fundamental para concretar el significado de las excepciones del artículo XX en lo que atañe a restricciones comerciales no directamente referidas a mercancías.

En este asunto, se trataba de una controversia entre varios países asiáticos y los Estados Unidos acerca de la prohibición estadounidense de importar camarones (y productos derivados de éstos) a causa de la utilización de métodos de captura que los Estados Unidos desaprobaban. El rechazo de estos métodos y la consiguiente prohibición de importar se basaban en el peligro que corrían las tortugas marinas al utilizar estos métodos de pesca del camarón.

⁶³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*, WT/DS 58/AB/R (1998), ILM 38 (1999), p. 118, núm. 158 ss.

⁶⁴ Así sobre medidas en interés de la protección de especies animales amenazadas v. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*, WT/DS 58/AB/R (1998), ILM 38 (1999), p. 118, núm. 166 ss.

⁶⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, WT/DS 2/AB/R (1996).

⁶⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*, WT/DS 58/AB/R (1998), ILM, 38/1999, pp. 118 ss.

La restricción comercial no se dirigía aquí contra un producto como tal, sino más bien contra el proceso de producción, los denominados “PPM” (*Production and Process Methods*). Restricciones al comercio con base en los PPM se emplean, sobre todo, en interés de la protección del medio ambiente (por ejemplo, para proteger especies amenazadas u otros recursos naturales). Estas restricciones suelen tener una dimensión extraterritorial, ya que pretenden proteger (entre otras cosas) bienes que se encuentran en otros Estados o en alta mar, o bienes colectivos (como la atmósfera terrestre). Dicha dimensión extraterritorial plantea problemas complejos en el campo de la justificación de restricciones comerciales, particularmente en materia de protección del medio ambiente. Este tipo de restricciones, que persiguen establecer determinados estándares de producción, es especialmente controvertido, ya que agravan las distorsiones de la libre competencia en perjuicio de los países en vías de desarrollo, a causa de los costes asociados a ellas. En las decisiones adoptadas en el marco del antiguo GATT, los grupos de expertos se mostraron bastante reacios a una posible justificación de este tipo de medidas en aras de la protección del medio ambiente.⁶⁷ De esta jurisprudencia se apartó el Órgano de Apelación en el asunto Camarón-Tortugas (*Estados Unidos – Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*), que siguió al informe del grupo especial en el segundo Asunto Atún (*Estados Unidos – Atún/Delfines II*).⁶⁸ Según esta decisión, las restricciones de importaciones con base en métodos y procesos de producción son, generalmente, idóneas para constituir medidas de preservación de recursos naturales agotables en el sentido del artículo XX, letra g.⁶⁹ Este pronunciamiento permite afirmar un cambio de tendencia, que permitiría establecer obstáculos al comercio para imponer determinados estándares de protección medioambiental.

b) Medidas para proteger la moralidad pública (art. XX, letra a del GATT)

Los miembros disponen de un amplio margen de discrecionalidad a la hora de concretar la noción de “moral pública” (*public morals*), ya que el contenido de este concepto depende de una serie de factores variables en el tiempo y el espacio, como los valores sociales, culturales, éticos y religiosos predominantes en un país. Así es como el informe del grupo especial en el asunto *Estados Unidos – Juegos de Azar* entendió el precepto paralelo en el GATS (art. XIV letra a).⁷⁰ El Órgano de Apelación, en el asunto *China – Publicaciones*

⁶⁷ V., por ejemplo, los informes en el primer Asunto Atún (*Estados Unidos – restricciones en la importación de atún*), DS 21/R-39S/155 (1991), núm. 5.24 ss. ILM, 30/1991, p. 1594, núm. 5.24 ss.

⁶⁸ Informe del Grupo Especial en el segundo Asunto Atún, *Estados Unidos – Restricciones a la importación de atún II*, DS 29/R (1994), ILM 33 (1994), p. 839, núm. 5.20.

⁶⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*, WT/DS 58/AB/R (1998), ILM 38 (1999), p. 118, núm. 121 ss., 141.

⁷⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, WT/DS 285/AB/R (2005), núm. 6.461, 6.465.

y *productos audiovisuales de esparcimiento*, compartió esta interpretación de la noción de “moral pública” a efectos del artículo XX, letra a, del GATT.⁷¹

c) Medidas para proteger la vida y la salud de las personas, los animales y los vegetales (art. XX, letra b del GATT)

- 65 La excepción “medidas para proteger la vida y la salud de las personas, los animales y los vegetales” permite prohibir importaciones y aplicar otras restricciones al comercio con base en las propiedades nocivas de una mercancía (art. XX, letra b). Sobre esta base se pueden imponer, por ejemplo, restricciones a la comercialización de gasolina, destinadas a limitar la contaminación del aire,⁷² o se pueden prohibir importaciones de materiales nocivos, como productos de amianto.⁷³

No está claro si un Estado puede también invocar el artículo XX, letra b, para proteger la vida y la salud en el país de origen de una mercancía. A favor de tal interpretación, conviene resaltar el alcance exterritorial del precepto paralelo del Artículo XX, letra g, del GATT, que pretende proteger los recursos naturales agotables.⁷⁴ Este argumento tiene fuerza por lo menos en cuanto a la imposición de estándares universales de derechos humanos (por ejemplo, la prohibición del trabajo infantil y de otras condiciones indignas de trabajo).

- 66 La excepción de la letra b del artículo XX (“Medidas para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales”) provoca problemas especiales en los casos en que entran en confrontación diferentes filosofías normativas sobre la forma de tratar con riesgos reales o presuntos en el empleo de tecnologías controvertidas. Un

⁷¹ *ILM* 49/2010, pp. 519 ss.; Informe del Grupo Especial, *China – Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento*, WT/DS363/R (2009), núm. 7.759: “Observamos que el Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el asunto Estados Unidos - Juegos de azar examinaron el sentido de la expresión ‘moral pública’ como se utiliza en el apartado a) del Artículo XIV del AGCS, que es la disposición del AGCS que corresponde al apartado a) del artículo XX. El Grupo Especial encargado de ese asunto, en una interpretación que no cuestionó el Órgano de Apelación, constató que “la expresión ‘moral pública’ denota normas de buena y mala conducta por parte de o en nombre de una comunidad o nación”.539 El Grupo Especial dijo también que “el significado de esos conceptos para los Miembros puede variar en el tiempo y en el espacio, en función de diversos factores, incluidos los valores sociales, culturales, éticos y religiosos que prevalezcan”.540 El Grupo Especial señaló a continuación que al aplicar conceptos sociales similares, “debe darse a los Miembros cierta libertad para definir y aplicar por lo que a ellos respecta los conceptos de ‘moral pública’ ... en sus respectivos territorios, conforme a sus propios sistemas y escalas de valores”.541 Dado que el apartado a) del artículo XX utiliza el mismo concepto que el apartado a) del artículo XIV, y puesto que no vemos ninguna razón para desviarnos de la interpretación de la expresión ‘moral pública’ elaborada por el Grupo Especial en el asunto Estados Unidos - Juegos de azar, adoptamos la misma interpretación a efectos de nuestro análisis del apartado a) del artículo XX”.

⁷² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*/WT/DS 2/AB/R (1996), núm. 155 ss.

⁷³ Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, WT/DS 135/AB/R (2001).

⁷⁴ *V. infra*, tema 10, nota al margen 7, letra e).

especial potencial conflictivo presentan los cálculos diferentes para valorar los posibles escenarios de daños respecto de cursos causales empíricamente no comprobados. El Acuerdo MSF contiene, para las medidas sanitarias y fitosanitarias, unas obligaciones de motivación que, una vez satisfechas, hace que las propias medidas se consideren también conformes con el GATT (particularmente, con su artículo XX, letra b).⁷⁵ El Acuerdo OTC contiene reglas especiales sobre preceptos técnicos que obstaculizan el comercio. En lo que concierne a la salud y la seguridad de las personas, los animales y los vegetales, el Acuerdo OTC coincide en gran medida con el Artículo XX, letra b, del GATT.⁷⁶ El GATT y los acuerdos multilaterales complementarios dejan un margen considerable para el control preventivo del riesgo. Sin embargo, someten la gestión del principio de cautela a estándares objetivables, teniendo en cuenta que todo conocimiento científico debe considerarse susceptible de ser refutado.

En relación con las medidas para proteger la salud, un miembro puede alegar riesgos patológicos científicamente comprobados, de acuerdo con el artículo XX, letra b, sin necesidad de que el riesgo deba ser cuantificado de forma más concreta.⁷⁷ El nivel de protección de la salud anhelado se sitúa –respecto de un curso causal determinado– en el margen de decisión de cada miembro de la OMC.⁷⁸ 67

d) Medidas para lograr la observancia de leyes y reglamentos (art. XX, letra d del GATT)

El Artículo XX, letra d, del GATT permite adoptar medidas necesarias para la aplicación de preceptos compatibles con el GATT (por ejemplo, leyes o reglamentos en materia aduanera o tributaria, o relativos a la protección de las patentes). Las medidas en cuestión serán examinadas con base en dos criterios, a saber, el propósito de la medida (lograr la observancia de normas *per se* compatibles con el GATT), y la proporcionalidad.⁷⁹ El examen de proporcionalidad precedente en estos casos permite a los miembros un cierto margen de apreciación: porque la calificación de una medida como “necesaria”“(…) entraña en cada caso un proceso en el que se sopesa y se confronta una serie de factores entre los que figuran principalmente la contribución de la medida para lograr la observancia a hacer cumplir la ley o reglamento en cuestión, la importancia de los intereses o 68

⁷⁵ V. *infra*, tema 10, nota al margen 8.

⁷⁶ V. *infra*, tema 10, nota al margen 9.

⁷⁷ Informe del Órgano de Apelación, Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas – *Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, WT/DS 135/AB/R (2001), núm. 167.

⁷⁸ Informe del Órgano de Apelación, Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas – *Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, WT/DS 135/AB/R (2001), núm. 168: “...los Miembros de la OMC tienen derecho a determinar el nivel de protección sanitaria que consideren apropiado para una situación dada”.

⁷⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Medidas afectando a las importaciones de carne fresca y refrigerada y carne congelada de res*, WT/DS 161/AB/R (2000), núm. 157.

valores comunes protegidos por esa ley o reglamento y la repercusión concomitante de la ley o reglamento en las importaciones o exportaciones”.⁸⁰

En el marco del examen de proporcionalidad, la búsqueda de alternativas menos incisivas es de gran relevancia. En el asunto *República Dominicana – Medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos*, el Órgano de Apelación consideró, estimando el fallo de la instancia i, que no era admisible la exigencia impuesta por la norma dominicana de que los paquetes de cigarrillos a la venta en dicho país ostentasen una estampilla fiscal; en su lugar, el Órgano de apelación remitió a la alternativa de que el sello fiscal se incorporase durante el proceso de producción, previo a la importación.⁸¹

Por lo general, los obstáculos al comercio pueden justificarse mejor si el interés jurídico protegido es realmente importante:

Nos parece que un intérprete de tratados que evalúe una medida que se alegue necesaria para lograr la observancia de una ley o reglamento compatible con la OMC puede, en casos apropiados, tener en cuenta la importancia relativa de los intereses o valores comunes que la ley o el reglamento que se deban hacer cumplir estén destinados a proteger. Cuanto más vitales o importantes sean esos intereses o valores comunes, más fácil será aceptar como ‘necesaria’ una medida concebida como instrumento para lograr la observancia.⁸²

e) Medidas relativas a la conservación de los recursos naturales agotables (art. XX, letra g del GATT)

- 69 La justificación de restricciones comerciales para la conservación de los “recursos naturales agotables” prevista en el artículo XX, letra g, juega en diferentes situaciones un papel importante: de una parte, a través de la conservación de materias primas (minerales, fósiles y otras) para la producción de energía, de otra parte, para la protección del medio ambiente.

Entre los recursos naturales agotables se encuentra también el aire (puro). En este sentido se pronunció el grupo especial en el Asunto *US – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional)*, cuyo pronunciamiento fue asumido finalmente por el Órgano de Apelación:

In the view of the Panel, clean air was a resource (it had value) and it was natural. It could be depleted. The fact that the depleted resource was defined with respect to its qualities was not, for the Panel, decisive. Likewise, the fact that a resource was renewable could not be an objection. A past panel had accepted the renewable stocks of salmon could constitute an exhaustible natural resource. Accordingly, the Panel found that a policy to

⁸⁰ *Ibid.*, núm. 164.

⁸¹ Informe del Órgano de Apelación, *República Dominicana – Medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos*, WT/DS 302/AB/R (2005), núm. 72.

⁸² Informe del Órgano de Apelación, *Medidas afectando a las importaciones de carne fresca y refrigerada y carne congelada de res*, WT/DS 161/AB/R (2000), núm. 162.

*reduce the depletion of clean air was a policy to conserve a natural resource within the meaning of Article XX(g).*⁸³

El clima, como tal, se deja difícilmente clasificar como recurso natural agotable. Lo mismo es predicable de la capa de ozono, puesto que no permiten su utilización o manipulación como otros recursos naturales. Por ello, son problemáticos los intentos de casar los criterios de sostenibilidad a fin de ganar biomasa (como los propuestos por la Unión Europea) con el Artículo XX, letra g GATT.⁸⁴

Las medidas para la conservación de materias primas deben “ser empleadas en conexión con limitaciones de la producción interna o del consumo interior”. De ahí se desprende la obligación de aplicar el principio de trato igual a la producción nacional y extranjera, o al consumo interno y externo (*even-handedness*). Como el grupo especial en el Asunto *China – Medidas relativas a la exportación de varias materias primas* deja claro, la conservación de los recursos naturales agotables no permite preferir la producción nacional frente a la competencia extranjera a través de dar entrada a materias primas nacionales:

*...paragraph (g) of Article XX can justify GATT-inconsistent trade measures if such measures along with parallel domestic restrictions aimed at the conservation of natural resources and are primarily aimed at rendering effective parallel domestic restrictions operating for the conservation of natural resources. A contrario, Article XX(g) cannot be invoked for GATT-inconsistent measures whose goal or effects is to insulate domestic producers from foreign competition in the name of conservation.*⁸⁵

La excepción del Artículo XX, letra g GATT no sólo contiene medidas para proteger materias primas no vivas como los minerales, sino también prohibiciones de importar animales en peligro de extinción que se encuentren fuera del territorio del respectivo Estado miembro de la OMC (por ejemplo, en aguas internacionales).

En el Asunto *Camarón-Tortugas*, el Órgano de Apelación estableció que la migración constituía un nexo suficiente con la protección de las tortugas amenazadas y que la comunidad de Estados reconoce, entre tanto, que la conservación de esa especie en peligro es de interés común.⁸⁶ Además de lo dispuesto en los acuerdos universales sobre la protección de especies amenazadas, tiene relevancia en este contexto el compromiso con el “desarrollo sostenible” contenido en el Preámbulo del Tratado OMC.

⁸³ Informe del grupo especial *US – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/R (1996), núm. 6.37.

⁸⁴ V. Douma, W. Th.: *Legal Aspects of the European Union's Biofuels Policy: Protection or Protectionism?*, *German Yearbook of International Law*, 53/2010, pp. 371 ss.

⁸⁵ Informe del grupo especial *China – Medidas relativas a la exportación de varias materias primas*, WT/DS 394, 395, 398/R (2011), núm. 7408.

⁸⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*, WT/DS 58/AB/R (1998), ILM 38 (1999), p. 118, núm. 131.

f) Otras excepciones

70 El Artículo XXI GATT permite adoptar medidas especiales para salvaguardar la seguridad. La excepción prevista en la letra b de este artículo está redactada de forma particularmente amplia. Según ella, un Estado parte puede adoptar las medidas “que estime necesarias”, relativas:

- i) a las materias fisionables o a aquellas que sirvan para su fabricación;
- ii) al tráfico de armas, municiones y material de guerra, y a todo comercio de otros artículos y material destinados directa o indirectamente a asegurar el abastecimiento de las fuerzas armadas;
- iii) a las aplicadas en tiempos de guerra o en caso de grave tensión internacional.

71 El texto del precepto referido (“que estime necesarias”) implica un amplio margen de apreciación de los miembros, lo que confiere a la regla un carácter discrecional (*self-judging*). La autorización del artículo XXI, letra b, numeral iii) concede a los Estados miembros un amplio margen para restringir el comercio en tiempos de guerra o crisis.⁸⁷ Es concebible que, ante violaciones graves del Derecho internacional público como vulneraciones de derechos humanos elementales, se acuda a esta cláusula para justificar reacciones restrictivas del comercio. Ello es particularmente convincente si se considera que la violación masiva de derechos humanos elementales (entendida como una violación de obligaciones *erga omnes*) supone una injerencia en los intereses de seguridad de todos y cada uno de los miembros de la comunidad de Estados. De lo contrario, no sería posible justificar sanciones unilaterales en forma de restricciones al comercio (es decir, represalias), salvo sobre la base de las reglas generales en materia de responsabilidad de Estados. Finalmente, la reserva prevista en el Artículo XXI, letra c, del GATT permite a los miembros implementar resoluciones vinculantes del Consejo de Seguridad basadas en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, en cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento de la paz y seguridad internacional.

72 El párrafo 1, letra a, de la cláusula de salvaguardia (*escape clause*) del Artículo XIX del GATT,⁸⁸ permite a los Estados parte tomar medidas para proteger sectores económicos domésticos si: “como consecuencia de la evolución imprevista de las circunstancias (...), las importaciones de un producto (...) han aumentado en tal cantidad y se realizan en condiciones tales que causan o amenazan causar un daño grave a los productores nacionales de productos similares o directamente competidores en ese territorio”.

Una excepción similar se refiere a la importación de mercancías que son objeto de una preferencia arancelaria (art. XIX. 1, letra b).

⁸⁷ Al respecto Hahn, M. J.: *Die einseitige Aussetzung von GATT-Verpflichtungen als Repressalie*, 1996.

⁸⁸ Al respecto Müller, F.: *Schutzmaßnahmen gegen Warenimporte unter der Rechtsordnung der WTO*, 2006; Sykes, A. O.: *The WTO Agreement on Safeguards: A Commentary*, 2006.

La aplicación de estas excepciones se rige por un procedimiento especial. Los detalles están reglamentados en el Acuerdo sobre Salvaguardias (*Agreement on Safeguards*).

En la práctica, la aplicación de la cláusula de salvaguardia del artículo XIX solía tener un papel más restringido que el pacto de excepciones fuera del GATT. Así, para determinados sectores particulares, se ha desarrollado un régimen especial paralelo al del GATT. Por ejemplo, el Acuerdo Textil Mundial en el que se pactan cuotas a la importación. Una serie de auto-restricciones voluntarias a la exportación (*voluntary export restraints*),⁸⁹ en forma de acuerdos interestatales o medidas unilaterales, conduce, en muchos ámbitos, a una erosión de los principios del GATT (trato de nación más favorecida o prohibición de barreras no tarifarias). A largo plazo, este tipo de medidas auto-restrictivas generan un aislamiento de los mercados, un perjuicio para los consumidores y una pérdida de impulsos innovadores. El desarrollo de estos regímenes especiales ha conducido, en muchos ámbitos, a un “GATT a la carta”. En virtud del Artículo 11.1, letra b, del Acuerdo sobre Salvaguardias, tales pactos “de autolimitación” ya no están permitidos. 73

La cláusula de renuncia del Artículo XXV. 5 GATT (*waiwer clause*) tiene gran relevancia práctica. En virtud de este precepto, “en circunstancias excepcionales distintas de las previstas en otros artículos del presente Acuerdo” y con una mayoría de dos tercios, los Estados parte pueden decidir eximir a un Estado miembro de las obligaciones del GATT y autorizarle, por ejemplo, a adoptar medidas de protección unilaterales. 74

g) Carga de la prueba

La jurisprudencia del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC reconoce que un miembro, al afirmar en un recurso legal la incompatibilidad de una medida de otro Estado miembro con el Derecho de la OMC, sólo tiene que aportar una prueba *prima facie* (prueba por apariencia). En cambio, la justificación de una medida (por ejemplo, en el marco del Artículo XX del GATT), que se fundamenta en hechos discutidos, requiere una prueba completa.⁹⁰ 75

7. Regulación de las subvenciones y medidas *antidumpingn*

El ámbito de las subvenciones estatales encierra un potencial extraordinariamente problemático desde la perspectiva de las medidas de distorsión de la competencia.⁹¹ La 76

⁸⁹ Al respecto, v. Jones, K.: “Voluntary Export Restraint: Political Economy, History and the Role of the GATT”, *JWT*, 23, núm. 3/1989, pp. 125 ss.

⁹⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Medidas que afectan a la importación de manzanas*, WT/DS 245 (2003), núm. 160.

⁹¹ V. Poretti, P.: *The Regulation of Subsidies Within the General Agreement on Trade in Services of the Wto: Problems und Prospects*, 2009. En cuanto al problema de las subvenciones y su relevancia en la economía mundial, v. Informe

mayoría de las subvenciones son concedidas en los países industrializados, en particular en el sector de la agricultura. Aunque las subvenciones representan un instrumento muy apreciado de intervención estatal, el GATT sólo les dedica una regulación fragmentaria. Los Estados gozan de gran libertad de acción a la hora de recurrir al arsenal de subvenciones. En virtud del artículo XVI. 1, sólo existe una obligación general en cuanto a la notificación de las subvenciones. Sin embargo, el GATT no ofrece un contenido claro al concepto de subvención. De acuerdo con el artículo XVI. 2-4, debe actuarse, ante todo, contra las subvenciones a la exportación. En el Código sobre Subvenciones de 1979, las partes de este acuerdo se comprometieron a no subvencionar más la importación de productos manufacturados. La posibilidad de que los Estados parte apliquen derechos compensatorios frente a las mercancías subvencionadas, sobre la base del Artículo VI. 3 del GATT, tiene mucha importancia práctica. Un derecho compensatorio de este tipo presupone que la importación de la mercancía subvencionada daña, o puede dañar, un sector económico de forma comprobable. Asimismo, los derechos compensatorios sólo deben amortiguar la ventaja competitiva obtenida mediante la subvención y nunca pueden conducir a una distorsión mayor de la libre competencia. Respecto a la exportación de productos básicos, la prohibición de subvenciones en el GATT tiene un carácter “blando” (art. XVI. 3 del GATT).

a) Subvenciones y derechos compensatorios

- 77 Al final de la Ronda Uruguay consiguió dar perfiles más claros al régimen del GATT en cuanto a la defensa frente a las subvenciones a través del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (*Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*). Este Acuerdo ofrece, por primera vez, una definición clara de subvenciones estatales (art. 1.1).⁹² Se trata de contribuciones financieras, u otros beneficios públicos con valor monetario, otorgados a determinados sectores económicos o empresas (art. 1.1, letra a).

El valor monetario puede consistir también en la condonación, o la renuncia a la recaudación, de impuestos [art. 1.1, letra a (ii)], o en el suministro de bienes [art. 1.1, letra a (iii)] por parte de un Estado.

Para establecer si existe un “beneficio” en el sentido del artículo 1.1, letra b, es necesario recurrir a una perspectiva mercantil. El criterio decisivo es si el receptor obtiene el beneficio financiero a mejores condiciones que las ofrecidas por el mercado. Al respecto, el grupo en el asunto *Canadá – Aeronaves civiles* expuso lo siguiente:

Creemos también que la palabra ‘beneficio’, tal como se utiliza en el párrafo 1 b) del artículo 1, implica algún tipo de comparación. Esto debe ser así, porque no

sobre el Comercio Mundial de 2008, pp. 34 ss., en el sitio web http://www.wto.org/spanish/res_s/publications_s/wtr08_s.htm.

⁹² Slotboom, M. S.: “Subsidies in WTO Law and in EC Law. Broad and Narrow Definitions”, *JWT*, 36/2002, pp. 517 ss.

puede haber un ‘beneficio’ para el receptor a menos que la ‘contribución financiera’ lo coloque en una situación mejor que la que habría tenido de no existir esa contribución. A nuestro juicio, el mercado proporciona una base de comparación apropiada al determinar si se ha otorgado un ‘beneficio’, porque los posibles efectos de distorsión del comercio de una ‘contribución financiera’ pueden identificarse determinando si el receptor ha recido una ‘contribución financiera’ en condiciones más favorables que las que hubiera podido obtener en el mercado.⁹³

La comparación referida equivale a la denominada “prueba del inversor racional”. El Acuerdo SMC reglamenta la admisibilidad de subvenciones “específicas”, esto es, de subvenciones que favorecen a una determinada empresa o a un determinado sector económico (art. 1.2 en relación con art. 8.2). Los privilegios otorgados sobre la base de criterios neutrales de aplicación general (por ejemplo, asistencia financiera para empresas recién fundadas, o privilegios por contratar desempleados de larga duración) carecen del carácter de “específicos”. Algunas subvenciones, como ayudas a empresas domiciliadas en una determinada área geográfica (art. 2.2) o subsidios a la exportación (art. 2.3), se consideran, sin lugar a excepciones, como “específicas”.

Según la opinión jurídica prevalente, las manipulaciones del tipo de cambio con el fin de mantener el valor de una moneda artificialmente bajo para facilitar las exportaciones, no confieren ninguna “ventaja específica”.⁹⁴ Tampoco están supeditadas a resultados de exportación, así que no constituyen ninguna subvención prohibida a la exportación en el sentido del Artículo 3.1, letra a, del Acuerdo MSF.

El Acuerdo SMC solía emplear un sistema de tres grados para determinar la admisibilidad 78 de las subvenciones. A modo de un semáforo, el sistema distingue entre:

- subvenciones prohibidas (“rojas”) (*red box*)
- subvenciones anulables (“amarillas”) (*amber box*), y
- subvenciones no recurribles (“verdes”) (*green box*); habiendo devenido esta última categoría obsoleta en la actualidad.

Las subvenciones lícitas (no recurribles) se encuentran reglamentadas en el catálogo de justificaciones del Artículo 8 del Acuerdo SMC. Entre tanto, esta disposición ya no está en vigor (art. 31 del Acuerdo SMC). Por consiguiente, sólo subsisten subvenciones prohibidas y anulables. Los países en vías de desarrollo pueden reclamar un trato especial y diferenciado (art. 27).

Según el artículo 3.1, se prohíben con carácter general:

⁹³ Informe del Grupo Especial *Canadá – Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles*, WT/DS70/R (1999), núm. 9.111 ss.

⁹⁴ Zimmermann, C. D.: “Exchange Rate Misalignment And International Law”, *AJIL*, vol. 105, 2011, pp. 423 y ss. (esp. p. 447-448).

- las subvenciones a la exportación (letra a), y
- las subvenciones supeditadas a la preferencia de productos nacionales sobre productos importados (letra b).

En las subvenciones a la exportación, la conexión entre la contribución financiera y el resultado de las exportaciones puede ser el resultado de una conexión jurídica (*de iure export-consistency*) o fáctica (*de facto export-consistency*). En caso de una mera conexión *de facto*, cabe examinar si la subvención aspira a crear incentivos a la exportación que se encuentran anulados debido a distorsiones en el juego de oferta y demanda.

Así es como el Órgano de Apelación evaluó los incentivos ajenos al mercado en el asunto Fall *CE-Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles*.⁹⁵

Al llegar a esta interpretación de la norma de la supeditación *de facto* a la exportación de conformidad con el párrafo 1 a) del Artículo 3 y la nota 4 del *Acuerdo SMC*, no queremos decir que el criterio se cumple simplemente porque la concesión de la subvención tenga por objeto aumentar la producción del receptor, aunque se exporte todo el aumento de la producción. *Tampoco* queremos decir que el hecho de que la concesión de la subvención pueda, además de aumentar las exportaciones, aumentar *también* las ventas internas del receptor impide una constatación de supeditación *de facto* a la exportación. Consideramos en cambio que la norma de la supeditación *de facto* a la exportación prevista en el párrafo 1 a) del Artículo 3 y la nota 4 del *Acuerdo SMC* se cumple cuando la subvención se concede con el fin de dar al receptor un incentivo para exportar de una manera que no sea un simple reflejo de las condiciones de la oferta y la demanda en los mercados interno y de exportación no distorsionados por la concesión de la subvención.

Un indicio de si una subvención ayuda *de facto* a promover las exportaciones se puede encontrar en la proporción entre las exportaciones y las ventas nacionales antes y después de la concesión de la subvención. Además, se puede comparar la proporción entre exportaciones y ventas nacionales que una empresa con ánimo de lucro lograría con la subvención y sin ella.⁹⁶

(...)(C)uando hay pruebas pertinentes, la evaluación podría basarse en una comparación entre, por un lado, la proporción de exportaciones *previstas* y ventas en el mercado interno del producto subvencionado que se registraría como consecuencia de la concesión de la subvención y, por otro lado, la situación en caso

⁹⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas y determinados Estados Miembros - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles*, WT/DS316/AB/R, 18 de mayo de 2011, núm. 1045.

⁹⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas y determinados Estados Miembros - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles*, WT/DS316/AB/R, 18 de mayo de 2011, núm. 1047.

de que no hubiese subvención. La situación en caso de que no haya subvención puede interpretarse sobre la base de las ventas históricas del mismo producto que haya realizado el receptor en el mercado interno y el mercado de exportación antes de que se concediese la subvención. En el caso de que no haya datos históricos no afectados por la subvención, o de que el producto subvencionado sea un producto nuevo sobre el que no haya datos históricos, la comparación podría hacerse con los resultados que hipotéticamente cabría esperar que lograse una empresa que maximizase los beneficios en los mercados de exportación e interno sin la existencia de subvención. Cuando las pruebas demuestran, quedando invariables los demás factores, que la concesión de la subvención proporciona un incentivo para desviar hacia la exportación las ventas previstas, en comparación con los resultados históricos del receptor o con los resultados hipotéticos de una empresa que maximizase los beneficios sin la existencia de subvención, ello sería una indicación de que la concesión de la subvención está de hecho vinculada a las exportaciones previstas en el sentido del párrafo 1 a) del Artículo 3 y la nota 4 del *Acuerdo SMC*.

Son anulables otras subvenciones, que ocasionan perjuicios a los intereses de otros Estados miembros (art. 5 y ss.) El Acuerdo SMC establece en su artículo 5, letra c.: “Ningún Miembro deberá causar, mediante el empleo de cualquiera de las subvenciones a que se refieren los párrafos 1 y 2 del artículo 1, efectos desfavorables para los intereses de otros Miembros, es decir [...] perjuicio grave a los intereses de otro Miembro”.

Según el Artículo 6. 3, letra c, del Acuerdo SMC, existe un perjuicio relevante (“serio”) a los intereses de otros Estados en el sentido del artículo 5, letra c, en caso de que: “[...] la subvención tenga por efecto una significativa subvaloración de precios del producto subvencionado en comparación con el precio de un producto similar de otro Miembro en el mismo mercado, o tenga un efecto significativo de contención de la subida de los precios, reducción de los precios o pérdida de ventas en el mismo mercado”.

En el asunto *Estados Unidos – Subvenciones al Algodón Americano (Upland)*,⁹⁷ el Órgano de Apelación de la OMC esbozó las condiciones aplicables a subvenciones agrarias en el sentido del Artículo 6.3, letra c del Acuerdo SMC. En este asunto, Brasil había presentado una demanda contra los Estados Unidos por una serie de medidas de apoyo para la industria estadounidense del algodón con un valor de varios miles de millones de dólares. El Órgano de Apelación rechazó la opinión de que un mercado relevante en el sentido del Artículo 6.3, letra c del Acuerdo SMC es necesariamente un mercado nacional. Según el Órgano, cuando una mercancía subvencionada compite a nivel mundial con una mercancía similar de otro miembro, bajo regímenes de competencia y costos de transporte comparables, ha de asumirse que el mercado relevante es el mundo entero:

⁹⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Subvenciones al Algodón Americano (Upland)*, WT/DS/267/AB/R (2005); v. también el comentario de Steinberg, R. H., *AJIL* 99/2005, pp. 852 ss.

[...] recordando que una de las acepciones de ‘market’ (‘mercado’) es ‘*the area of economic activity in which buyers and sellers come together and the forces of supply and demand affect prices*’ (‘la zona de actividad económica en la que compradores y vendedores se unen y las fuerzas de la oferta y la demanda afectan a los precios’), parece razonable la conclusión de que dos productos se encuentran en el mismo mercado si están en competencia efectiva o potencial en ese mercado. Por lo tanto, dos productos pueden estar ‘en el mismo mercado’ aunque no se vendan necesariamente al mismo tiempo y en el mismo lugar o país. Como señaló con acierto el Grupo Especial, el alcance del ‘mercado’, a los efectos de determinar la zona de competencia entre dos productos, puede depender de varios factores, como la naturaleza del producto, la homogeneidad de las condiciones de competencia y los costos de transporte. Ese mercado de un determinado producto puede ser perfectamente un ‘mercado mundial’.⁹⁸

Las ventajas concedidas por algunos Estados a sus industrias aeronáuticas implican un potencial considerable de conflictos.

Así, los Estados Unidos incoaron un procedimiento contra el consorcio Airbus por subvenciones estatales (por ejemplo, en forma de ayudas del Banco Europeo de Inversiones o apoyo financiero por parte de Estados miembros de la Unión Europea – asunto *Comunidad Europea – Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles*).⁹⁹ La Unión Europea, por su parte, inició un procedimiento en el marco del mecanismo de solución de diferencias, a raíz de las subvenciones concedidas por los Estados Unidos a Boeing (a través de la licitación de contratos públicos en el sector militar bajo términos y condiciones que desfavorecían a proveedores extranjeros).¹⁰⁰

- 80 El Acuerdo SMC contiene un procedimiento propio de solución de diferencias y permite el empleo de remedios legales específicos (arts. 4 y 7). Uno de los remedios previstos es la reclamación de subvenciones ya pagadas. Entre las contramedidas, el instrumento con mayor relevancia práctica es la imposición de derechos compensatorios (art. 19). En virtud del Artículo 32.1 del Acuerdo SMC, “[n]o podrá adoptarse ninguna medida específica contra una subvención de otro Miembro si no es de conformidad con las disposiciones del GATT de 1994, según se interpretan en el presente Acuerdo”.

En el asunto *Byrd Amendment (Estados Unidos – Continued Dumping and Subsidy Offset Act de 2000)*, el Órgano de Apelación consideró que una medida es “específica” en el sentido del Artículo 32.1 del Acuerdo SMC, cuando supone una reacción a acciones

⁹⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Subvenciones al Algodón Americano (Upland)*, WT/DS/267/AB/R (2005), núm. 408.

⁹⁹ Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas y determinados Estados miembros – Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles*, WT/DS316R (2010). La Unión Europea ha apelado el informe del Grupo Especial en la diferencia de las ayudas concedidas a Airbus.

¹⁰⁰ *Estados Unidos – Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles*, WT/DS 317/2.

en las cuales la subvención tiene un papel “constitutivo”.¹⁰¹ El Órgano de Apelación dejó claro que una medida se dirige contra “exportaciones subvencionadas” cuando afecta negativamente al régimen de subvenciones practicado por otro Estado, o si tiene efectos disuasorios sobre él.¹⁰² Tales medidas defensivas deben ser conformes a los mecanismos de reacción permitidos por el Acuerdo SMC. Ello conlleva una notable reducción del margen de acción de los miembros del Acuerdo.¹⁰³

El objeto del asunto *Byrd Amendment (EE.UU. – Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000)* era una ley que obligaba a la administración aduanera de los Estados Unidos a hacer pagos compensatorios a favor de empresas estadounidenses perjudicadas por subvenciones o actos de *dumping* prohibidos. El Órgano de Apelación consideró que esa reglamentación violaba el derecho de la OMC por exceder las reacciones admisibles que el Acuerdo SMC enumera de manera exhaustiva.¹⁰⁴

b) Subvenciones en el sector agropecuario

Las subvenciones que afectan al comercio de productos agropecuarios son un tema especialmente delicado.¹⁰⁵ La Unión Europea tiene una destacada responsabilidad en las distorsiones de la competencia en el mundo, a raíz de las ayudas que concede a su sector agropecuario. Lo mismo se puede decir, aunque en bastante menor medida, de los Estados Unidos y Japón. Los países emergentes y en vías de desarrollo sufren particularmente por causa de las subvenciones a la exportación. También las medidas internas de apoyo, esto es, las ayudas concedidas a los sectores agropecuarios de los países industrializados que no tienen nexo con la exportación de sus productos, falsean la competencia. Al mismo tiempo, las subvenciones de los países industrializados contribuyen a reducir el nivel mundial de precios para muchos productos agropecuarios. Esto favorece a algunos países en vías de desarrollo que son importadores netos de productos agropecuarios. Aunque los Estados de la OCDE han reducido sustancialmente sus subvenciones agrarias, todavía desembolsaron ayudas con un valor total de 265 mil millones de euros en 2008.

El Acuerdo sobre Agricultura (AA o *Agreement on Agriculture –AoA–*) persigue una reducción gradual de las subvenciones agropecuarias, dentro de un plazo de implementación que ya ha expirado. El Acuerdo SMC exceptúa de las subvenciones prohibidas o anulables las ayudas a la exportación permitidas por el Acuerdo sobre Agricultura (arts.

¹⁰¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000*, WT/DS 217 & 234/AB/R (2003), núm. 242.

¹⁰² *Ibid.*, núm. 247.

¹⁰³ *Ibid.*, núm. 273.

¹⁰⁴ *Ibid.*, núm. 265.

¹⁰⁵ Beierle, T.: “Agricultural Trade Liberalization – Uruguay, Doha, and Beyond”, *JWT* 36/2002, pp. 1089 ss.; Das, D. K.: “The Doha Round of Multilateral Trade Negotiations and Trade in Agriculture”, *JWT* 40/2006, pp. 259 ss.; Koo, W. / Kennedy, P. L.: “The Impact of Agriculture Subsidies on Global Welfare”, *American Journal of Agriculture and Economics* 88/2006, pp. 1219 ss.

3.1 y 5, segunda frase). Cada excepción debe fundarse en una justificación explícita en el Acuerdo sobre Agricultura.¹⁰⁶

El Acuerdo sobre Agricultura modifica el “enfoque de semáforo” del Acuerdo SMC. El Acuerdo sobre Agricultura no contiene ningún listado de ayudas prohibidas (“rojas”). Apoyos con un efecto netamente distorsionador del comercio y de la competencia, así como medidas sujetas a compromisos de reducción gradual, entran en la llamada “caja amarilla” (*amber box*) (art. 6.1 a 6.4 AA). Las medidas permitidas entran en la llamada “caja verde” (*green box*). Además, hay ciertas medidas de tipo “caja azul” (*blue box*) que están exentas en condiciones específicas de la obligación de reducción gradual.

Los artículos 6 y 7, y el Anexo 2 del AA reglamentan subvenciones no relacionadas con la exportación (medidas de “ayuda interna”). Algunas subvenciones internas, como medidas de fomento motivadas por consideraciones de política regional, social o ambiental, y ciertos pagos directos no relacionados con la producción, cuentan como medidas de tipo “caja verde” (*green box*) y están exentas de los compromisos de reducción. Están también exentas de estos compromisos las medidas de tipo *blue box*, como pagos directos en el marco de programas para limitar la producción agropecuaria que remuneren, por ejemplo, la retirada de tierras de la producción (art. 6.5, letra a, AA). En cambio, las subvenciones a la exportación (en el sentido del art. 1, letra e, del AA) sí son objeto de compromisos de reducción (art. 3.3 y 9 AA). Tomando los años de 1986 a 1990 como período de referencia, el volumen de las subvenciones concedidas por los países industrializados debía caer en un 36%, y la cantidad de productos que se beneficiasen de subvenciones a la exportación debía caer en un 21% (art. 9.2, letra b, numeral iv AA). A escala internacional, las subvenciones a la exportación concedidas por la Unión Europea a su sector agropecuario son de lejos las más altas.

Según el artículo 10.1 AA, un miembro de la OMC no puede otorgar subvenciones de forma que constituya una elusión de los compromisos en materia de subvenciones a la exportación. Una cuestión controvertida en este contexto es si los créditos a la exportación (con los cuales los países industrializados otorgan ayudas financieras a otros países para que éstos últimos importen productos agropecuarios del país donante) son también objeto de los compromisos de reducción. En la sexta Conferencia Ministerial de la OMC de Diciembre de 2005 en Hong Kong, los miembros convinieron eliminar hasta el año 2013 las subvenciones a la exportación y otras medidas utilizadas en la “carrera por exportar”.¹⁰⁷

c) *Dumping* y medidas *antidumping*

- 82 Como sucede con las subvenciones, el GATT tampoco prohíbe con carácter general las prácticas de *dumping*. En este último caso, se trata de la oferta de bienes para la exportación a precios inferiores a los existentes en el país de origen (art. VI. 1, primera frase,

¹⁰⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Subvenciones al Algodón Americano (Upland)*, WT/DS/267/AB/R (2005), núm. 529 ss. (545).

¹⁰⁷ V. Declaración Ministerial de 22 de diciembre de 2005, WT/MIN (05)/DEC.

del GATT). El *dumping* es un mecanismo bastante difundido entre las empresas para introducirse en mercados extranjeros. A veces, el precio de exportación no cubre ni siquiera los costes de producción. Frente al posible falseamiento de la libre competencia provocado por las prácticas de *dumping*, el GATT reacciona mediante la autorización, prevista en el artículo VI. 2, de percibir un derecho *antidumping* que no exceda del “margen de *dumping*” relativo a dicho producto.¹⁰⁸

El Acuerdo relativo a la aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (*Agreement on Implementation of Art. VI of the GATT-94* o Código *Antidumping*) contiene importantes precisiones.¹⁰⁹ De manera similar al Acuerdo SMC, el Código *Antidumping* somete “medidas específicas” contra exportaciones subvencionadas de otro miembro a estándares específicos de justificación y admite sólo un *numerus clausus* de medidas defensivas.¹¹⁰

Las normas del GATT sobre subvenciones y *dumping*, así como sobre las posibles contramedidas defensivas, son también problemáticas en cuanto a su eficiencia. Las empresas se esfuerzan mucho para eludir el régimen del GATT y obtener de esta forma ventajas competitivas en el mercado mundial.

Esto puede ilustrarse a través del ejemplo del “*dumping* por ensamblaje” (las denominadas “fábricas-destornillador”) con el que se pretendía eludir la normativa *antidumping*. En estos casos, se importan, no los productos acabados, sino las piezas fabricadas en el extranjero con un nivel bastante avanzado de elaboración, por lo que pueden ensamblarse en el Estado importador con escaso coste, convirtiéndose en productos manufacturados nacionales. Las dificultades para atajar jurídicamente estas prácticas de elusión se ponen de manifiesto en la controversia sobre la compatibilidad del Reglamento de la Comunidad Europea relativo a la defensa de las importaciones que sean objeto de *dumping* o de subvenciones por parte de países no miembros de la CEE y el GATT. En el marco del sistema de solución de diferencias de la OMC, un grupo de expertos (*panel*) consideró que el Reglamento de la Comunidad Europea vulneraba el GATT (art. III. 2 y 4) y rechazó su justificación sobre la base del Artículo XX. d del GATT.¹¹¹

La Comunidad Europea y otros miembros de la OMC han desarrollado mecanismos sutiles para defenderse de las estrategias de elusión.¹¹² Hasta nuestros días no existe un régimen satisfactorio en la OMC de medidas para la defensa frente al fraude.

¹⁰⁸ En relación con estas contramedidas, v.: Bierwagen, R.: *GATT Article VI and the Protectionist Bias in Anti-dumping Laws*, 1990.

¹⁰⁹ Al respecto, Vermulst, E.: *The WTO Anti Dumping Agreement: A Commentary*, 2005.

¹¹⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000*, WT/DS 217 & 234/AB/R (2003), núm. 264 f.

¹¹¹ Informe del Grupo Especial de 22 de marzo de 1990, GATT Doc. L/6657; adoptado por el Consejo el 16 de mayo de 1990, GATT Doc. C/M/241, p. 26. Al respecto, por ejemplo: Hahn, J.: “Assembly-Dumping” in der EG un den USA”, RIW, 9/1991, p. 739.

¹¹² V. Birnstiel, A.: *Die Abwehr der Umgebung von Antidumpingmaßnahmen im EG-Recht*, 2000.

8. Acuerdo sobre medidas sanitarias y fitosanitarias

Bibliografía recomendada: Wolfrum, R., Stoll, P. T., Seibert-Fohr, A.: *WTO – Technical Barriers and SPS Measures*, 2007.

- 85 La concreción de los estándares de justificación de las medidas para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales, o para preservar los vegetales, se lleva a cabo en el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (*Agreement on Sanitary and Phyto-Sanitary Measures, SPS-Agreement, Acuerdo-MSF*). Este Acuerdo es aplicable “a todas las medidas sanitarias y fitosanitarias que puedan afectar, directa o indirectamente, al comercio internacional” (art. 1. 1, primera frase), y obliga a los miembros de la OMC a elaborar y aplicar tales medidas “de conformidad con las disposiciones del presente Acuerdo” (art. 1.1, segunda frase).

Las medidas sanitarias y fitosanitarias están definidas en mayor detalle en el Anexo A, numeral 1. Todas las medidas sanitarias y fitosanitarias que cumplen esta definición se rigen por el Acuerdo MSF, incluso cuando persiguen ulteriores objetivos como la protección del medio ambiente.¹¹³ La propagación indeseada de organismos genéticamente modificados entra dentro de la noción de lucha contra las “plagas”, en el sentido del Anexo A, numeral 1, letras a, c y d.¹¹⁴

Como marco legal general para todas las medidas enumeradas con efectos restrictivos sobre el comercio internacional, el Acuerdo MSF tiene relevancia propia más allá del GATT. Sin discriminar, el Acuerdo somete a un test de necesidad, según criterios científicos, a todas las restricciones al comercio, tengan o no tengan un nexo con la importación de mercancías.

Además, el Acuerdo despliega gran relevancia práctica, al concretar los estándares de justificación impuestos por el GATT. Las medidas sanitarias y fitosanitarias abarcadas por el Acuerdo MSF y conformes a este último, se consideran también conformes al GATT (particularmente, con su artículo XX, letra b). El Acuerdo MSF limita tales medidas a las “necesarias” y con la intensidad necesaria (arts. 2.1 y 2.2). Además, el Acuerdo-MSF exige que la aplicación de una medida de este tipo esté basada en principios científicos (art. 2.2): “Los Miembros se asegurarán de que cualquier medida sanitaria o fitosanitaria sólo se aplique en cuanto sea necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, de que esté basada en principios científicos y de que no se mantenga sin testimonios científicos suficientes, a reserva de lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 5”.

¹¹³ Informe del Grupo Especial *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, WT/DS 291 (2006), núm. 7.203.

¹¹⁴ Informe del Grupo Especial *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, WT/DS 291 (2006), núm. 7.231 ss.

Por regla general, los miembros deben apoyarse en normas, directrices o recomendaciones internacionales cuando existan (art. 3.1). Las medidas conformes con tales estándares internacionales son consideradas necesarias (art. 3.2). El Acuerdo exige una justificación especialmente rígida conforme a parámetros científicos, cuando un miembro de la OMC, en su evaluación del riesgo, se aparta de los estándares internacionales reconocidos (art. 3.3). Al respecto, el Acuerdo remite en particular a los trabajos de la Comisión *Codex Alimentarius*, de la Oficina Internacional de Epizootias, y de las organizaciones internacionales y regionales que operan en el marco de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria (art. 3.4). Para la valoración del riesgo y la determinación del nivel de protección adecuado, el Acuerdo-MSF exige que el miembro tenga en cuenta las técnicas de evaluación elaboradas por las organizaciones internacionales competentes (art. 5.1). Para ello, los Estados parte deben tener en cuenta el material probatorio científico disponible (art. 5.2). 86

En relación con el necesario fundamento científico, tiene gran importancia el Informe del Órgano de Apelación de la OMC en el denominado Asunto-Hormonas.¹¹⁵ 87

En el Asunto-Hormonas, Estados Unidos recurrió la prohibición de la Comunidad Europea de importar carne bovina tratada con hormonas. Mediante esta prohibición de importar, la Comunidad Europea quería alcanzar un nivel de protección mayor que el correspondiente a los estándares internacionales de la Comisión del *Codex Alimentarius* (CCA). La Comunidad Europea exigía un nivel absoluto de pureza en cuanto a los residuos de hormonas artificiales en la carne, mientras que el *Codex* fijaba valores máximos de estos residuos. La Comunidad Europea invocó como justificación los posibles riesgos para la salud. Pero a Estados Unidos esto le parecía una alegación de “riesgos fantasma”.

En el Asunto-Hormonas, el Órgano de Apelación no consideró cada una de las incertidumbres teóricas sobre los efectos dañinos de ciertas sustancias en la salud humana como justificación científica suficiente. El riesgo a afrontar debe ser palpable (*scientifically identifiable risk*), y no debe limitarse a la posibilidad teórica de efectos dañinos.¹¹⁶ La valoración del riesgo debe fundamentarse en un mínimo de hechos empíricos relevantes. Para el Órgano de Apelación, es determinante que exista una “relación razonable” entre la evaluación del riesgo y la restricción al comercio en cuestión.¹¹⁷ Al respecto, el informe

¹¹⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al ganado y su carne (hormonas)*, WT/DS 26/AB/R, WT/DS 48/AB/R (1998), parcialmente publicado en *EuZW*, 1998, pp. 157 ss.; al respecto por ejemplo, Eggers, B.: *Die Entscheidung des WTO Appellate Body im Hormonfall*, *EuZW* 1998, pp. 147 ss.; Slotboom, “The Hormones Case: An Increased Risk of Illegality of Phyto-Sanitary Measures”, *CMLREV.*, 36/1999, pp. 471 ss.; Walker, V. R.: “Keeping the WTO from Becoming the ‘World Trans-Science Organization’: Scientific Uncertainty, Science Policy and Factfinding in the Growth Hormones Dispute”, *Cornell International Law Journal*, 31/1998, pp. 251 ss.;

¹¹⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al ganado y su carne (hormonas)*, WT/DS 26/AB/R, WT/DS 48/AB/R (1998), núm. 186.

¹¹⁷ *Ibid.*, núm. 193-194.

del Órgano de Apelación permite que la evaluación del riesgo se funde en una opinión científica minoritaria sobre los riesgos discutidos:

No creemos que una evaluación del riesgo tenga que llegar a una conclusión monolítica que coincida con la conclusión o la opinión científica implícita en la MSF. La evaluación del riesgo podría establecer la opinión imperante que representa la ‘tendencia principal’ de la opinión científica, así como las opiniones de los científicos que sostienen una opinión discrepante. El párrafo 1 del artículo 5 no exige que la evaluación del riesgo tenga que plasmar necesariamente sólo la opinión de una mayoría de la comunidad científica competente. En algunos casos, la existencia misma de opiniones discrepantes sostenidas por científicos calificados que han investigado la cuestión particular objeto de examen puede indicar un estado de incertidumbre científica. Algunas veces la divergencia puede indicar un equilibrio aproximadamente igual de opinión científica, que en sí es quizá una forma de incertidumbre científica. En la mayoría de los casos, los gobiernos responsables y representativos suelen basar sus medidas legislativas y administrativas en la opinión científica ‘principal’. En otros casos, gobiernos igualmente responsables y representativos pueden actuar de buena fe sobre la base de lo que puede ser, en un momento dado, una opinión discrepante procedente de fuentes competentes y respetadas. En sí, esto no es forzosamente un indicio de la falta de una relación razonable entre la MSF y la evaluación del riesgo, especialmente cuando el riesgo de que se trata tiene un carácter de amenaza contra la vida y se percibe como una amenaza clara e inminente contra la salud y la seguridad públicas. La determinación de la presencia o ausencia de esa relación sólo se puede efectuar caso por caso, después de tener en cuenta todas las consideraciones que racionalmente guardan relación con la cuestión de los posibles efectos adversos sobre la salud.¹¹⁸

Por lo demás, el Órgano de Apelación no recurre a la evaluación del riesgo en condiciones de laboratorio, sino que adopta un enfoque práctico, dejando margen para su apreciación, según las condiciones de la vida real. Es decisiva “la posibilidad efectiva de que se produzcan efectos adversos para la salud humana en el mundo real en el que las personas viven, trabajan y mueren”.¹¹⁹

En lo que atañe al caso concreto, la fundamentación demasiado abstracta de la Comunidad Europea no bastó para colmar las exigencias de racionalidad de base científica.

- 88 De acuerdo con el principio de cautela, la fundamentación científica exigida por el Acuerdo MSF permite medidas para combatir riesgos cuando todavía no hay certeza sobre

¹¹⁸ *Ibid.*, núm. 194.

¹¹⁹ *Ibid.*, núm. 187.

los nexos causales.¹²⁰ En el Asunto-Hormonas, el Órgano de Apelación resaltó que el Acuerdo MSF deja margen para el juego del principio de cautela, como lo demuestra, por ejemplo, la opción abierta a cada miembro de la OMC de establecer un nivel particularmente elevado de protección (Preámbulo, párrafo 6, y art. 3.3), así como de adoptar medidas unilaterales (art. 5.7). El principio de cautela influye sobre todo en la exigencia de “testimonios científicos suficientes” (art. 2.2). Sin embargo, consideraciones de cautela no permiten desviarse de los deberes de motivación establecidos por el artículo 5, párrafos 1 y 2:

Nos parece importante señalar, sin embargo, algunos aspectos de la relación del principio de cautela con el *Acuerdo MSF*. En primer lugar, ese principio no ha sido incluido en el texto del *Acuerdo* como un motivo que justifique las medidas sanitarias y fitosanitarias que fuesen incompatibles con las obligaciones de los Miembros establecidas en determinadas disposiciones de dicho *Acuerdo*. En segundo lugar, el principio de cautela se encuentra efectivamente reflejado en el párrafo 7 del artículo 5 de dicho *Acuerdo*. Coincidimos, al mismo tiempo, con las Comunidades Europeas, en que no es necesario suponer que la pertinencia del párrafo 7 del artículo 5 se agota en el principio de cautela. Éste también se refleja en el sexto párrafo del preámbulo y en el párrafo 3 del artículo 3. Estos textos reconocen expresamente el derecho de los Miembros a establecer su propio nivel adecuado de protección sanitaria, que puede ser más elevado (es decir, más cauto) que el implícito en las normas, directrices y recomendaciones internacionales vigentes. En tercer lugar, el Grupo Especial que se ocupe de determinar, por ejemplo, si existen ‘testimonios científicos suficientes’ para justificar que un Miembro mantenga determinada medida sanitaria o fitosanitaria puede, por supuesto, y debe tener presente que los gobiernos responsables y representativos generalmente actúan desde una perspectiva de prudencia y precaución cuando se trata de riesgos de daños irreversibles, por ejemplo la terminación de la vida, para la salud de los seres humanos. Por último, y a pesar de ello, el principio de cautela, por sí solo, y sin una directiva textual inequívoca a ese efecto, no exime a un Grupo Especial de la obligación de aplicar los principios (de derecho internacional consuetudinario) normalmente aplicables a la interpretación de los tratados en su lectura de las disposiciones del *Acuerdo MSF*.¹²¹

La debida apreciación de riesgos no exige que un riesgo científicamente fundado se cuantifique en el sentido de atribuirle una magnitud determinada.¹²² Un miembro puede

¹²⁰ Sobre el principio de cautela v. *supra*, tema 8, nota al margen 3.

¹²¹ Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al ganado y su carne (hormonas)*, WT/DS 26/AB/R, WT/DS 48/AB/R (1998), núm. 124.

¹²² *Ibid.*, núm. 186.

también optar por la exclusión completa del riesgo residual (*zero risk level*).¹²³ Por consiguiente, el Acuerdo MSF permite tomar en consideración diferentes niveles de aversión a riesgos que puedan existir en una sociedad.

89 En el asunto Australia-Salmón, el Órgano de Apelación de la OMC ha dado perfiles más definidos a los requisitos de valoración del riesgo conforme al Artículo 5.1 del Acuerdo MSF.¹²⁴ De acuerdo con ello, el Estado debe analizar en tres pasos

- los diferentes escenarios de daños a combatir (incluyendo los posibles efectos biológicos y económicos de la propagación de enfermedades),
- la probabilidad de tales escenarios de daños, y
- la eficacia de las medidas de defensa:

Sobre la base de esta definición, consideramos que, en este caso, una evaluación del riesgo a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 debe:

- 1) *identificar* las enfermedades cuya entrada, radicación o propagación un Miembro desea evitar en su territorio, así como las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas a la entrada, radicación o propagación de esas enfermedades;
- 2) *evaluar la probabilidad* de entrada, radicación o propagación de esas enfermedades, así como las posibles consecuencias biológicas y económicas conexas; y
- 3) evaluar la probabilidad de entrada, radicación o propagación de esas enfermedades *según las medidas sanitarias o fitosanitarias que pudieran aplicarse*.¹²⁵

90 En el asunto Japón-Manzanas (*Japón – Medidas que afectan a la importación de manzanas*).¹²⁶ El grupo especial y el Órgano de Apelación concretaron aún más los criterios para la evaluación de riesgos y su gestión a través de medidas que tienen el efecto de limitar las importaciones.

El asunto trataba de amplias restricciones a la importación de manzanas procedentes de los Estados Unidos impuestas por Japón. Las medidas en cuestión pretendían prevenir la introducción del añublo quemador del manzano en Japón, y abarcaban exámenes estrictos, puestas en cuarentena, así como la prohibición completa de las importaciones.

¹²³ Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Medidas que afectan a la importación de salmón*, WT/DS 18/AB/R (1998), núm. 125.

¹²⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Medidas que afectan a la importación de salmón*, WT/DS 18/AB/R (1998).

¹²⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Australia – Medidas que afectan a la importación de salmón*, WT/DS 18/AB/R (1998), núm. 121.

¹²⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Medidas que afectan a la importación de manzanas*, WT/DS 245 (2003).

Según el informe del grupo especial en el Asunto *Japón – Manzanas*, que fue confirmado por el Órgano de Apelación, los “testimonios científicos suficientes” en el sentido del Artículo 2.2 del Acuerdo MSF deben fundamentarse en métodos científicos reconocidos. Recurrir a información insuficientemente contrastada y a hipótesis no comprobadas no es suficiente para satisfacer este requisito.¹²⁷ Un Estado que no alcanza a cumplir estos estándares no puede justificar restricciones a las importaciones con el argumento de que su propia evaluación del riesgo sea preferible a otra. Cabe destacar, en particular, la función del principio de proporcionalidad como criterio de control. De acuerdo con este principio, la relación entre la medida en cuestión y los conocimientos científicos no es “racional” u “objetiva” cuando existe una clara desproporción (*clear disproportion*) entre las medidas tomadas y el riesgo comprobable.¹²⁸

91 Cuando no haya conocimientos científicos fiables sobre los contextos del riesgo, el Artículo 5.7 del Acuerdo MSF admite medidas provisionales. Un Estado, tras adoptar este tipo de medidas provisionales, debe esforzarse por hallar más información y examinar las medidas dentro de un plazo razonable. Así lo ha decidido el Órgano de Apelación en el asunto *Japón-Agricultural Products*.¹²⁹ En el asunto *Japón – Manzanas*, el Órgano de Apelación dejó en claro que los testimonios científicos disponibles son “insuficientes” en el sentido del Artículo 5.7 Acuerdo MSF cuando no permiten una evaluación adecuada de los riesgos con base en el Artículo 5.1 Acuerdo MSF: “los ‘testimonios científicos pertinentes’ serán ‘insuficientes’ en el sentido del párrafo 7 del artículo 5 si el conjunto de testimonios científicos disponibles no permite, en términos cuantitativos o cualitativos, realizar una evaluación adecuada de los riesgos, como requiere el párrafo 1 del artículo 5 y como se define en el Anexo A del *Acuerdo MSF*”.¹³⁰

92 Los estándares de justificación establecidos por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC son de notable relevancia en los conflictos comerciales, como los que pueden producirse en el ámbito de la biotecnología como consecuencia de una gestión de riesgos demasiado rígida por parte de la Comunidad Europea.¹³¹ En definitiva, las reservas “socioeconómicas” contra los productos genéticamente modificados (como alimentos y semillas) no son adecuadas para satisfacer estándares racionales de justificación de prohibiciones a la importación y restricciones comerciales en el sentido del Acuerdo-MSF.¹³²

¹²⁷ Informe del Grupo Especial *Japón – Medidas que afectan a la importación de manzanas*, WT/DS 245 (2003), núm. 8.92 f.

¹²⁸ *Ibid.*, núm. 8.198 f.; Informe del Órgano de Apelación en el mismo asunto, núm. 163.

¹²⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Medidas que afectan a los productos agropecuarios*, WT/DS 76/AB/R (1998), núm. 92.

¹³⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Japón – Medidas que afectan a la importación de manzanas*, WT/DS 245 (2003), núm. 179.

¹³¹ Covelli, N., Hohots, V.: “The Health Regulation of Biotech Foods under The WTO Agreements”, *Journal of International Economic Law*, 2003, pp. 773 ss.

¹³² V., por ejemplo, Herdegen, M.: “Biotechnology and Regulatory Risk Assessment”, Bermann, G., Herdegen,

En el asunto *Comunidades Europeas – Medidas afectando la aprobación y el mercadeo de productos biotecnológicos*, los Estados Unidos y otros Estados incoaron un procedimiento de solución de diferencias contra la moratoria de la Comunidad Europea (de 1998 a 2004), respecto a la aprobación de alimentos genéticamente modificados que equivalía a una prohibición absoluta a la importación.¹³³ Los Estados Unidos, además, consideraban el Reglamento relativo a alimentos y piensos genéticamente modificados, así como el Reglamento relativo a la trazabilidad y al etiquetado de alimentos y piensos producidos a partir de organismos genéticamente modificados,¹³⁴ como restricciones al comercio que carecían de fundamento científico y que eran, por ende, injustificadas. El informe del grupo especial competente concluyó que esta moratoria *de facto* a la aprobación de productos biotecnológicos entraba en el campo de aplicación del Acuerdo SPS, tal como lo define su Anexo A, numeral 1. Sin embargo, el grupo no clasificó la moratoria como “medida” restrictiva del comercio en el sentido del Anexo A, numeral 1, sino que constató una infracción al deber de garantizar un procedimiento sin demoras indebidas en el sentido del Artículo 8 y el Anexo C, numeral 1, letra a, del Acuerdo SPS. Al respecto, el grupo resaltó que una moratoria no puede suplantar la apreciación de riesgos exigida por el Acuerdo,¹³⁵ y que el principio de cautela no puede neutralizar el deber de garantizar un procedimiento rápido.¹³⁶

9. Acuerdo sobre obstáculos técnicos al comercio

Bibliografía recomendada: Wolfrum, R., Stoll, P.T., Seibert-Fohr, A.: *WTO – Technical Barriers and SPS Measures*, 2007.

93

Otros límites a posibles restricciones del comercio se encuentran en el Acuerdo sobre obstáculos técnicos al comercio (Acuerdo OTC). El Acuerdo OTC abarca “reglamentos técnicos”, por ejemplo, relativos al etiquetaje y normas relativas a la producción (Anexos 1 y 2). Los reglamentos técnicos están sujetos al principio de no discriminación y al de trato de la nación más favorecida (art. 2.1 Acuerdo OTC). Además, el Acuerdo prohíbe restricciones excesivas, es decir, no justificadas por objetivos legítimos derivados del interés general (art. 2.2). Entre los objetivos legítimos de los reglamentos técnicos están, según el Acuerdo OTC, entre otros, “los imperativos de la seguridad nacional; la prevención

M., Lindseth, P. (eds.): *Transatlantic Regulatory Cooperation*, 2001, pp. 301 ss.; id.: “Risiken für Umwelt und Gesundheit im Spannungsfeld nationaler und internationaler Regulierungsphilosophien”, Breuer, R. (ed.): *Regelungsmaßstab und Steuerungskraft des Umweltrechts, Recht der Wasser- und Energiewirtschaft*, 27/ 2000, pp. 61 ss.

¹³³ Informe del Grupo Especial *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, WT/DS 291 (2006).

¹³⁴ V. *infra*, tema 8, nota al margen 7.

¹³⁵ Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, WT/DS 291 (2006), núm. 7.1517.

¹³⁶ *Ibid.*

de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente”.

Las normas técnicas en el sentido del Acuerdo OTC constituyen una amenaza mucho menor al comercio internacional que las restricciones contempladas en el Acuerdo-MSF, las cuales bloquean por completo el acceso de los productos al mercado. Este hecho justifica un mayor margen de acción para los miembros de la OMC, a la hora de erigir obstáculos técnicos al comercio. 94

La toma en consideración de normas internacionales prescrita por el Artículo 2.4 Acuerdo-OTC tiene una relevancia particular, ya que limita los márgenes nacionales de acción:

Cuando sean necesarios reglamentos técnicos y existan normas internacionales pertinentes o sea inminente su formulación definitiva, los Miembros utilizarán esas normas internacionales, o sus elementos pertinentes, como base de sus reglamentos técnicos, salvo en el caso de que esas normas internacionales o esos elementos pertinentes sean un medio ineficaz o inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos, por ejemplo a causa de factores climáticos o geográficos fundamentales o problemas tecnológicos fundamentales.

En este contexto, las normas técnicas de la Comisión *Codex Alimentarius* tienen gran relevancia, porque sirven de directrices para los reglamentos imperativos de carácter técnico de los miembros de la OMC.¹³⁷ 95

Las normas internacionalmente reconocidas sirven como directrices y estándares de referencia, incluso cuando son más recientes que los reglamentos estatales en cuestión. El Órgano de Apelación confirmó este carácter dinámico de los estándares internacionales en el Asunto-Sardinias (*Comunidades Europeas – Denominación comercial de sardinias*),¹³⁸ confirmando el informe del grupo especial. Ello significa que los miembros de la OMC tienen que ajustar sus reglamentos técnicos a las exigencias de nuevas normas internacionales, incluso con efecto retroactivo, para evitar divergencias injustificables con éstas últimas. 96

10. El GATS

Bibliografía recomendada: Delimatsis, P.: *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency and Regulatory Diversity*, 2008; Matoo, A., Stern, R. M., Zanini, G.: *A Handbook of International Trade in Services*, 2007; Krajewski, M.:

¹³⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas – Denominación comercial de sardinias*, WT/DS 231/AB/R (2002), núm. 217 ss.

¹³⁸ *Ibid.*, núm. 205.

National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy, 2003; Reinold, T.: *Der Handel mit Bildungsdienstleistungen nach dem GATS*, 2009; Wolfrum, R., Stoll, P. T., Feinaugle, C.: *WTO – Trade in Services*, 2008.

97 El GATS se aplica a las medidas adoptadas por los miembros (art. I.1) que afecten al comercio de servicios (art. I.2), y cubre toda clase de servicios en todos los sectores excepto “los servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales” (art. I.3, letra b).

El GATS contiene una obligación general de trato de la nación más favorecida (art. II.1). Las excepciones al art. II están enumeradas en un anexo al GATS. De manera similar al GATT, el GATS contiene una excepción al trato de la nación más favorecida respecto a acuerdos que liberalicen aun más el comercio de servicios (art. V).

Varios preceptos importantes del GATT tienen un ámbito de aplicación limitado, porque sólo son aplicables en el marco de compromisos “específicos” contraídos por los miembros en determinados sectores de servicios (como, por ejemplo, servicios de telecomunicaciones).¹³⁹ Este grupo abarca preceptos de reglamentación nacional de carácter general (art. VI.1, 3, 5 y 6), así como compromisos en cuanto al libre acceso a mercados (art. XVI) y de trato nacional (art. XVII). Además, el GATS prevé un régimen excepcional para algunos sectores (como la industria cinematográfica, los servicios financieros o la navegación).

Algunas obligaciones prohíben hasta restricciones no discriminatorias (por ejemplo, en cuanto a títulos de aptitud, normas técnicas y prescripciones en materia de licencias, arts. VI:4 y 5 GATS).

En cambio, el Artículo XIV GATS establece excepciones (es decir, posibilidades de imponer restricciones) con carácter general:

A reserva de que las medidas enumeradas a continuación no se apliquen en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre países en que prevalezcan condiciones similares, o una restricción encubierta del comercio de servicios, ninguna disposición del presente Acuerdo se interpretará en el sentido de impedir que un Miembro adopte o aplique medidas:

- a) necesarias para proteger la moral o mantener el orden público;
- b) necesarias para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales o para preservar los vegetales;
- c) necesarias para lograr la observancia de las leyes y los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo, con inclusión de los relativos a:

¹³⁹ Mathews, B.: *The WTO Agreements on Telecommunications*, 2003.

- i) la prevención de prácticas que induzcan a error y prácticas fraudulentas o los medios de hacer frente a los efectos del incumplimiento de los contratos de servicios;
 - ii) la protección de la intimidad de los particulares en relación con el tratamiento y la difusión de datos personales y la protección del carácter confidencial de los registros y cuentas individuales;
 - iii) la seguridad;
- d) incompatibles con el artículo XVII, siempre que la diferencia de trato tenga por objeto garantizar la imposición o la recaudación equitativa o efectiva de impuestos directos respecto de los servicios o proveedores de servicios de otros Miembros;
- e) incompatibles con el artículo II, siempre que la diferencia de trato resulte de un acuerdo destinado a evitar la doble imposición o de las disposiciones destinadas a evitar la doble imposición contenida en cualquier otro acuerdo o convenio internacional que sea vinculante para el Miembro.

En cuanto a medidas para proteger la moral o el orden público (art. XIV, letra a GATS), los miembros gozan de un amplio margen de apreciación para tomar en consideración valores y opiniones sociales prevalentes en sus poblaciones.¹⁴⁰

Los miembros sólo pueden invocar la excepción de orden público cuando “se plantee una amenaza verdadera y suficientemente grave para uno de los intereses fundamentales de la sociedad” (nota al art. XIV, letra a GATS).

Para ser admisibles, las restricciones al comercio de servicios siempre deben ser proporcionadas a, y justificadas de acuerdo con, los intereses mencionados en el artículo XIV. Ello implica en cada caso una ponderación de los intereses afectados, así como la comparación entre la medida restrictiva del comercio por un lado, y alternativas menos incisivas, por el otro.¹⁴¹

En el asunto *China – Publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento*, el Órgano de Apelación se ocupó de medidas impuestas por la República Popular de China para proteger la moral pública respecto de la importación de medios impresos y productos audiovisuales de esparcimiento. En el sistema atacado por los Estados Unidos, no sólo el control del contenido, sino también la importación, estaban en manos de empresas estatales chinas. El Órgano de Apelación consideró que un monopolio de la importación es una medida desproporcionada, porque existen alternativas menos incisivas (importa-

¹⁴⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, WT/DS 285/AB/R (2005), num. 299; Informe del Grupo Especial, WT/DS285/R (2004), núm. 6.461 ss.

¹⁴¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, WT/DS 285/AB/R (2005), núm. 306 ss.; Informe del Órgano de Apelación, *China – Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento*, WT/DS 363/AB/R (2009), núm. 244 ss.

ción también por parte de empresas privadas, posiblemente con participación extranjera, mientras el control del contenido queda en manos del Estado).¹⁴²

98 La obligación de abrir los mercados que resulta de la prohibición de restricciones cuantitativas en el Artículo XVI. 2 del GATS es de gran relevancia:

En los sectores en que se contraigan compromisos de acceso a los mercados, las medidas que ningún Miembro mantendrá ni adoptará, ya sea sobre la base de una subdivisión regional o de la totalidad de su territorio, a menos que en su Lista se especifique lo contrario, se definen del modo siguiente:

- a) limitaciones al número de proveedores de servicios, ya sea en forma de contingentes numéricos, monopolios o proveedores exclusivos de servicios o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas;
- b) limitaciones al valor total de los activos o transacciones de servicios en forma de contingentes numéricos o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas;
- c) limitaciones al número total de operaciones de servicios o a la cuantía total de la producción de servicios, expresadas en unidades numéricas designadas, en forma de contingentes o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas;
- d) limitaciones al número total de personas físicas que puedan emplearse en un determinado sector de servicios o que un proveedor de servicios pueda emplear y que sean necesarias para el suministro de un servicio específico y estén directamente relacionadas con él, en forma de contingentes numéricos o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas;
- e) medidas que restrinjan o prescriban los tipos específicos de persona jurídica o de empresa conjunta por medio de los cuales un proveedor de servicios puede suministrar un servicio; y
- f) limitaciones a la participación de capital extranjero expresadas como límite porcentual máximo a la tenencia de acciones por extranjeros o como valor total de las inversiones extranjeras individuales o agregadas.

En el asunto *Estados Unidos – Juegos de Azar*,¹⁴³ el Órgano de Apelación consideró que la prohibición completa de ciertos servicios, al constituir un “contingente cero”, entra en la categoría de “contingentes numéricos”.

¹⁴² Informe del Grupo Especial, *China – Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento*, WT/DS363/R (2009), núm. 7.868; Informe del Órgano de Apelación en el mismo asunto, WT/DS 363/AB/R (2009), núm. 250 ss.

¹⁴³ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, WT/DS 285/AB/R (2005); hierzu der Beitrag von J. Trachtman, AJIL 99 (2005), pp. 861 ss.

El asunto se remonta a una demanda del pequeño Estado de Antigua y Barbuda contra leyes federales de los Estados Unidos que declaraban radicalmente ilegal todo servicio transfronterizo de juegos de azar y apuestas en todo el mercado estadounidense.

El Órgano de Apelación extendió la regla sobre contingentes numéricos del Artículo XVI.2, letras a y c GATS a las restricciones absolutas de acceso al mercado:

Así pues, por ‘contingente numérico’, en el párrafo 2 a) del artículo XVI, parece entenderse un límite cuantitativo al número de proveedores de servicios. El hecho de que el término ‘numérico’ abarque cosas que ‘tienen las características de un número’ sugiere que las limitaciones ‘en forma de contingente numérico’ abarcarían las limitaciones que tienen las características de un número aunque de por sí no lo sean. Puesto que el cero es *cuantitativo* por naturaleza, en nuestra opinión se puede considerar que tiene las ‘características de’ un número, es decir, que es ‘numérico’ (núm. 227).

Ente los compromisos específicos contraídos por los miembros de la OMC con respecto a determinados sectores, los referidos a las telecomunicaciones son de particular relevancia (Anexo sobre telecomunicaciones y catálogos de compromisos específicos de los Miembros). 99

Destacan las obligaciones para garantizar el acceso de proveedores de otros miembros a redes y servicios públicos de telecomunicaciones. Para facilitar dicho acceso, el Anexo sobre telecomunicaciones exige “términos y condiciones razonables y no discriminatorios” (párrafo 5, letra a), así como el permiso de conectar equipos terminales e interconectar circuitos privados (párrafo 5, letra b).

Los catálogos que contienen los compromisos específicos remiten a unos denominados “documentos de referencia”, que especifican en mayor detalle los compromisos contraídos. Incluyen también compromisos de abstenerse de ciertas prácticas que restrinjan la competencia. De ahí que una función (aunque sea muy limitada) del Derecho de la OMC sea proteger la competencia.

En el asunto *México – Medidas que afectan a los servicios de telecomunicaciones*,¹⁴⁴ un informe del grupo especial constató, por primera vez, una infracción a los preceptos relativos a la competencia del GATS. Se descubrió un pacto colusorio, entre el ente regulador de las telecomunicaciones de México y la empresa más grande de telecomunicaciones del país, Telmex, con respecto a la determinación de las tarifas para llamadas entrantes originadas en el exterior. Este pacto tenía el efecto de restringir la competencia: mientras Telmex fijaba las tarifas para todos los proveedores extranjeros, los demás proveedores domésticos no podían cobrarles tarifas más bajas, y tampoco podían exceder las cuotas de llamadas entrantes asignadas a ellos, que se fijaban en función de la cuantía de las llamadas

¹⁴⁴ Informe del Grupo Especial *México — Medidas que afectan a los servicios de telecomunicaciones*, WT/DS 204/R (2004); al respecto, Fox, E.: “The WTO’s First Antitrust Case – Mexican Telecom: A Sleeping Victory for Trade and Competition”, *JIEL* 9/(2006), pp. 271 ss.

al extranjero que realizaban sus usuarios. Este sistema de fijación de tarifas equivalía a un cártel que consolidaba y petrificaba las cuotas del mercado. En este asunto, que tiene carácter de precedente, el Derecho de la OMC puso límites a la mezcla entre regulación estatal y actividad empresarial privada. Según el informe del grupo especial, México no sólo había cometido una infracción a los compromisos contraídos en virtud del Anexo sobre telecomunicaciones (párrafo 5, letras a y b), sino que, además, había violado sus compromisos contenidos en su Documento de Referencia, referidos a tomar medidas adecuadas para impedir comportamientos anticompetitivos por parte de proveedores dominantes y a asegurar que las tarifas para la interconexión se orienten en los costes:

(...) c) México no ha cumplido las obligaciones dimanantes del párrafo a) de la sección 5 del Anexo sobre Telecomunicaciones del AGCS, ya que no ha asegurado el acceso a las redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones y la utilización de los mismos, en términos razonables, a los proveedores de servicios de los Estados Unidos para el suministro transfronterizo, sobre la base de infraestructura situada en México, de los servicios de telecomunicaciones básicas en cuestión;

d) México no ha cumplido las obligaciones dimanantes del párrafo b) de la sección 5 del Anexo sobre Telecomunicaciones del AGCS, ya que no se ha asegurado de que las comercializadoras de los Estados Unidos, cuya presencia comercial en México se ha comprometido a permitir, tengan acceso a circuitos privados arrendados dentro del territorio mexicano o a través de sus fronteras, y de que se les permita interconectar estos circuitos a redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones o con circuitos de otros proveedores de servicios.

11. Aplicación interna del Derecho de la OMC

Bibliografía recomendada: Danwitz, Th. v.: “Der EuGH und das Wirtschaftsvölkerrecht – ein Lehrstück zwischen Europarecht und Politik”, *JZ*, 2001, pp. 721 ss.; Ehlermann, C.-D.: “Die innergemeinschaftliche Anwendung von Regeln des GATT in der Praxis der EG”, Hilf, M., Petersmann, E. –U. (ed.): *GATT und Europäische Gemeinschaft*, 1986, pp. 203 ss.; Hilf, M.: “Die Anwendung des GATT im deutschen Recht”, Hilf, M., Petersmann, E. –U. (ed.): *op. cit.*, pp. 11 ss.; Hudec, R. E.: “Das GATT in der Rechtsordnung der Vereinigten Staaten von Amerika”, Hilf, M., Petersmann, E. –U. (ed.): *op. cit.*, pp. 243 ss.; Sauer, H.: “Die innergemeinschaftlichen Wirkungen von WTO-Streitbeilegungsentscheidungen – Begriffliche und dogmatische Klärungen”, *EuR* 2004, pp. 463 y ss.

- 100 Por lo general, en el Derecho de los Estados parte, no se reconoce efecto directo a las normas del GATT. Esto significa que los particulares no pueden invocar las reglas del GATT ni ante los órganos administrativos, ni ante los tribunales nacionales, así como tampoco hacer valer ante ellos sus vulneraciones.

Asimismo, el TJUE rechaza, en principio, la eficacia directa del GATT en el Derecho de la Unión Europea; de tal forma que la Unión Europea está obligada por el GATT, pero los particulares o las empresas, en principio, no pueden alegar que las medidas de las instituciones de la Unión han violado el GATT.¹⁴⁵ El Tribunal de Justicia fundamenta esta posición restrictiva en la imprecisión de las reglas generales del GATT y en la previsión de mecanismos especiales de solución de diferencias sobre las obligaciones derivadas del Acuerdo. Otro argumento más es la remisión a la práctica de otros Estados miembros (reciprocidad).

En el Asunto-Bananos, el TJUE tuvo la oportunidad de poner a prueba su posición esencialmente contraria a la invocación de preceptos del GATT como criterio de análisis de las actuaciones de las instituciones de la Unión Europea.¹⁴⁶

En este caso, se trataba de restricciones masivas a la importación de bananos procedentes de Estados terceros, para favorecer la venta de los procedentes de determinados Estados miembros de la Unión Europea y de los Estados ACP (Estados de Asia, Caribe y Pacífico vinculados a la Comunidad Europea en el marco de una asociación para el desarrollo). Esta restricción a la importación afectaba especialmente a los países productores de bananos de América Central y América Latina (se utilizaban aranceles extraordinariamente elevados para importaciones que superaran una determinada cuota) y produjo una subida generalizada de los precios, principalmente en Alemania. En el marco de un recurso de anulación, el Gobierno alemán alegó que las medidas proteccionistas de prohibición de las importaciones vulneraban los principios del GATT (violación del principio de la nación más favorecida del artículo I, de los compromisos arancelarios del artículo II y del mandato de trato nacional del artículo III).¹⁴⁷ El TJUE rechazó la posibilidad de analizar los reglamentos comunitarios recurridos a la luz de los preceptos del GATT y alegó para ello el argumento –poco convincente– de que los preceptos del GATT no tienen carácter incondicional. Con razón, esta decisión ha sido objeto de severas críticas.

Según una decisión del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC de septiembre de 1997, dentro de esta pugna en relación con la importación de bananos,¹⁴⁸ la Unión Europea vulneró diversos preceptos del GATT (art. I y II. 4) y, a través de la regulación discriminatoria de procedimientos de importación y comercialización, también el GATS

¹⁴⁵ TJUE, As. 21-24/72, *International Fruit Company, Rec.*, 1972, p. 1219 (1227 ss.).

¹⁴⁶ TJUE, As. C-280/93, *Bananos, Rec.* 1994, I-4973; al respecto, v. por ejemplo Beneyto, J. M.: “Direct Effect of the New Dispute Settlement System?”, *EuZW*, 1996, pp. 295 ss.; Everling, U.: “Will Europe Slip on Bananas? The Bananas Judgment of the Court of Justice and National Courts”, *Common Market Law Review*, 33/1996, pp. 401 ss.

¹⁴⁷ En el marco de una diferencia bajo el GATT, un Grupo Especial constató una infracción contra preceptos del mismo, v. Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas – Régimen de importación del banano (“Banano II”)*, WT/DS 38/R (1994), al respecto Hahn, M. J., Schuster, G.: “Zum Verstoß von gemeinschaftlichem Sekundärrecht gegen das GATT”, *EuR*, 1993, pp. 261 ss.

¹⁴⁸ Informe del Grupo Especial, *Comunidades Europeas – Régimen de la importación, venta y distribución de bananos*, WT/DS 27/R (1997), ILM, 37/1998, pp. 243 ss.; al respecto Meier, G.: “Der Endbericht der WTO-Panels im Bananenrechtsstreit”, *EuZW*, 1997, pp. 566 ss.

(el principio de la nación más favorecida del Artículo II GATS y el principio de trato nacional del artículo XVII).

- 102 La expectativa de que el TJUE modificara su jurisprudencia tras la entrada en vigor de la nueva ordenación del comercio mundial con el nuevo régimen de la OMC y el procedimiento de solución de diferencias no se ha cumplido hasta el momento.¹⁴⁹ En el Preámbulo a la Decisión sobre la celebración de los tratados de comercio mundial,¹⁵⁰ el Consejo de la Unión Europea rechazó rotundamente la aplicabilidad directa del Derecho de la OMC, sustentándose en la jurisprudencia del TJUE y considerando: “que por su propia naturaleza el Acuerdo por el que se crea la Organización Mundial del Comercio, incluidos sus Anexos, no puede ser invocado directamente ante los Tribunales comunitarios y de los Estados miembros”.

No obstante lo anterior, el TJUE debería aceptar la aplicabilidad del Derecho de la OMC, por lo menos a medida que determinadas reglas de la OMC sean concretadas a través de decisiones vinculantes del Órgano de Solución de Diferencias. Pero, incluso para estos casos, el TJUE se empeña en una negación sin matices.

El TJUE ha mostrado hasta el momento una sorprendente falta de sensibilidad respecto de la vinculación de la Unión Europea a las obligaciones de Derecho internacional derivadas del sistema GATT/OMC. También es llamativo que ni siquiera los Estados miembros de la Unión Europea, en su capacidad de Estados parte del GATT/OMC, puedan obligar al TJUE a controlar la observancia de las obligaciones derivadas de esos Acuerdos (en el marco de un recurso de anulación).

- 103 En el asunto *van Parys*, el TJUE se negó a revisar un precepto del Derecho derivado de la Comunidad Europea sobre la organización del mercado común de los bananos a la luz del Derecho de la OMC, aun cuando el plazo prudencial para implementar las recomendaciones del Órgano de Solución de Diferencias en el sentido del Artículo 21.3 del Entendimiento sobre la Solución de Diferencias ya había expirado. Para justificar su decisión, el TJUE remitió a la posibilidad abierta a las partes, de que solucionen sus diferencias sobre el significado y contenido del deber de implementar recomendaciones y las contramedidas admisibles a través de una solución negociada.¹⁵¹ La solución del TJUE, de remitir al Derecho internacional público para el arreglo de conflictos, puede sustentarse en la *praxis* de los mecanismos de solución de diferencias, que suelen implicar disputas de larga duración sobre cómo las medidas discutidas deben ser conformes con el Derecho de la OMC. Sin embargo, este punto de vista descuida el hecho de que las

¹⁴⁹ El TJUE sigue manteniendo una posición restrictiva en su nueva doctrina: As. C-149/96, *Portugal c. Consejo*, Rec., 1999, p. I-8395, núms. 25 ss; As. C-307/99, *OGT Fruchthandelgesellschaft*, Rec., 2001, p. I-3159, n. marg. 22 y ss. En ellas, el TJUE establece que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros deben rechazar la eficacia directa de las normas de la OMC. En cuanto a la aplicación conforme con los Acuerdos de la OMC del Derecho procesal nacional, v.: TJUE, As. C-300/98 – *Parfums Christian Dior*, Rec., 2000, p. I-11307.

¹⁵⁰ DOCE 1994 L 336, p. 1.

¹⁵¹ TJUE, As. C-377/02, *van Parys*, Rec. 2005, I-1465, n. marg. 45 ss.

contramedidas no dispensan de las obligaciones primarias establecidas en el Derecho de la OMC (art. 22.1, primera frase, del Entendimiento), y que el nivel de la suspensión de concesiones se rige también por el grado de la anulación o menoscabo del Tratado (art. 22.4 del Entendimiento).

De todos modos, el TJUE ha reconocido efecto directo a algunas disposiciones de procedimiento del Acuerdo-TRIPS, sin que por ello haya cambiado su posición esencial en relación con el Derecho de la OMC. De ahí la exigencia impuesta por el TJUE en el asunto *Dior*, de que los tribunales de los Estados miembros de la Unión Europea tomen en consideración el Artículo 50 del ADPIC, al conceder medidas provisionales para proteger la propiedad intelectual: 104

Por lo que respecta a los ámbitos en los que se aplica el Acuerdo ADPIC y en los que la Comunidad ya ha legislado, como es el caso de las marcas (...) se desprende que, en virtud del Derecho comunitario, las autoridades judiciales de los Estados miembros están obligadas, cuando han de aplicar sus normas nacionales para ordenar medidas provisionales con objeto de proteger los derechos pertenecientes a dicho ámbito, a hacerlo, en la medida de lo posible, a la luz del tenor literal y de la finalidad del Artículo 50 del Acuerdo ADPIC.¹⁵²

Desde hace mucho tiempo, los tribunales estadounidenses también se muestran reacios a la invocación del GATT como instrumento de control interno de medidas de política económica.¹⁵³ La ratificación del nuevo sistema GATT por parte del Congreso de Estados Unidos se ligó a la formulación, extraordinariamente problemática, según la cual las normas del GATT no eliminan el Derecho nacional existente. Estas posiciones restan fuerza normativa al sistema GATT. 105

Rigen entonces ciertas especialidades si un precepto nacional (o una disposición del Derecho de la Unión Europea) realiza una remisión al GATT o a otro instrumento del Derecho de la OMC y permite a los particulares invocar el GATT judicialmente. Este tipo de reglas existe tanto en el Derecho de la Unión Europea, como en el Derecho estadounidense. Se trata de instrumentos de Derecho procesal, a través de los cuales las violaciones del GATT por parte de otros Estados, o las cláusulas de salvaguardia a favor de la propia industria, pueden hacerse valer ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Un procedimiento de este tipo se prevé en el Derecho estadounidense, en la Sección 301 del *Trade Act* de 1974. Este precepto permite a las empresas privadas, sobre la base de una ley, poner en entredicho determinadas medidas gubernamentales.¹⁵⁴ 106

¹⁵² TJUE, As. C-300/98 y C-392/98, *Parfums Christian Dior*, Rec. 2000, I-11 307, n. marg. 47; v. también TJUE, As. C-53/96, *Hermès International*, Rec. 1998, I-3603.

¹⁵³ Sudamérica de Aleaciones Laminadas, C. A. c. Estados Unidos, 966, F.2d 660 (Fed. Cir. 1992).

¹⁵⁴ En cuanto a esta posibilidad y otras similares, conforme al Derecho americano, v.: Bhagwati, J. N., Patrick, H.

107 El homólogo europeo de esta clase de mecanismos es el Reglamento (CE) 3286/1994 sobre obstáculos al comercio,¹⁵⁵ que constituye el “nuevo instrumento de política comercial” de la Comunidad Europea (Reglamento 2641/84/CEE).¹⁵⁶ En virtud del mismo, los productores domiciliados en la Unión Europea o un Estado miembro pueden presentar una denuncia a la Comisión, para conseguir que la Unión Europea adopte medidas contra las prácticas comerciales de terceros Estados que den lugar a obstáculos contrarios a normas convencionales internacionales (artículos 3.1 y 4.1 en relación con el artículo 2.1 del Reglamento).

En un primer momento, se discutía si un denunciante privado podía invocar el GATT ante el TJUE, cuando la Comisión rechazara la existencia de una contravención del mismo y, por ello, se negara a intervenir.

En el asunto *Fediol III* de 1989, el Tribunal de Justicia afirmó que el denunciante individual tiene derecho a recurrir ante el TJUE la decisión negativa de la Comisión, para que se examine si la medida de un tercer Estado denunciada es compatible con el GATT.¹⁵⁷ Es cierto que, en principio, los ciudadanos comunitarios no pueden alegar directamente preceptos del GATT. No obstante, la remisión del Artículo 2.1 del Reglamento 2641/84 a las normas comerciales internacionales incluiría también el GATT.

Además, el Tribunal de Justicia examinó la compatibilidad del Reglamento *anti-dumping* del Consejo con el Código *Antidumping* de 1979, y estableció al respecto que los propios considerandos del Reglamento se refieren a dicho Código.¹⁵⁸

12. Solución de diferencias

Bibliografía recomendada: Bronckers, M., van den Broek, N.: “Financial Compensation in the WTO: Improving the Remedies of WTO Dispute Settlement”, *Journal of Economic Law*, 8/2005, pp. 101 y ss.; Cottier, T.: “Dispute Settlement in the World Trade Organization: Characteristics and structural implications for the European Union”, *Common Market Law Review*, 35/1998, pp. 325 ss.; Gouhua, Y., Mercurio, B., Yong, L., Yang, G., Li, Y.: *WTO Dispute Settlement Understanding: A Detailed Interpretation*, 2005; Hsu, L.: “Non-violation complaints – World Trade Organization Issues and Recent Free Trade Agreements”, *JWT* 39/2005, pp. 205 y ss.; Jürgensen, T.: “Crime and Punishment: Retaliation under the World Trade Organization Dispute Settlement System”, *JWT* 39/2005, pp. 327 y ss.; Mavroidis, P.C.: “No Outsourcing of Law? WTO Law as Practiced by WTO Courts”, *AJIL* 102/2008, pp. 412 y ss.; Pescatore, P., Stewart, T. P.,

C. (ed.): *Aggressive Unilateralism: America's 301 Trade Policy and the World Trading System*, 1990; Clubb, B. E.: *United States Foreign Trade Law*, 191, T. 1, pp. 232 ss.; Nettesheim, M.: “Section 301 of the Trade Act of 1974: Response to Unfair Foreign Trade”, Grabitz, E., Bogdandy, A. v. (ed.): *U. S. Trade Barriers: A Legal Analysis*, 1991, pp. 355 ss.

¹⁵⁵ DOCE, 1994, L 349, p. 71.

¹⁵⁶ Al respecto, v.: Berrisch, G. M., Kamann, H. –G.: “Die Handelshemmnis-Verordnung”, *EuZW*, 1999, p. 101.

¹⁵⁷ TJUE, As. 70/87, Rec., 1989, p. 1781 (pp. 1830 ss.).

¹⁵⁸ TJUE, As. C-69/89, Nakajima, Rec., 1991, p. 2069 (pp. 2177 ss.).

Dwyer, A.: *Handbook of WTO/GATT Dispute Settlement* (tres tomos), 2007; Petersmann, E. –U.: *The GATT/WTO Dispute Settlement System*, 1997; Sauer, H.: “Die innergemeinschaftlichen Wirkungen von WTO-Streitbelegungsentscheidungen – Begriffliche und dogmatische Klärungen”, *EuR* 2004, pp. 463 y ss.; Schollendorf, K.: *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge in der Spruchpraxis des Appellate Body der Welthandelsorganisation (WTO)*, 2005; Schwartzmann, R.: *Private im Wirtschaftsvölkerrecht*, 2005; Vázquez, C. M., Jackson, J. H.: “Some Reflections on Compliance with WTO Dispute Settlement Decisions”, *Law and Policy in International Business*, vol. 33/2002, pp. 555 ss.; Vranes, E.: “Principles and Emerging Problems of WTO Cross Retaliation”, *EuZW*, 2001, pp. 10 ss.; Wolfrum, R., Stoll, P. T., Kaiser, K.: *WTO Institutions and Dispute Settlement*, 2006; World Trade Organisation (ed.): *A Handbook on the WTO Dispute Settlement System*, 2004.

Como mecanismos de solución de diferencias, el GATT prevé, por una parte, la celebración de consultas conforme al artículo XXII y, por otra, el procedimiento de solución de diferencias del artículo XXIII, al cual los Estados parte le han otorgado, más allá del parco texto legal, características similares a las de un tribunal arbitral. Los dos procedimientos no están necesariamente interrelacionados, sino que se sitúan uno al lado del otro. Hasta ahora, la solución de diferencias del GATT tenía como objetivo, en primer término, lograr el acuerdo entre las partes y no la adopción de una decisión cuasijudicial. En este punto, se ha producido una reforma fundamental en el sistema de solución de diferencias como consecuencia de la nueva OMC. 108

Según el modelo original, en virtud del Artículo XXIII del GATT, la solución de la diferencia quedaba, en última instancia, en manos de los Estados miembros representados en el Consejo. En un momento bastante temprano de la historia del GATT, el Consejo procedió a encomendar esta tarea a un grupo de expertos (*panel*), que elaboraría un informe previo, el así denominado Informe del grupo especial. El grupo especial se componía, por regla general, de tres destacados especialistas independientes. El informe del grupo especial como tal sólo tenía el carácter de una recomendación y no producía efectos jurídicos. Si los Estados parte lo adoptaban, este informe se convertía en Derecho secundario del GATT. Para decidir sobre esta adopción, las partes en conflicto también tenían derecho a votar. Aunque la adopción de un informe requería una mayoría simple entre los Estados parte (art. XXV. 4), en la práctica, esta decisión se alcanzaba por consenso. Algunos informes no se adoptaban formalmente, sino que solamente se divulgaban. Lo habitual era que los informes cuya fundamentación resultaba evidente fueran adoptados. 109

Cuando una de las partes del conflicto no cumplía con una recomendación del informe, los Estados miembros podían autorizar a uno o más de ellos a suspender el cumplimiento de otra obligación resultante del Acuerdo General (art. XXIII). 110

El Entendimiento relativo a las Normas y los Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias (*Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*) 111

constituye uno de los elementos esenciales de la reforma del sistema GATT en la Ronda Uruguay. Para administrar las normas de este Entendimiento, se estableció, en primer término, un Órgano de Solución de Diferencias (OSD o *Dispute Settlement Body - DSB*) que se encuadra en el sistema de la OMC (art. 2.1 del Entendimiento). Entre las competencias de este Órgano se encuentra la constitución de los grupos especiales, la admisión de las solicitudes para la solución de diferencias, el control y seguimiento de las decisiones y las recomendaciones y, en último lugar, como sanción al incumplimiento de los tratados por parte de un miembro, la autorización a alguno de los otros Estados miembros de suspender el cumplimiento de determinadas obligaciones (art. 2.1).

112 Modificaciones esenciales de Derecho procesal son el extraordinariamente simplificado procedimiento de adopción de las recomendaciones de los grupos especiales, así como la introducción de una apelación. Además, la duración del procedimiento se acorta. Los informes de los grupos especiales deben ser adoptados dentro de los sesenta días siguientes desde su aprobación, en una sesión del OSD. En esta sede, la aplicación del principio del consenso se invierte, a favor de la aceptación: el informe se considera adoptado a menos que una de las partes de la controversia plantee formalmente apelación, o que el OSD decida por consenso no adoptarlo (art. 16. 4 del Entendimiento).

113 Con el fin de revisar los informes de los grupos especiales se creó un Órgano de Apelación de carácter permanente (art. 17 del Entendimiento). Los informes que emita este Órgano serán adoptados por el OSD, salvo que se decida, por consenso y en el plazo de treinta días, no aprobarlos (art. 17.14). Las partes deben cumplir sin reserva los informes que hayan sido adoptados. El período comprendido entre la fecha de establecimiento del grupo especial y la fecha en que el OSD examina el informe de éste (o del Órgano de Apelación) no debe durar, por regla general, más de nueve meses (o doce cuando se haya interpuesto apelación) (art. 20.1).

El Órgano de Apelación ha admitido la posibilidad de tomar en consideración informes presentados por personas naturales y jurídicas, así como por organizaciones no gubernamentales (ONGs), en calidad de *amicus curiae*. Algunos miembros de la OMC han duramente criticado esta práctica.¹⁵⁹

114 Cuando un grupo especial o el Órgano de Apelación, al controlar una medida impugnada, llegan a la conclusión de que ésta es incompatible con un Acuerdo-OMC incluido en el Entendimiento, han de recomendar que el correspondiente miembro ponga la medida en conformidad con el Acuerdo en cuestión (art. 19.1, primera frase, del Entendimiento). Además de formular recomendaciones, los grupos especiales o el Órgano de Apelación pueden sugerir la forma en que el miembro afectado podrá aplicarlas (art. 19.1, segunda frase, del Entendimiento).

¹⁵⁹ Schwartmann, R.: *Private im Wirtschaftsvölkerrecht*, 2005, pp. 428 ss.

Dentro de un plazo de 30 días a partir de la adopción del informe del grupo especial, el miembro al que se dirijan las recomendaciones del Órgano de Solución de Diferencias, tiene que explicar sus propósitos de cómo aplicarlas (art. 21.3, primera frase, del Entendimiento). En caso de que no sea factible cumplir las recomendaciones y resoluciones de inmediato, el miembro afectado dispondrá de un plazo prudencial para hacerlo (art. 21.3, segunda frase, del Entendimiento). El plazo prudencial es uno de los sugeridos por el miembro afectado, si el Órgano de Solución de Diferencias así lo aprueba; de lo contrario, se determina por acuerdo entre las partes o será determinado por un árbitro (art. 21.3 del Entendimiento).

Las controversias que puedan surgir sobre la aplicación correcta de las recomendaciones 115 serán decididas por el Órgano de Solución de Diferencias (con intervención, si fuera posible, del grupo especial que haya conocido inicialmente del asunto). Por regla general, el informe del grupo especial deberá ser completado dentro de 90 días (art. 21.5 del Entendimiento).

Cuando un Estado miembro no acate las recomendaciones o las resoluciones vinculantes 116 del OSD, el Estado miembro que haya entablado el procedimiento podrá solicitar que se le autorice a tomar contramedidas como, por ejemplo, una compensación o la suspensión al miembro afectado de la aplicación de concesiones y otras obligaciones frente al Estado incumplidor (art. 22 del Entendimiento). La fijación de una compensación presupone el consentimiento del miembro que está en mora (art. 22.1, tercera frase, del Entendimiento).

Al no llegarse a un entendimiento negociado respecto de la compensación dentro de un 117 determinado plazo (20 días después de la expiración del plazo prudencial en el sentido del Artículo 21.3 del Entendimiento), el miembro afectado por la violación del acuerdo puede solicitar la suspensión de sus compromisos convencionales frente al miembro en mora:

Si el Miembro afectado no pone en conformidad con un acuerdo abarcado la medida declarada incompatible con él o no cumple de otro modo las recomendaciones y resoluciones adoptadas dentro del plazo prudencial determinado de conformidad con el párrafo 3 del artículo 21, ese Miembro, si así se le pide, y no más tarde de la expiración del plazo prudencial, entablará negociaciones con cualesquiera de las partes que hayan recurrido al procedimiento de solución de diferencias, con miras a hallar una compensación mutuamente aceptable. Si dentro de los 20 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial no se ha convenido en una compensación satisfactoria, cualquier parte que haya recurrido al procedimiento de solución de diferencias podrá pedir la autorización del OSD para suspender la aplicación al Miembro afectado de concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados (art. 22.2 del Entendimiento).

- 118 La autorización para tomar contramedidas debe ser concedida dentro de los 30 días siguientes a la expiración del plazo prudencial en el sentido del Artículo 21.3 del Entendimiento, a menos que se decida por consenso desestimar la petición (art. 22.6, primera frase, del Entendimiento). Si el miembro afectado impugna las contramedidas autorizadas, la cuestión se someterá a arbitraje ante el mismo grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto, o ante un árbitro nombrado por el Director General (art. 22.6, segunda y tercera frase del Entendimiento).

Es difícil hacer coincidir los plazos previstos para la solución de una diferencia sobre la debida aplicación de las correspondientes recomendaciones en virtud del Artículo 21.5 del Entendimiento, y los plazos del procedimiento para la autorización de contramedidas en virtud del Artículo 22.2 del Entendimiento. De todas maneras, la imposición unilateral de contramedidas, sin previo acuerdo del Órgano de Solución de Diferencias, es inadmisibles, Así lo afirmó este último en la “controversia de los bananos” entre los Estados Unidos y la Comunidad Europea.¹⁶⁰ En la práctica, tanto el procedimiento de solución de diferencias establecido en el Artículo 21.5 del Entendimiento, como el procedimiento de autorización de contramedidas del Artículo 22.2 del Entendimiento, se incoan inmediatamente después de la expiración del plazo prudencial del Artículo 21.3 del Entendimiento. Mientras tanto, un procedimiento con base en el Artículo 22.6 del Entendimiento se suspende hasta la solución de la diferencia conforme al Artículo 21.5 del Entendimiento.

- 119 El Artículo 22.3 del Entendimiento contiene ciertos principios rectores para la suspensión de concesiones y otras obligaciones. La idea rectora es preservar la simetría entre las infracciones constatadas y sus contramedidas (letra a). Si la reacción simétrica fuera impracticable, o disminuyera la efectividad de las contramedidas, se ha de permitir también la aplicación de contramedidas a otros sectores cubiertos por el mismo Acuerdo (letra b). Por ejemplo, como respuesta a un incumplimiento del Acuerdo en el sector del automóvil, puede establecerse una sanción en el sector del mantenimiento electrónico. En la escala de sanciones, la más incisiva es la suspensión de concesiones u de otras obligaciones con base en otro Acuerdo, distinto al Acuerdo OMC que hubiera sido infringido. Las contramedidas aplicadas a sectores o Acuerdos distintos de aquellos vulnerados por las infracciones de la otra parte se llaman *cross-retaliation*. Esta posibilidad de imponer sanciones incrementa los riesgos no calculables derivados del incumplimiento de los Acuerdos y debería contribuir a reforzar de forma sustancial la nueva ordenación del comercio mundial. La suspensión de obligaciones a favor del Estado perjudicado no sólo sirve como aliciente de comportamientos conformes al Acuerdo, sino que también persigue –de forma prospectiva– la compensación de la desventaja económica sufrida por la vulneración del Acuerdo.

¹⁶⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Medidas aplicadas a la importación de determinados productos procedentes de las Comunidades Europeas*, WT/DS 165/ AB/R (2000), núm. 93 ss.

De gran trascendencia es la estricta primacía de los nuevos mecanismos de solución de diferencias frente a medidas unilaterales (art. 23 del Entendimiento). Por lo tanto, es inadmisibles que los órganos de un Estado miembro constaten de manera legalmente vinculante la vulneración de un acuerdo antes de la conclusión del procedimiento multilateral de solución de diferencias. Las medidas de un miembro contra las infracciones de otro deben basarse en decisiones del OSD y no tendrán un alcance mayor del indispensable de acuerdo con la autorización de contramedidas correspondiente (art. 23). Esta primacía del procedimiento multilateral de solución de diferencias plantea preguntas fundamentales en cuanto a la admisibilidad de determinados instrumentos del Derecho nacional adoptados frente a obstáculos comerciales no deseados o distorsiones de la libre competencia por parte de otros miembros del sistema OMC. La reforma del procedimiento de solución de diferencias en el marco de la OMC logró contener el empleo de tales contramedidas nacionales y obligó a algunos miembros a cortar las reacciones excesivas contra empresas de otros Estados (ya sea a través de modificaciones legislativas o de su aplicación de conformidad con el Acuerdo). Esto es especialmente cierto para el Derecho estadounidense (con el potencial de reacción de la Sección 301 del *Trade Act* e instrumentos similares) y también, aunque en menor medida, para los instrumentos similares de la Unión Europea.

No sería correcto entender que los mecanismos de sanción suponen una alteración o retracción de las obligaciones convencionales. Existe una controvertida teoría según la cual el pago de compensaciones y la suspensión de obligaciones sustituyen al requisito de cumplir las obligaciones convencionales. Pero un Estado no puede “librarse” de su obligación de lealtad a los Acuerdos celebrados por él: la obligación primaria de someterse a las reglas comerciales del régimen de la OMC permanece inalterable. En este orden de ideas, el Artículo 22 del Entendimiento establece en la primera y segunda frase de su párrafo 1:

La compensación y la suspensión de concesiones u otras obligaciones son medidas temporales a las que se puede recurrir en caso de que no se apliquen en un plazo prudencial las recomendaciones y resoluciones adoptadas. Sin embargo, ni la compensación ni la suspensión de concesiones u otras obligaciones son preferibles a la aplicación plena de una recomendación de poner una medida en conformidad con los acuerdos abarcados.

El actual régimen de compensaciones adolece de varios problemas fundamentales. Por ejemplo, las contramedidas no conllevan compensación de daños a las empresas afectadas. A ello se añade que las contramedidas, como excepciones a las concesiones comerciales acordadas a favor del miembro afectado, pueden tener efectos muy sensibles para empresas ajenas a la disputa original. Con frecuencia, los países en desarrollo no tienen la capacidad de hacer un uso económicamente razonable de posibles contramedidas. Todo ello ofrece motivos para ampliar la gama de posibles sanciones a adoptar en el marco del procedimiento de solución de diferencias, proponiéndose que se incorpore el derecho a

una compensación financiera por infracciones a los Acuerdos-OMC que no presupongan el consentimiento de la otra parte.

- 122 La relación entre el procedimiento de solución de diferencias de la OMC y los mecanismos especiales de solución de diferencias previstos en otros tratados de libre comercio es problemática. En el asunto *México – Medidas fiscales sobre refrescos y otras bebidas*, el Órgano de Apelación decidió que por regla general un grupo especial no tiene que ejercer su competencia cuando las partes pueden también acudir a la solución de diferencias en el marco del TLCAN.¹⁶¹

El asunto *Brasil – Medidas que afecta a la importación de neumáticos recauchutados* concierne a una restricción a la importación de neumáticos recauchutados impuesta por Brasil en interés de la protección de la salud y del medio ambiente. Un tribunal arbitral del Mercosur consideró que esta restricción constituía una infracción a las reglas de libre comercio del Mercosur. Acto seguido, Brasil decretó una excepción a favor de neumáticos provenientes de otros Estados miembros del Mercosur. Para el Órgano de Apelación, esta excepción constituía una discriminación arbitraria y no justificada en términos del Artículo XX del GATT, a pesar de que Brasil sólo quiso cumplir sus obligaciones derivadas del laudo arbitral en el marco del Mercosur. El Órgano de Apelación se apoyó en que Brasil, en el procedimiento arbitral en el Mercosur, no había invocado preceptos paralelos al Artículo XX, letra b del GATT de uno de los acuerdos regionales de libre comercio aplicable a los países del Mercosur. Con base en este argumento, el Órgano de Apelación concluyó que la regla de excepción no derivaba necesariamente de un conflicto entre el Derecho de la OMC y el Derecho del Mercosur.¹⁶²

- 123 La intensa juridificación de la solución de controversias refleja un profundo cambio en el sistema de comercio mundial, en el que el acento deja de estar en la lucha por el consenso político para colocarse en las decisiones del órgano de solución de diferencias. Hasta ahora, la mayoría de los grupos especiales se ha ocupado de obstáculos no tarifarios.¹⁶³ También tienen un papel importante las controversias sobre aranceles *antidumping*.

- 124 Las prácticas “patológicas” en términos del cumplimiento de las decisiones del Órgano de Apelación se aprecian claramente en el uso de estrategias dilatorias por parte de los miembros y en las dificultades que tienen a la hora de tomar contramedidas eficaces.

Por regla general, los Estados Unidos suelen adaptar las medidas contestadas por su contrariedad con el Derecho de la OMC cuando el ajuste incumbe a la rama ejecutiva;

¹⁶¹ Informe del Órgano de Apelación, *México – Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas*, WT/DS308/AB/R (2006), núm. 46 ss.

¹⁶² Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados*, WT/DS332/AB/R (2007), núm. 234.

¹⁶³ La exposición de los procedimientos de solución de diferencias conforme al nuevo sistema se encuentran en: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_s.htm#disputes. Sobre los procedimientos más importantes con base en el GATT-47, v. Bast, J., Schmidt, A.: “Das GATT-Streitschlichtungsverfahren”, RIW, 1991, pp. 929 ss.

en cambio, en el caso de medidas legislativas del Congreso, el balance es desalentador. En el asunto *Estados Unidos–Antidumping Act 1916* (15 U.S.C. 72), los Estados Unidos se negaron durante muchos años a derogar una ley que permitía la imposición de sanciones adicionales a aranceles *antidumping*. En el pasado, algunas empresas europeas se “libraron” de posibles sanciones por parte de los Estados Unidos a través de arreglos financieros bajo condición de mantener la confidencialidad. Por lo tanto, resultó difícil implementar contramedidas de la Unión Europea ajustadas al valor real de las pérdidas sufridas por las empresas europeas.

También en el asunto *Byrd Amendment*, los Estados Unidos se negaron durante años a la debida implementación de la decisión del Órgano de Apelación. Por lo tanto, tuvieron que soportar contramedidas de la Unión Europea, así como de otros Estados.

En la “controversia sobre las hormonas” (*Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (Hormonas)*), la Comunidad Europea hubiera debido, a la expiración de un plazo determinado, bien presentar una evaluación del riesgo apoyando la prohibición de la importación de carne bovina tratada con hormonas, bien levantar la medida. Expirado el plazo, los Estados Unidos y Canadá quedaron facultados para tomar contramedidas. Aun tras la notificación de una revisión de la directiva relativa a hormonas (que representa la evaluación definitiva del riesgo), la debida implementación de la decisión del Órgano de Apelación siguió siendo objeto de controversia entre las partes. Por lo tanto, los Estados Unidos y Canadá mantuvieron sus contramedidas a título provisional.

El sistema de solución de diferencias incluye no sólo la reclamación por diferencias 125 sobre la infracción de obligaciones convencionales, sino también la presentación de las llamadas representaciones y proposiciones por escrito sin que haya habido violación en el sentido anterior por parte del miembro reclamado (*non-violation complaints*), y ello en virtud de los artículos XXIII. 1 letra b del GATT, 26 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias, XXIII. 3 del GATS, y 64 del ADPIC.¹⁶⁴ Con tales representaciones y proposiciones por escrito, un miembro puede oponerse a la frustración de una ventaja convencional por una medida readoptada por otro miembro (sea ésta legalmente admisible o no). El grupo especial en el asunto *Japón – Medidas que afectan a las películas y el papel fotográfico de consumo* hizo el siguiente resumen de los requisitos:¹⁶⁵

El texto del párrafo 1 b) del artículo XXIII establece tres elementos que la parte reclamante ha de demostrar que concurren para formular una reclamación al amparo del párrafo 1 b) del artículo XXIII que pueda ser admitida a trámite: 1) la aplicación de una medida por un Miembro de la OMC; 2) una ventaja resultante

¹⁶⁴ Hsu, L.: “Non-violation Complaints – World Trade Organization Issues and Recent Free Trade Agreements”, *JWT* 39/2005, pp. 205 ss.

¹⁶⁵ Informe del Grupo Especial, *Japón – Medidas que afectan a las películas y el papel fotográfico de consumo*, WT/DS 44/R (1998), núm. 10.41.

del acuerdo pertinente; y 3) anulación o menoscabo de la ventaja a consecuencia de la aplicación de la medida.

13. Relaciones osmóticas entre el Derecho de la OMC y otros regímenes de Derecho internacional público

Bibliografía recomendada: Chambers, W. B.: *Inter-Linkages: The Kyoto Protocol and the International Trade and Investment Regime*, 2001; Cleveland, S. H.: “Human Rights Sanctions and International Trade: A Theory of Compability”, *JIEL* 5 (2002), pp. 133 y ss.; Cottier, T., Pauwelyn, J., Bürgi, E. (eds.): *Human Rights and International Trade*, 2005; Gama Sa Cabral, J., Lucarelli De Salvio, G.: “Considerations on the Mercosur Dispute Settlement Mechanism and the Impact of its Decisions in the WTO Dispute Resolution System”, *JWT* 42 (2008), pp. 1013 y ss.; Green, A.: Climate Change, “Regulatory Policy and the WTO”, *JIEL* 8 (2005), pp. 143 y ss.; Haan, D.: “Linkages between International Finance and Trade Institutions”, *JWT* 34 (2000), pp. 1 y ss.; Hilf, M.: “Die WTO – eine Gefahr für die Verwirklichung von Menschenrechten?”, *AVR* 43 (2005), pp. 397 y ss.; Marceau, G.: “Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdiction”, *JWT* 35 (2001), pp. 1081 y ss.; *id.*: “A call for coherence in International Law”, *JWT* 33 (1999), pp. 87 y ss.; Matsushita, M.: “Governance of International Trade Under WTO Agreements – Relationships between WTO Agreements and Other Trade Agreements”, *JWT* 38 (2004), pp. 185 y ss.; Neumann, J.: *Die Koordination des WTO-Rechts mit anderen völkerrechtlichen Ordnungen – Konflikte des materiellen Rechts und Konkurrenzen der Streitbeilegung*, 2002; Pauwelyn, J.: *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, 2003; *id.*: “The Role of Public International Law in the WTO: How far can we go?”, *AJIL* 95 (2001), pp. 535 y ss.

- 126 Los preceptos del Derecho de la OMC tienen múltiples conexiones con otros ordenamientos de Derecho internacional público. Por ejemplo, algunos intereses protegidos por el Derecho medioambiental pueden justificar restricciones al comercio en virtud del Artículo XX del GATT, particularmente cuando son reconocidos por tratados universales. Los tratados ratificados por la gran mayoría de Estados, como por ejemplo la Convención de Washington sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres, o la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar, suponen un indicio para el reconocimiento objetivo de un interés medioambiental, incluso cuando no todos los miembros de la OMC o todas las partes involucradas en una disputa comercial son Estados parte del tratado en cuestión.¹⁶⁶ Sin embargo, ello no prejuzga el resultado concreto de la ponderación entre libre comercio e intereses protegidos de acuerdo con las reglas de la OMC. Las directrices de grupos internacionales de expertos de otras organizaciones internacionales, como la Comisión *Codex Alimentarius*,

¹⁶⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos*, WT/DS 58/AB/R (1998), ILM 38 (1999), p. 118, núms. 130-131.

conforman una base reconocida para la evaluación de riesgos, por ejemplo en virtud de los artículos 2.2, 3.1 y 3.2 del Acuerdo MSF.

Así, la protección del clima en virtud del Protocolo de Kyoto puede entrar en conflicto con el principio de no discriminación entre productos nacionales y extranjeros (art. III del GATT, art. 2.1 del Acuerdo OTC) o con estándares de la OMC sobre la gestión de riesgos.¹⁶⁷

Los tratados multilaterales que justifican restricciones inmediatas al comercio en interés de ciertos intereses generales y que compiten con acuerdos de la OMC, son campo abonado de conflictos. Por ejemplo, en materia de restricciones al tráfico económico de organismos genéticamente modificados, parece que el Protocolo de Cartagena sobre la bioseguridad confiere poderes más amplios a los Estados que el Derecho de la OMC.¹⁶⁸ También es de esperar que surjan tensiones a raíz de la Convención de la UNESCO de 2005 sobre la protección y el fomento de la diversidad de las expresiones culturales.¹⁶⁹ La Convención de la UNESCO reafirma la “soberanía cultural” de los Estados, así como un amplio margen de acción en materia de protección de la cultura (art. 2, numeral 2). Permite explícitamente que se impongan reglas y otras medidas de gran alcance para proteger y fomentar la protección de mercancías y servicios considerados como medios de expresión cultural, incluso a través de subvenciones (art. 6.2).

A causa de estas tensiones, los Estados Unidos se oponen rotundamente a la versión adoptada de la Convención UNESCO.

La concreción de los intereses reconocidos en el Derecho de la OMC a la luz de tratados universales (en particular, para la justificación de restricciones al comercio) ha de distinguirse de la competencia directa entre Acuerdos de la OMC y Acuerdos con un contenido diferente y divergente de los primeros.

Es reconocido que los Acuerdos de la OMC deben ser interpretados en el contexto de otras disposiciones de Derecho internacional público. Según el Artículo 3.2, segunda frase, del Entendimiento sobre Solución de Diferencias, el sistema de la OMC sirve “para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público”.

En este orden de ideas, el Órgano de Apelación enfatizó en el asunto *Estados Unidos – Gasolina* que las reglas de la OMC no deben ser leídas “en aislamiento clínico del Dere-

¹⁶⁷ Informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas – Medidas que afectan al ganado y su carne (hormonas)*, WT/DS 26/AB/R, WT/DS 48/AB/R (1998), núm. 160 ss.

¹⁶⁸ Sobre esta cuestión, v. tema 8, nota al margen 6.

¹⁶⁹ <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/0014297e.pdf>; al respecto, Hahn, M.: “A Clash of Cultures? The UNESCO Diversity Convention and International Trade Law”, *JIEL*, 9/2006, pp. 515 ss.; Wouters, J., de Meester, B.: “The UNESCO Convention on Cultural Diversity and WTO Law: A case study in Fragmentation of International Law”, *JWT*, 42/2008, pp. 205 ss.

cho internacional público”, y con tal fin remitió a las reglas de interpretación recogidas en los artículos 31 y ss. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.¹⁷⁰

Desde el punto de vista del Derecho de la OMC, la relevancia de Acuerdos que compiten con reglas de la OMC depende en primera línea de si todos los miembros son también parte del otro régimen convencional. En cuanto a la interpretación de tratados de Derecho internacional público, la Convención de Viena prevé que se tome en cuenta “toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes” (art. 31. 3 letra c). Ningún Estado debe aceptar justificaciones para restricciones comerciales con base en convenios a los cuales no se ha adherido.

Por ejemplo, las reglas del Protocolo de Cartagena sobre la bioseguridad no tienen ningún efecto normativo en las relaciones comerciales entre Estados Unidos (que no se ha adherido ni a la Convención sobre la biodiversidad, ni al Protocolo sobre bioseguridad) y otros miembros de la OMC. Por lo tanto, tampoco es posible que el Órgano de Apelación las tome en consideración para perjudicar a los Estados Unidos. El grupo especial en el asunto *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos* se pronunció de manera similar:¹⁷¹

Habida cuenta del hecho de que el párrafo 3 c) del artículo 31 obliga a tomar en consideración otras normas de derecho internacional aplicables, y de que esa consideración podría llevar al intérprete de un tratado a adoptar una interpretación en lugar de otra, creemos que es lógico interpretar que el párrafo 3 c) del artículo 31 exige que se tomen en consideración las normas de derecho internacional que sean aplicables en las relaciones entre todas las partes en el tratado que se esté interpretando. La exigencia de que un tratado sea interpretado a la luz de otras normas de derecho internacional que obligan a los Estados partes en ese tratado asegura o aumenta la compatibilidad de las normas de derecho internacional aplicables a esos Estados y, por ende, contribuye a evitar conflictos entre las normas pertinentes. (7.70)

Por lo que se refiere al Protocolo sobre Seguridad de la Biotecnología, observamos que no entró en vigor hasta el 11 de septiembre de 2003, es decir, después de que el OSD estableciera este Grupo Especial. Entre los Miembros de la OMC partes en el Protocolo sobre Seguridad de la Biotecnología se encuentran las Comunidades Europeas. La Argentina y el Canadá han firmado el Protocolo, pero no lo han ratificado después. Por consiguiente, no son partes en él. Los Estados Unidos no han firmado el Protocolo sobre Seguridad de la Biotecnología. Si bien ello no impide a los Estados Unidos ratificarlo, hasta el momento no lo han hecho. Por

¹⁷⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional*/WT/DS 2/AB/R (1996), p. 17.

¹⁷¹ Informe del Grupo Especial *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, WT/DS 291 (2006).

lo tanto, tampoco son parte en el Protocolo sobre Seguridad de la Biotecnología. No creemos que las normas del Protocolo sobre Seguridad de la Biotecnología puedan considerarse aplicables a los Estados Unidos simplemente porque éstos participan en el Mecanismo de Facilitación del Protocolo. Por tanto, el Protocolo sobre Seguridad de la Biotecnología no está en vigor para la Argentina, para el Canadá, ni para los Estados Unidos. De ello deducimos que el Protocolo sobre Seguridad de la Biotecnología no es 'aplicable' en las relaciones entre estos Miembros de la OMC y todos los demás Miembros de la OMC. Como hemos dicho antes, a nuestro juicio, el mero hecho de que Miembros de la OMC como la Argentina y el Canadá hayan firmado el Protocolo sobre Seguridad de la Biotecnología no significa que el Protocolo les sea aplicable. Habida cuenta del hecho de que varios Miembros de la OMC, incluidas las partes reclamantes en esta diferencia, no son partes en el Protocolo sobre Seguridad de la Biotecnología, no estamos de acuerdo con las Comunidades Europeas en que estemos obligados a tener en cuenta dicho Protocolo al interpretar los Acuerdos multilaterales de la OMC en cuestión en la presente diferencia¹⁷² (7.75).

Por lo demás, la incidencia de otros acuerdos de Derecho internacional público y de 130 Derecho consuetudinario en relaciones gobernadas por el Derecho de la OMC necesita ser examinada en detalle, incluso en el caso de que sean aplicables a todas las partes del conflicto, pero no a todos los miembros de la OMC. Esto sucede, por ejemplo, en el caso de acuerdos sobre determinados niveles de protección social o de protección del medio ambiente, que se invocan como justificación especial para restringir el comercio. Por regla general, se trata de la protección de determinados estándares (de producción) con efectos extraterritoriales, que pueden encontrar una justificación en tratados especiales de Derecho internacional público. La observancia de estándares especiales no aplicables a todos los miembros de la OMC puede generar diferentes niveles de relaciones legales en el seno de la OMC. La toma en consideración de tratados universales es relativamente fácil cuando éstos concretan intereses ya reconocidos en acuerdos de la OMC y no limitan la ponderación de intereses prevista en el Derecho de la OMC (por ejemplo, para la evaluación de riesgos). Además, las normas del Derecho de la OMC sobre la justificación de restricciones al comercio tienen que ser interpretadas a la luz de las obligaciones del Derecho consuetudinario, en materia de derechos humanos y protección del medio ambiente. Sin lugar a dudas, tienen primacía estándares imperativos como los proporcionados por derechos humanos o normas consuetudinarias de Derecho internacional público (*ius cogens*, Art. 53 de la Convención de Viena sobre los Tratados).

¹⁷² Al respecto también McGrady, B.: "Fragmentation of International Law or 'Systematic Integration' of Treaty Regimes: EC – Biotech Products and the Proper Integration of Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties", *JWT*, 42/2008, pp. 589 y ss.

- 131 No sólo en normas sustantivas se encuentran conexiones y concurrencia entre el Derecho de la OMC y otros regímenes de Derecho internacional público, sino también en preceptos dedicados a la solución de controversias.

Ello se aprecia en el asunto *Chile - Peces espada*.¹⁷³ Se trataba de una disputa sobre las restricciones impuestas por Chile al acceso a puertos chilenos de pescadores de peces espada de otros países. La Comunidad Europea inició un procedimiento de solución de diferencias contra Chile, entre otras cosas por infracción al derecho de tránsito del Artículo V del GATT. Alegando violaciones a preceptos de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar, para la protección de especies altamente migratorias (arts. 64 y 116 a 119), Chile se dirigió al Tribunal Internacional del Mar. Al final, ambos procedimientos fueron suspendidos (a solicitud de ambas partes) para permitir a las partes buscar una solución consensuada.

14. Perspectivas futuras y retos del sistema OMC

Bibliografía recomendada: Bjørnskov, C., Lind, K. M.: "Where Do Developing Countries Go After Doha? An Analysis of WTO Positions and Potential Alliances", *JWT* 36 (2002), pp. 543 y ss.; Davidow, J., Shapiro, H.: "The Feasibility and Worth of a WTO Competition Agreement", *JWT* 37 (2003), pp. 49 y ss.; Senti, R.: *Die WTO im Spannungsfeld zwischen Handel, Gesundheit und Umwelt: Geltende Ordnung und Reformvorschläge*, 2006; Vranes, E.: *Trade and Environment. Fundamental Issues in International Law, WTO Law and Legal Theory*, 2009.

- 132 Entre los retos pendientes del nuevo sistema del comercio mundial se encuentra la introducción de estándares comunes en la protección del medio ambiente (*Greening the GATT*).¹⁷⁴ En la OMC, se ha establecido un Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA) (*Committee on Trade and Environment, CTE*) que investiga la correlación entre la facilitación del comercio, el desarrollo económico y la protección del medio ambiente. Otro tema de importancia central es la inclusión de disposiciones básicas en materia de protección de los trabajadores (*core labour standards*) a través de la cooperación entre la OMC y la Organización Internacional del Trabajo (OIT).¹⁷⁵

¹⁷³ J. Hillman, Conflicts Between Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agreements and the WTO- What Should the WTO Do? Cornell International Law Journal, Vol. 42 (2009), pp. 193 ss.; M. Rau, Comment: The *Swordfish* Case - Law of the Sea v. Trade, *ZaöRV* 62 (2002), S 37 ss.

¹⁷⁴ V. por ejemplo, Brown Weiss, E., Jackson, J. H. (ed.): *Reconciling Environment and Trade*, 2001; Sands, P.: *Principles of International Environmental Law*, vol. 1, 1995, pp. 687 ss.; Schoenbaum, T. J.: "International Trade and Protection of the Environment, The Continuing Search for Reconciliation", *AJIL*, 91/1997, pp. 268 ss.; Shaw, S., Schwarz, R.: "Trade and Environment in the WTO. State of Play", *JWT*, 36/2002, pp. 129 ss.; V. también *supra*, tema 8.

¹⁷⁵ En cuanto a la relación entre el Derecho de la OMC y los estándares del Derecho del trabajo: Addo, K.: "The Correlation between Labour Standards and International Trade. Which Way Forward?", *JWT*, 36/2002, pp. 285 ss.; MacCrudden, Ch., Davies, A.: "A Perspective on Trade and Labour Rights", *Journal of International Economic*

En noviembre de 2001, en la Conferencia Ministerial de Doha (Qatar), se abrió una nueva ronda de negociaciones. Esta Conferencia Ministerial acordó una serie de normas referidas a la implementación.¹⁷⁶ La Declaración Ministerial de Doha,¹⁷⁷ que fue aprobada en el mismo momento, contiene un programa de negociaciones para el desarrollo ulterior del sistema de la OMC. Entre los temas de las negociaciones, cabe destacar la mayor protección a los Estados menos desarrollados; una progresiva liberalización de los mercados de prestación de servicios; la aclaración de cuestiones relativas a la propiedad intelectual, por ejemplo, en relación con las patentes de descubrimientos biotecnológicos; las medidas de protección del medio ambiente y la vigilancia de las distorsiones de la libre competencia, que siguen existiendo, sobre todo a través de las subvenciones a la exportación de productos agrícolas, así como el comercio electrónico.¹⁷⁸ En la Conferencia Ministerial de Doha, se aprobó una Declaración común de los Estados miembro relativa al Acuerdo sobre el ADPIC y la salud pública.¹⁷⁹ 133

La sexta Conferencia Ministerial de diciembre de 2005 en Hong Kong adoptó un paquete de medidas para ayudar a los países menos desarrollados.¹⁸⁰ Los países industrializados y los países emergentes que se declaren dispuestos deberán conceder acceso a sus mercados, sin aranceles o contingentes, a por lo menos un 97% de los productos de aquellos países. Además deberán eliminarse, hasta el año 2013, las subvenciones a la exportación y otras medidas para fomentar las exportaciones. Por lo demás, las negociaciones deben considerarse fracasadas. Debido a las divergencias insuperables entre países industrializados y países en vías de desarrollo, así como países emergentes –sobre todo con respecto al acceso equitativo al mercado de productos agropecuarios–, la Conferencia informal de julio de 2008, que contó con la presencia de 40 ministros, no logró un consenso. En el transcurso de las rondas de negociaciones celebradas en los últimos años, se pudo apreciar un traslado de peso a favor del llamado Grupo de los 21 (G-21), liderado por la República Popular de China, India y Brasil, y en detrimento de los poderes comerciales tradicionalmente dominantes, a saber los Estados Unidos, la Unión Europea y Japón. 134

Law, 3/2000, pp. 43 ss.; Leary, V. A.: “The WTO and the Social Clause: Post-Singapore”, EJIL, vol. 8, 1/1997, pp. 118 ss.

¹⁷⁶ Decisión de 20 de noviembre de 2001 sobre “Implementation-related Issues and Concerns”, WT/MIN(01)/17.

¹⁷⁷ Declaración Ministerial de 14 de noviembre de 2001, WT/MIN(01)/DEC/1

¹⁷⁸ Al respecto, v. Leier, K. –P.: “Elektronischer Handel in der WTO”, MMR, 2002, pp. 781 ss.

¹⁷⁹ Ver *infra*, tema 15, nota al margen 2.

¹⁸⁰ V. Declaración Ministerial de 22 de diciembre de 2005, WT/MIN(05)/DEC.

Tema 11

La gestión internacional de materias primas: comercio y seguridad del abastecimiento

1. Comercio internacional de materias primas

Bibliografía recomendada: Schorkopf, F.: “Internationale Rohstoffverwaltung zwischen Lenkung und Markt”, AVR 46/2008, pp. 233 y ss.

a) Materias primas en el GATT

- 1 El GATT-94 contiene algunas reglas específicas referidas a materias primas. El artículo XVI B:3 somete la concesión de subvenciones para la exportación de materias primas a restricciones formuladas de manera muy “blanda” (obligación de esforzarse por evitar subvenciones a la exportación, y prohibición de subvenciones con efectos inapropiados). De acuerdo con el artículo XX letra h, las excepciones generales incluyen medidas para implementar acuerdos interestatales sobre materias primas. En este contexto, el GATT remite a los principios adoptados por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (en adelante, ECOSOC) en su Resolución 30 IV de 1947 (Anexo I, nota al artículo XX). Los acuerdos sobre materias primas celebrados en el marco del GATT-47 expiraron tiempo atrás. La Parte IV del GATT sobre comercio y desarrollo contiene un compromiso con el objetivo de crear condiciones más favorables para la venta de materias primas en interés de las Partes contratantes que dependen de su exportación (arts. XXXVI: 4, XXXVIII: 2 letra a). De particular relevancia para el sector energético es la excepción temporal de la prohibición de restricciones cuantitativas a las exportaciones. Esta excepción permite prohibiciones o restricciones “para prevenir o remediar una escasez aguda de productos alimenticios o de otros productos esenciales para la parte contratante exportadora” (art. XI: 1 letra a).

b) Mecanismos de control sobre determinadas materias primas

- 2 En algunas regiones, el tráfico con determinadas materias primas es tierra fértil para violaciones de los derechos humanos y conflictos armados internos. Un ejemplo es el tráfico con los llamados “diamantes de sangre” provenientes de África Central. El “proceso Kimberley”, en el marco de las Naciones Unidas, ha dado lugar a un sistema de certificación destinado a controlar el comercio de diamantes.¹⁸¹ Se espera que la importación y exportación de diamantes se limitará a los Estados que participen en el proceso Kimberley.

¹⁸¹ V. Anexo I del Reglamento (CE) 2368/2002 del Consejo de 20 de diciembre de 2002 por el que se aplica el sistema de certificación del proceso de Kimberley para el comercio internacional de diamantes en bruto, *DOCE* 2002, L 358, p. 28; Price, T. M.: “The Kimberley Process”, *Minnesota Journal of Global Trade*, 12/2003, pp. 1 ss.

2. Acuerdos sobre materias primas

Bibliografía recomendada: Ebenroth, C. T.: *The Economic and Legal Impact of Commodity Organizations*, 1989; Eisemann, P.: *L'organisation internationale du commerce des produits de base*, 1998; Johnston, C. R. (ed.): *Law and Policy of Intergovernmental Primary Commodity Agreements*, 2 vols., 1976; Pelikahn, H.: *Internationale Rohstoffabkommen*, 1990; Tomuschat, Ch.: "Commodities, Common Fund", *EPIL*, t. 1, 1992, pp. 683 ss.; *id.*: "Commodities, International Regulation of Production and Trade", *EPIL*, t. 1, 1992, pp. 686 ss.

En relación con numerosas materias primas, el comercio tiene lugar principalmente, o en una parte importante, en mercados internacionales (por ejemplo, en el caso de metales como el cromo, cobalto, níquel, zinc, cobre, plomo o aluminio, de petróleo y de productos agrícolas como el café, té, caucho, yute o lana). La mayoría de los países en vías de desarrollo dependen, en gran medida, de los ingresos derivados de la exportación de materias primas. Con frecuencia, los precios de las materias primas en el mercado mundial están sujetos a fluctuaciones bruscas y difíciles de pronosticar. Para favorecer una estabilización del nivel del precio y un abastecimiento constante de materias primas, la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (*UNCTAD* en inglés) ha impulsado la celebración de acuerdos al respecto. 3

Son especialmente relevantes los acuerdos sobre materias primas que crean una organización internacional. Varias organizaciones de este tipo unen tanto a Estados productores como a Estados consumidores. Este es el caso, por ejemplo, de la Organización Internacional del Caucho Natural,¹⁸² o de la Organización Internacional del Café.¹⁸³ Durante mucho tiempo, el mantenimiento de una reserva de estabilización (*buffer stock*) constituyó un importante mecanismo de intervención en algunos convenios sobre materias primas. A través de la venta o la compra –dependiendo de las condiciones de mercado– de la materia prima en cuestión, debían evitarse oscilaciones excesivas del precio, garantizando así una evolución calculable del mismo. En estos supuestos, los fines de una organización interestatal se alcanzan mediante la actividad comercial; la organización internacional actúa en el mercado de manera similar a una empresa privada. Entre tanto, la práctica internacional se ha apartado del control directo de los mercados. El colapso del Consejo Internacional del Estaño tuvo un papel clave en este cambio.¹⁸⁴ 4

¹⁸² V. Convenio Internacional del Caucho Natural de 1995, DOCE 1996, L 324, p.2.

¹⁸³ El Convenio Internacional del Café de 2001 puede verse en DOCE 2001, L 326, p.23.

¹⁸⁴ McFadden, E. J.: "The Collapse of Tin: Restructuring a Failed Commodity Agreement", *AJIL*, 80/1986, pp. 811 ss.; v. también Ebenroth, C. T., Fuhrmann, L., "Die zivilrechtliche Haftung internationaler Organisationen und ihrer Mitgliedstaaten", *Juristenzeitung* 1989, pp. 211 ss.; Gramlich, L.: "Intergouvernementale Rohstoffregimes im Zwielicht – Lehren aus dem Zinn-Debakel", *Verfassung und Recht in Übersee* 20 /1987, pp. 486 ss.; Herdegen, M.: "Bemerkungen zur Zwangsliquidation und zum Haftungsdurchgriff bei internationalen Organisationen", *ZaöRV*, 47/1987, pp. 537 ss.; *id.*: "The Insolvency of International Organizations and the Legal Position of Creditors: Some Observations in the Light of the International Tin Council Crisis", *NILR*, 1988, pp. 135 ss.

Las transacciones arriesgadas del órgano responsable de la reserva de estabilización en la Bolsa de metales londinense condujeron al Consejo Internacional del Estaño en 1985 a la insolvencia. Esto desencadenó una serie de procedimientos ante los tribunales ingleses por parte de los acreedores del Consejo del Estaño contra la organización misma y contra sus miembros.¹⁸⁵ Los tribunales ingleses rechazaron una intervención a favor de los acreedores (en el sentido de una liquidación del Consejo del Estaño y un traslado de responsabilidad a sus miembros), a causa de los fundamentos de Derecho internacional convencional de esta organización. Finalmente, se llegó a un acuerdo transaccional entre los acreedores del Consejo del Estaño y sus miembros.

Teniendo en cuenta tales experiencias, la estabilización de los precios mediante intervenciones en el mercado cayó en desuso. Las organizaciones de materias primas se transformaron en meros foros de consulta interestatal e intercambio de información (observación de los mercados).

- 5 Otro instrumento importante para el control del precio es el establecimiento de cuotas de exportación. La efectividad de este instrumento depende de que la organización de materias primas correspondiente, sobre la base de la participación de sus miembros en la producción mundial, pueda dominar de hecho el comportamiento del mercado.
- 6 Junto a las organizaciones internacionales de materias primas en las que están representados en la misma medida Estados productores y consumidores, hay organizaciones en las que sólo se han agrupado Estados productores. Este tipo de organizaciones tiene la función de un cártel de productores. Entre ellas se cuenta, por ejemplo, la Organización de Países Exportadores de Petróleo – OPEP (*Organization of the Petroleum Exporting Countries, OPEC*).¹⁸⁶ La OPEP constituye un foro para la coordinación de los países productores de petróleo frente a las multinacionales petroleras. En 1973, el boicot del petróleo acordado por la OPEP puso de manifiesto el potencial político de una agrupación organizada de los intereses de los productores. En total, los miembros de la OPEP producen aproximadamente el 40% del petróleo crudo y el 16% del gas natural en el mundo. Más aún, la OPEP suministra el 51% del petróleo que se negocia en el mercado internacional.
- 7 El Convenio constitutivo del Fondo Común para los Productos Básicos de 1980,¹⁸⁷ negociado en el marco de la UNCTAD, contribuye al fomento de las organizaciones internacionales de materias primas y a la estabilización de sus mercados. El Fondo Común debe apoyar, sobre todo a través de la cofinanciación de reservas de estabilización, a las organizaciones internacionales de productos básicos en las que se agrupan Estados productores y consumidores, que contribuyen al capital del Fondo en el marco de acuerdos

¹⁸⁵ V. *supra*, tema 4, nota al margen 2, c.

¹⁸⁶ V. Estatuto de la OPEP de 1962, UNTS 443, p. 248.

¹⁸⁷ DOCE 1990, L 182, p.2. Al respecto, Michaelowa, K., Nairni, A.: *Der gemeinsame Fond und die speziellen Rohstoffübereinkommen*, 1995, pp. 19 ss.

de asociación. Además, las funciones del Fondo comprenden otras prestaciones de financiación y coordinación en el ámbito internacional de las materias primas. Hasta ahora, también debido al rechazo a la intervención directa en los mercados, el Convenio constitutivo del Fondo Común para los productos básicos no ha tenido trascendencia práctica.

3. Seguridad de abastecimiento y formas de cooperación internacional

Bibliografía recomendada: Götz, R.: “The Nord Stream Pipeline: The Energy Policy Background”, *GYIL*, 2009, pp. 233 y ss.; Leible, S., Lippert, M., Walter, C. (eds.): *Die Sicherung der Energieversorgung auf globalisierten Märkten*, 2007; Schenkelberg, M.: “Akteure der internationalen Energiepolitik – Zur rechtlichen Stellung von OPEC, IEA und G8”, en: Ruppel, N. (ed.): *Europäisches und internationales Energiewirtschaftsrecht*, 2009, pp. 66 y ss.; Schmidt-Preuß, M.: “Energieversorgung als Aufgabe der Außenpolitik? – Rechtliche Aspekte”, *Recht der Energiewirtschaft*, 2007, pp. 281 y ss.; Vinogradov, S.: “Challenges of Nord Stream: Streamlining International Legal Frameworks and Regimes for Submarine Pipelines”, *GYIL*, 2009, pp. 241 y ss.

El abastecimiento regular de materias primas supone un desafío clave para las economías nacionales, particularmente para los países industrializados.¹⁸⁸ El aprovisionamiento de petróleo y gas natural es también un factor esencial de la seguridad energética. Hasta el momento, existen pocos mecanismos efectivos de Derecho internacional público para asegurar el suministro de materias primas, lo que se aprecia en el ámbito de los contratos sobre el suministro de materias primas. En cambio, existe un gran número de acuerdos bilaterales y multilaterales sobre la protección de los sistemas de transporte como, por ejemplo, oleoductos y gaseoductos.

Bajo el influjo de la crisis del petróleo de 1973, el Consejo de la OCDE fundó la Agencia Internacional de la Energía (*International Energy Agency, IEA*) como una institución autónoma en el seno de la OCDE.¹⁸⁹ La Agencia, que entretanto tiene 28 Estados miembros, coordina medidas para superar atascamientos en el abastecimiento de petróleo. Además, es un foro de cooperación importante para la investigación, el desarrollo, la distribución y aplicación de fuentes y tecnologías de energía (art. 6 letra a de la Resolución constitutiva).

El Foro Internacional de la Energía (*International Energy Forum, IEF*) se ha transformado de una conferencia interestatal en un foro institucionalizado de cooperación, con una estructura organizativa bien desarrollada. El IEF no sólo agrupa a los miembros de la Agencia Internacional de la Energía de la OCDE, sino también a los miembros de la OPEP y otros Estados como la República Popular de China, India y Rusia.

¹⁸⁸ V. el documento de trabajo de la Comisión Europea, *Analysis of the competitiveness of the non-energy extractive industry in the EU*, SEC (2007) 771.

¹⁸⁹ Resolución del Consejo de la OCDE de 15 de noviembre de 1974.

- 9 El Artículo V del GATT garantiza la libertad de tránsito de mercancías y medios de transporte (excepto aeronaves en tránsito). La libertad de tránsito se refiere a las rutas más convenientes para el tránsito internacional (art. V.2, primera frase). En cuanto a mercancías y medios de transporte, se aplica el principio de no discriminación (art. V. 2, segunda frase).
- 10 La Carta Europea de la Energía, firmada en La Haya en 1991, es una declaración política de intenciones relativa a la cooperación entre Oriente y Occidente en el sector energético. También es el fundamento para el Tratado sobre la Carta de la Energía de 1994.¹⁹⁰ El Tratado fue negociado después del colapso de la Unión Soviética entre un número considerable de Estados miembros de la OCDE (incluyendo a los Estados Unidos, Canadá, Japón y Australia), las Comunidades Europeas (ahora Unión Europea),¹⁹¹ los Estados sucesores de la Unión Soviética y otros Estados de Europa Central y Oriental, y entró en vigor el 16 de abril de 1998. Sustentándose en el Derecho de la OMC, los preceptos del Tratado protegen contra la discriminación (art. 5). El Tratado cubre también, si bien de manera rudimentaria, la reducción de distorsiones del mercado y obstáculos a la competencia en el sector energético (art. 6). En particular, el Tratado reglamenta
- el comercio con fuentes primarias de energía y productos energéticos (art. 3 y ss.)
 - el tránsito (art. 7), y
 - el fomento y la protección de las inversiones en el sector energético (art. 10).

En el Tratado, las Partes contratantes se comprometen a tomar “las medidas necesarias para facilitar el tránsito de materias y productos energéticos con arreglo al principio de libre tránsito y sin establecer distinciones en cuanto al origen, destino o propiedad de dichas materias y productos energéticos, ni discriminaciones en cuanto a precios basadas en tales distinciones, y sin imponer demoras, restricciones o recargos injustificados” (art. 7. 1). En cuanto al acceso a sus infraestructuras por parte de terceros Estados, los Estados parte son generalmente libres (salvo que existan obligaciones específicas en contrario derivadas, por ejemplo, del Derecho de la OMC). La libertad de los Estados parte de disponer de manera soberana de sus recursos energéticos se reconoce explícitamente (art. 18. 1). Las excepciones previstas en el Tratado permiten a los Estados parte, entre otros, tomar medidas “para la protección de sus intereses esenciales de seguridad” (art. 24. 3 letra a) y “para el mantenimiento del orden público” (art. 24. 3 letra c). El Tratado contiene reglas detalladas relativas a la protección de inversiones.¹⁹² La Conferencia sobre la Carta de la Energía constituye el foro de toma de decisiones entre los Estados parte (art. 34).

El Tratado sobre la Carta de la Energía fue ratificado por la Unión Europea y todos sus Estados miembros, la Comunidad Europea de la Energía Atómica, la mayoría de

¹⁹⁰ *ILM* 33/1995, pp. 360 ss.

¹⁹¹ Un listado de los participantes se encuentra en *ILM* 33/1995, p. 373.

¹⁹² V. *infra*, tema 23, nota al margen 4.

los Estados sucesores de la Unión Soviética y Japón. Los Estados Unidos (que firmaron sólo la Carta Europea de la Energía de 1991, pero no el Tratado) tienen un estatus de observador en la Conferencia sobre la Carta de la Energía, al igual que China y algunas organizaciones internacionales.

Rusia, el mayor exportador de energía del mundo, firmó el Tratado sobre la Carta de la Energía, pero no lo ratificó, aplicándolo sólo de manera provisional y a reserva de las leyes nacionales. En 2009, Rusia se desvinculó por completo del Tratado, infligiendo un daño capital a sus objetivos esenciales.

Conjuntamente con el Tratado sobre la Carta de la Energía, entró en vigor el Protocolo sobre Eficiencia Energética y Aspectos Medioambientales Relacionados.¹⁹³ En 1998, se negoció una modificación de las partes del Tratado sobre la Carta de la Energía que se refieren a temas comerciales.

Los Estados parte están negociando un Protocolo de Tránsito que debe contener preceptos detallados sobre el tránsito de energía, así como las condiciones de acceso a líneas de transmisión y de cálculo de tarifas de tránsito.

Tema 12

Acuerdos económicos para liberalizar el comercio de mercancías y servicios

1. Formas de integración regional (zonas de libre comercio, uniones aduaneras y comunidades económicas)

Bibliografía recomendada: Fischer, P.: "Free Trade Areas", EPIL, t. II, 1995, pp. 473 ss.; Haight, F. A.: "Customs Unions and Free-Trade Areas under GATT", *JWT*, 6/1972, pp. 391 ss.; Hoeckman, B., Newfarmer, R.: "Preferential Trade Agreement, Investment Discipline and Investment Flows", *JWT*, 39/2005, pp. 949 y ss.; Lambrinidis, J. S.: *The Structure, Function and Law of a Free Trade Area. The European Free Trade Association*, 1965; Merasinghe, M. L.: "Regional Economic Co-operation in Developing Countries", *Verfassung und Recht in Übersee*, 20/1987, pp. 5 ss.; Steinberger, H.: *GATT und regionale Wirtschaftszusammenschlüsse*, 1963.

La supresión progresiva de aranceles aduaneros y de otras restricciones al comercio dentro de las áreas económicas integradas por los Estados miembros correspondientes constituye, por regla general, el núcleo de la integración económica regional. La eliminación de tales "obstáculos interiores" en el comercio entre los Estados miembros es la característica principal de una forma básica de acuerdo económico regional: la zona de libre comercio.¹⁹⁴ Por su parte, la unión aduanera se distingue de la mera zona de libre

¹⁹³ BOE n. 65 de 17 de marzo de 1998.

¹⁹⁴ V. la definición del art. XXIV. 8. b del GATT.

comercio por el hecho de que se establece un arancel exterior uniforme frente a las importaciones de terceros Estados.

- 2 La ausencia de un arancel exterior común obliga en una zona de libre comercio a establecer mecanismos complejos con respecto a las importaciones de terceros Estados, que actúan contra las distorsiones producidas por la existencia de aranceles exteriores diferentes en los Estados miembros y contra el “efecto resaca” que produce en cada caso un arancel a la importación más bajo. En este sentido, son decisivas las denominadas reglas de origen. De acuerdo con ellas, la supresión de obstáculos interiores sólo debe favorecer el comercio de aquellos productos procedentes de la zona económica compuesta por los Estados miembros. El problema que se plantea es la definición de qué se entienda por origen del producto. Algunos posibles criterios son la producción final, un proceso de elaboración que presente un valor añadido, así como, por último, la relación entre el valor “doméstico” (es decir, atribuible a ese área económica) y el de los componentes importados de un producto.¹⁹⁵ A fin de cuentas, las distorsiones de los flujos comerciales que resultan de la inexistencia de un arancel exterior común sólo pueden controlarse de manera imperfecta. Varios aspectos apuntan a que, a la larga, las organizaciones de libre comercio solamente son viables cuando entrañan la aptitud para su desarrollo dinámico hacia una unión aduanera. En esta dirección se mueve, por ejemplo, el Mercado Común para Sudamérica (Mercosur).¹⁹⁶ Otro ejemplo es la Asociación Caribeña de Libre Comercio, que se ha transformado en la Comunidad Caribeña (CARICOM).¹⁹⁷

En cambio, en algunas formas de cooperación económica se presentan obstáculos duraderos a la realización de un área de libre comercio. Éste es el caso, por ejemplo, de la Comunidad de Estados Independientes, compuesta por los Estados sucesores de la Unión Soviética, donde se superponen tanto acuerdos bilaterales como multilaterales.¹⁹⁸

- 3 El GATT tiene una actitud positiva frente a zonas de libre comercio y uniones aduaneras, como se desprende de su artículo XXIV.4. A este respecto, subyace la idea de que este tipo de acuerdos regionales estimula la economía mundial en su conjunto. Una aplicación estricta del principio de la nación más favorecida conduciría a que las medidas liberalizadoras en beneficio del comercio entre las partes de un acuerdo regional tuvieran que extenderse a todos los miembros del GATT.¹⁹⁹ Por esa razón, el GATT prevé un régimen especial para las uniones aduaneras y las zonas de libre comercio, que se encuentra en los párrafos 5 a 10 del artículo XXIV. Para que estos acuerdos regionales puedan verse

¹⁹⁵ V. el art. 4.1 del Tratado de la Asociación Europea de Libre Cambio - European Free Trade Association (AELC - EFTA); Decisión núm. 293 de la Comisión del Pacto Andino, ILM, 32/1993, p. 172.

¹⁹⁶ V. tema 12, nota al margen 5, letra c.

¹⁹⁷ V. Simmonds, K. R.: “Caribbean Cooperation”, en EPIL, t. I, 1992, pp. 533 ss.

¹⁹⁸ Dragneva, R., de Kort, J.: “The Legal Regime for Free Trade in the Commonwealth of Independent States”, *ICLQR* 56 (2007), pp. 233 y ss.

¹⁹⁹ V. *supra*, tema 10, nota al margen 5 a.

privilegiados, el GATT exige que la eliminación de los obstáculos interiores alcance en esencia a todo el comercio en el área económica regional (“substantially all the trade”) (art. XXIV.8, letras a y b). La presión política en beneficio de tales acuerdos económicos regionales ha determinado una interpretación muy generosa de los preceptos que otorgan privilegios a las zonas de libre comercio y a las uniones aduaneras. Tanto los Estados Unidos como la Unión Europea han celebrado una serie de acuerdos bilaterales de comercio preferencial (*Preferential Trade Agreements*, PTAs). Ahora bien, la tendencia a celebrar acuerdos regionales de integración económica no sólo incrementa el bienestar de las naciones participantes, sino que la creación de grandes bloques comerciales comporta también el riesgo de una fragmentación regional de la economía mundial.

La base de la Unión Europea es una unión aduanera (art. 28.1 TFUE). Pero lo característico de la Unión Europea es que garantiza la libre circulación de personas, servicios, capitales y pagos, a través de la reducción de las restricciones directas e indirectas al comercio interestatal, y que ejercita una política comercial común, así como que ordena mecanismos efectivos para la aproximación de las condiciones marco de la actividad empresarial en el mercado interior.²⁰⁰ La Unión Europea se ha convertido en una comunidad de amplia integración jurídica y económica, que ha servido como modelo para la constitución de “comunidades económicas” en otras regiones. Entre las formas organizativas de creciente integración económica se encuentran, por ejemplo, el Mercado Común de los Estados del Pacto Andino, el Mercado Común Centroamericano (MCCA) y la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (*Economic Community of West African States*, ECOWAS). Hasta ahora, algunas de estas organizaciones sólo han logrado una eficacia bastante modesta. Esto se debe no sólo a la limitada voluntad de coordinación política de los Estados miembros, sino también a la escasa envergadura del intercambio transfronterizo de mercancías dentro del acuerdo. El ambicioso proyecto de mercado económico africano está muy influido por el modelo de la Unión Europea.²⁰¹

Una de las organizaciones de libre comercio más importantes fue, durante mucho tiempo, la Asociación Europea de Libre Cambio (AELC – EFTA), que fue creada por algunos Estados europeos por medio de un Tratado de 1960.²⁰² La mayor fuerza atractiva de la Comunidad Europea (hoy Unión Europea) se ha puesto de manifiesto, por ejemplo, en la adhesión de Dinamarca, Gran Bretaña, Portugal, Finlandia, Austria y Suecia, antiguos países de la AELC. Hoy subsiste sólo una EFTA “residual” (Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza). El Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo ha constituido una gran zona de libre comercio entre la EFTA y los Estados de la Unión Europea,²⁰³ a la que se

²⁰⁰ V. *supra*, tema 5, nota al margen 1, e *infra*, tema 12, nota al margen 2.

²⁰¹ Tratado Constitutivo de 1991, ILM, 30/1991, p. 1241.

²⁰² UNTS, 370, p. 5.

²⁰³ V. *infra*, tema 12, nota al margen 3.

extienden los principios fundamentales del Derecho de la Unión Europea. La relación entre Suiza y la Unión Europea ha sido definida por un conjunto de acuerdos bilaterales.

- 6 El Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos,²⁰⁴ constituyó la base para el Tratado de Libre Comercio celebrado entre Canadá, Estados Unidos y México de 1992 (*North American Free Trade Agreement – NAFTA*).²⁰⁵ Con este Tratado, se crea un área de libre comercio muy extensa (susceptible de ampliarse hacia el sur), con una población de aproximadamente 430 millones de habitantes y un producto interno bruto de 13.4 billones de dólares, que representa un contrapeso significativo frente a la Unión Europea y Japón.

La perspectiva de crear una zona de libre comercio para toda América (Área de Libre Comercio de las Américas – *Free Trade Area of the Americas, ALCA – FTAA*)²⁰⁶ recibió un importante impulso político en la cumbre de Jefes de Estado de Miami de 1994. Pero, a la vista de la reciente evolución política, la realización de este proyecto parece bastante lejana.

- 7 La creación de zonas de libre comercio, a través de acuerdos bilaterales de comercio, ocupa un puesto destacado en la actual política comercial de los Estados Unidos y de la Unión Europea. Por ejemplo, los Estados Unidos tienen un Tratado de libre comercio con Chile, y celebraron el Tratado CAFTA-DR (*Central American – Dominican Republic Free Trade Association*) con Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y la República Dominicana. También negociaron acuerdos similares con Colombia y otros países de América Latina. Estos tratados de libre comercio prevén la eliminación de aranceles para casi todas las mercancías de las partes contratantes, así como una amplia protección de las inversiones. El Tratado de libre comercio firmado en 2007 por los Estados Unidos y Corea del Sur crearía la tercera zona de comercio preferencial más grande del mundo. Por su parte, la Unión Europea y sus Estados miembros han celebrado Tratados de libre comercio con Chile y México, entre otros países. Las negociaciones acerca de un tratado de libre comercio con Corea del Sur ya se están aplicando de manera provisional desde el 1 de julio de 2011. Las fuerzas políticas y económicas, tanto en Europa como en los Estados Unidos, se muestran bastante divididas sobre la posibilidad de un tratado de libre comercio entre los Estados Unidos y la Unión Europea (y sus Estados miembros). Los escépticos hacen constar que el proyecto va en contra del concepto multilateral de una liberalización progresiva en el seno de la OMC.

²⁰⁴ V. *infra*, tema 12, nota al margen 4.

²⁰⁵ V. *infra*, tema 12, nota al margen 4.

²⁰⁶ González, J. A.: “The North American Free Trade Agreement”, *International Lawyer*, 30/1996, p. 345 (esp. 346 ss.); O’Hops, P. A.: “Hemispheric Integration and the Elimination of Legal Obstacles Under 9 NAFTA-Based System”, *Harvard International Law Journal*, 36/1995, pp. 127 ss.

2. Libre circulación de mercancías y servicios en la Unión Europea

Bibliografía recomendada: Frenz, W.: Handbuch Europarecht, t. 1: Europäische Grundfreiheiten, 2004; v. también la bibliografía recomendada del tema 2, nota al margen 2 y del tema 4, nota al margen 1.

a) Libre circulación de mercancías

La libre circulación de mercancías en la Unión Europea se construye a partir de la supresión de los aranceles interiores y de la adopción de un arancel aduanero común frente a terceros países (arts. 28. 1, 30 y ss. TFUE). La prohibición de restricciones cuantitativas a la importación y de otras medidas de efecto equivalente tiene una importancia sustancial (art. 34 TFUE). Conforme a la denominada fórmula *Dassonville* del TJUE, el concepto de “medida de efecto equivalente” –en el sentido de la prohibición del Artículo 34 TFUE–, debe entenderse de forma amplia, como “toda norma comercial dictada por los Estados miembros que pueda impedir, directa o indirectamente, de forma actual o potencial, el comercio intracomunitario”.²⁰⁷

Por consiguiente, la prohibición del Artículo 34 TFUE comprende todas las restricciones al comercio imaginables en el mercado interior. Aquí se incluye, por ejemplo, una norma conforme a la cual ciertas bebidas sólo pudieran comercializarse en envases retornables.²⁰⁸ Aparte de restricciones normativas, el precepto del Artículo 34 TFUE engloba también obstáculos de hecho al comercio transfronterizo, como la subvención estatal de una campaña para la compra de productos domésticos; por ejemplo, la acción “Buy Irish”.²⁰⁹

Las normas británicas, según las cuales la leche ultrapasteurizada (leche UHT) sólo podía ser introducida en el Reino Unido sobre la base de una licencia a la importación y debía ser nuevamente envasada por una empresa lechera nacional, representaban un obstáculo especialmente grave al comercio.²¹⁰ Esta regulación equivalía, en la práctica, a una prohibición a la importación total.

La fórmula “Dassonville” se muestra, en algunos casos, demasiado amplia. Esto es particularmente cierto para restricciones a las ventas que no pretenden obstaculizar el comercio entre los países de la Unión y que afectan tanto a productos nacionales como extranjeros. Cuando el TJUE tuvo que resolver sobre una regulación neutra en este sentido (la prohibición francesa de revender mercancías por debajo de su precio de entrega),

²⁰⁷ Sent. TJUE, As. 8/74, Rec., 1974, p. 837 (esp. p. 852).

²⁰⁸ Sent. TJUE, As. 302/86, Rec., 1988, p. 4607.

²⁰⁹ Sent. TJUE, As. 249/81, Rec., 1982, p. 4005.

²¹⁰ V. Sent. TJUE, As. 124/81, Rec., 1983, p. 203.

aprovechó la ocasión para limitar el alcance de su doctrina anterior con la denominada fórmula “Keck”:²¹¹

...la aplicación a productos provenientes de otros Estados miembros de disposiciones nacionales que limiten o prohíban determinadas modalidades de venta no impide directa ni indirectamente, de forma actual ni potencial, el comercio entre los Estados miembros, en el sentido de la jurisprudencia Dassonville...en la medida que estas disposiciones se apliquen a todos los operadores que desempeñen su actividad en el territorio nacional y siempre que afecten por igual, de hecho o legalmente, a la comercialización de los productos nacionales y de los provenientes de otros Estados miembros.

- 12 En algunos casos, la trascendencia de esta nueva doctrina, que limita el ámbito de aplicación del Artículo 34 TFUE,²¹² es difícil de evaluar.²¹³ En efecto, a menudo las normas sobre modalidades de venta están estrechamente relacionadas con la distribución de un producto en el mercado interior. Conforme a lo anterior, el TJUE ha evaluado ciertas restricciones al comercio de mercancías encaminadas a proteger la lealtad de la competencia a la luz de los artículos 34 y 36 TFUE.

Un ejemplo lo constituye la prohibición de distribuir en Alemania productos cosméticos de la marca “Clinique” fabricados en Bélgica y el Reino Unido, debido a un presunto riesgo de confusión (error del cliente en cuanto al carácter no medicinal del producto). Aquí, el TJUE atribuyó a los consumidores una capacidad de discernimiento mayor que la alegada por la agrupación demandante, que había fundado su reclamación contra la denominación del producto en el Derecho de la competencia alemán.²¹⁴

- 13 Cuanto más intensas sean las relaciones entre una restricción a las ventas y la mercancía afectada, más fácil será sujetarla a las reglas de justificación de los artículos 34 y 36 TFUE.
- 14 La prohibición de tales restricciones al comercio de los Estados miembros no es absoluta, sino que está sometida a determinadas excepciones desarrolladas por el TJUE o cubiertas expresamente por el texto del Tratado.²¹⁵ En primer lugar, el TJUE ha reconocido la admi-

²¹¹ V. Sents. TJUE As. C-267 y C-268/91 (Keck), Rec., 1993, p. I-6097.

²¹² El art. 28 TCE tampoco se aplica a la prohibición general de vender en domingo, Sent. TJUE, As. C-69/93 y C-258/93 (Punto Casa), Rec., 1994, p. I-2355. V. además Sent. TJUE, As. C- 317/91 (Quattro/Quadra), Rec., 1993, p. I-6227.

²¹³ V. al respecto Everling: “Der Einfluß des EG-Rechts auf das nationale Wettbewerbsrecht im Bereich des Täuschungsschutzes”, *Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht*, 1994, pp. 221 ss.; Möschel, W.: “Kehrtwende in der Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit”, *NJW*, 1994, pp. 429 ss.; Reich, N.: “The ‘November Revolution’ of the European Court of Justice: Keck, Meng and AUDI Revisited”, *Common Market Law Review*, 31/1994, pp. 459 ss.

²¹⁴ Sent. TJUE, As. C-315/92 (Clinique), Rec., 1994, p. I-317. V. también Everling, *supra*, nota anterior.

²¹⁵ V. al respecto, por ejemplo, White, E. L.: “In Search of the Limits to Article 30 of the EEC Treaty”, *Common Market Law Review*, 26/1989, pp. 235 ss.

sibilidad de obstáculos al comercio que, con carácter general (es decir, sin discriminación que afecte a las mercancías importadas), sirvan para satisfacer exigencias imperativas tendentes a la eficacia de los controles fiscales, a la protección de la salud pública, la lealtad en las transacciones comerciales y la defensa de los consumidores (límites inmanentes del Artículo 34 TFUE).²¹⁶ La doctrina más reciente del TJUE ha extendido los límites inmanentes del Artículo 34 TFUE a la protección del medio ambiente,²¹⁷ y a exigencias de política cultural.²¹⁸ Además, el Artículo 36 TFUE permite expresamente restricciones al comercio interestatal por motivos “de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico o protección de la propiedad industrial y comercial” (primera frase), siempre que estas restricciones no constituyan un medio de discriminación arbitraria ni una limitación encubierta del comercio entre los Estados miembros (segunda frase). Las razones de justificación del Artículo 36 TFUE y las reconocidas en la jurisprudencia respecto del Artículo 34 TFUE coinciden. Las restricciones al comercio de mercancías para proteger el medio ambiente pueden también justificarse en el marco del Artículo 36 TFUE.²¹⁹ Pero sigue siendo objeto de controversia la cuestión de si reglas discriminatorias sólo pueden ser justificadas en virtud del Artículo 36 TFUE o también con base en los límites inmanentes del Artículo 34 TFUE.

El TJUE somete a un examen riguroso de proporcionalidad la justificación de obstáculos 15 nacionales al comercio de mercancías interestatal mediante los límites inmanentes del Artículo 34 TFUE y los intereses protegidos por el Artículo 36 TFUE. Como la jurisprudencia del TJUE ha puesto de manifiesto, los motivos relativos a la salud pública y a la protección de los consumidores aducidos por los Estados miembros a menudo no sirven sino para encubrir obstáculos comerciales con el fin de proteger la economía nacional. En este punto, el Derecho de la Unión Europea despliega un importante efecto racionalizador.

Por ejemplo, el TJUE ha considerado una vulneración del TCE (ahora TFUE) la prohibición alemana de comercializar un licor de frutas francés (“Cassis de Dijon”), a causa de su escasa graduación alcohólica (del 15 al 20 %).²²⁰ El Derecho alemán exigía

²¹⁶ Sent. TJUE, As. 120/78, Rec., 1979, pp. 649 (esp. 662) (“Cassis de Dijon”): “En ausencia de una regulación comunitaria de la producción y la comercialización del alcohol... corresponde a los Estados miembros regular, dentro de su territorio, todo lo concerniente a la producción y comercialización del alcohol y las bebidas alcohólicas. Que los obstáculos al comercio intracomunitario derivados de la disparidad de las legislaciones nacionales sobre comercialización de los productos en cuestión deben aceptarse en la medida que estas prescripciones sean necesarias para satisfacer las exigencias imperativas tendentes, en especial, a la eficacia de los controles fiscales, a la protección de la salud pública, a la lealtad de las transacciones comerciales y a la defensa de los consumidores”.

²¹⁷ V. Sent. TJUE, As. 302/86, Rec., 1988, p. 4607 (esp. 4630) (sistema obligatorio de envases retornables para bebidas); v. al respecto Petersmann, E. –U.: “Freier Warenverkehr und nationaler Umweltschutz im EWG und EWR”, *Aussenwirtschaft*, 1993, pp. 95 ss.

²¹⁸ V. Sent. TJUE, As. 60 y 61/84, Rec., 1985, p. 2605 (esp. 2626) (protección de películas frente a su venta o alquiler anticipado en videoclubes).

²¹⁹ V. sent. TJUE, As. 379/98 (PreussenElektra), *Rec.* 2001, pp. I-2099, n. marg. 66 y ss.

²²⁰ Sent. TJUE, As. 120/78 (REWE-Zentral), Rec., 1979, p. 649.

a los licores de frutas una graduación alcohólica mínima del 25 %. Una justificación de esta regulación alemana sobre la base de la protección de la salud no resistía un examen serio. Las restantes exigencias de la protección de los consumidores (expectativa de una determinada graduación alcohólica) se podían cumplir con la obligación de incluir determinadas indicaciones en la etiqueta.

Tampoco la ley “de pureza de la cerveza” alemana tuvo consistencia frente al TJUE.²²¹ Conforme a ella, bajo la denominación “cerveza” sólo podían comercializarse, en esencia, aquellas bebidas en cuya fabricación únicamente se hubieran empleado malta de cebada, lúpulo, levadura y agua. En opinión del TJUE, esta regulación constituye una intromisión desproporcionada en la libre circulación de mercancías. De ahí que el TJUE se haya referido, por ejemplo, a una obligación de etiquetaje, como una medida menos incisiva para proteger a los consumidores.

Un ejemplo de protección desmedida de los consumidores que constituía un obstáculo al comercio de mercancías en el mercado interior fue la prohibición alemana de publicidad con comparación de precios (§ 6e. 1. de la Ley alemana sobre competencia desleal), en supuestos en los que la clara puesta de relieve de la rebaja frente al precio anterior constituía un elemento de una campaña de ventas que se hizo por catálogo y folletos en varios Estados miembros.²²²

Frente a restricciones a la distribución y venta de determinados alimentos, fundamentadas en riesgos para la salud, el TJUE exige una evaluación del riesgo sobre la base de información científica reciente, junto con una evaluación de la probabilidad y gravedad de efectos nocivos.²²³

b) Libre prestación de servicios

- 16 En el TFUE, la prestación de servicios se rige por dos conjuntos de normas: los preceptos sobre la libertad de establecimiento (arts. 49 y ss. TFUE),²²⁴ y las disposiciones sobre la libre prestación de servicios (arts. 56 y ss. TFUE). Si, por ejemplo, una empresa de seguros del Estado miembro A ofrece sus servicios en el Estado miembro B por medio de una filial o sucursal, esta actividad estará comprendida en la libertad de establecimiento. Por el contrario, si una empresa o un profesional (por ejemplo, un abogado o un médico), que están establecidos en el Estado miembro A, prestan servicios en el Estado miembro B (sin tener un establecimiento en este último Estado), esta actividad es objeto de la libre prestación de servicios (v. art. 57 TFUE). Para distinguir entre supuestos que se rigen por la libertad de establecimiento y otros que se rigen por la libre prestación de servicios, conviene analizar la duración, regularidad y continuidad de los servicios prestados. Tam-

²²¹ Sent. TJUE, As. 178/84, Rec., 1987, p. 1227.

²²² Sent. TJUE, As. C-126/91 (Yves Rocher), Rec., 1993, p. I-02361.

²²³ Sent. TJUE, As. C-192/01 (Comisión v. Dinamarca), Rec. 2003, pp. I-9693 ss., n. marg. 45 ss. (sobre la adición de vitaminas a alimentos).

²²⁴ V. *supra*, tema 5, nota al margen 1.

bién importa si el proveedor dispone de alguna infraestructura en el país donde presta su servicio.²²⁵ Recientemente, la libre prestación de servicios ha ganado bastante importancia, a pesar de su carácter subsidiario, frente a los preceptos sobre la libre circulación de mercancías, personas y capitales.²²⁶

El TJUE interpreta la libre prestación de servicios como una expresión del principio de no discriminación y una protección frente a restricciones excesivas. Como para las demás libertades de mercado, la jurisprudencia exige, en este punto, la justificación de las restricciones por razón de interés general, así como el respeto de los principios de proporcionalidad y de no discriminación.²²⁷ La proporcionalidad depende, sobre todo, de si la protección de determinados intereses (por ejemplo, la protección de la salud pública o de los consumidores) ya está asegurada a través de los requisitos impuestos por el país de origen del prestador de servicios y de si las restricciones adicionales impuestas por el Estado donde se presta el servicio van más allá de lo necesario o no.

Estos criterios los empleó el TJUE, por ejemplo, respecto del Derecho alemán en materia de seguros que, con carácter general, exigía un establecimiento en Alemania para la distribución directa de seguros por parte de empresas extranjeras. El TJUE vio en ello una infracción del Artículo 56.1 TFUE.²²⁸ Dado que existen estándares armonizados para el control prudencial de los seguros en toda la Unión, y que es posible supervisar las compañías de seguros aunque no tengan un establecimiento en territorio nacional, la necesidad de supervisión permanente no podía justificar un deber general de los aseguradores de otros Estados miembros de establecerse en el territorio nacional.

3. Espacio Económico Europeo

Bibliografía recomendada: Hummer, W.: “Der EWR und seine Auswirkungen auf Österreich”, *EuZW*, 1992, pp. 361 ss.; Jacot-Guillarmod, O. (ed.): *Accord CEE/EWR-Abkommen/EEA Accord*, 1992; Norberg, S.: “The Agreement on a European Economic Area”, *Common Market Law Review*, 29/1992, pp. 1171 ss.; Streit, A.: “Das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum”, *NJW*, 1994, pp. 555 ss.; Toledano Laredo, A.: “The EEA Agreement: An Overall View”, *Common Market Law Review*, 29/1992, pp. 1199 ss.

²²⁵ Sent. TJUE, As. C-55/84 (Gebhard), *Rec.* 1995, pp. I-4165 ss., n. marg. 27; As. C-215/01 (Schnitzer), *Rec.* 2003, pp. I-14847 ss., n. marg. 32.

²²⁶ V. Hailbronner, K., Nachbaur, A.: “Die Dienstleistungsfreiheit in der Rechtsprechung des EuGH”, *EuZW*, 1992, pp. 105 ss.; Roth, W. -H.: “The European Economic Law on Services: Harmonisation”, *Common Market Law Review*, 25/1988, pp. 34 ss. En cuanto a prestaciones de servicios en particular, v. *infra*, tema 12.

²²⁷ Sent. TJUE, As. C-55/84 (Gebhard), *Rec.* 1995, pp. I-4165 ss., n. marg. 37.

²²⁸ Sent. TJUE, As. 205/84, *Rec.*, 1986, p. 3755.

- 19 El Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE), de 1992, debe aproximar a los Estados que quedan en la AELC al mercado interior de la Unión Europea.²²⁹ El Acuerdo fue suscrito entre, por una parte, la Comunidad Económica Europea (CEE), la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) y sus respectivos Estados miembros y, por otra, los Estados de la AELC. Desde el punto de vista de la Unión Europea, se trata de un acuerdo de asociación en el sentido del Artículo 217 TFUE. Este Acuerdo tiene por objeto la creación de una gran zona europea de libre comercio, con un potencial económico gigantesco. A los Estados miembros del EEE, con sus aproximadamente 455 millones de habitantes, sustancialmente les correspondería más de un cuarenta por ciento del comercio mundial. En marzo de 1993, tras el rechazo al Acuerdo sobre el EEE por parte de Suiza (*referendum* de rechazo), se firmó un Protocolo de adaptación al Acuerdo entre los Estados de la CE y los restantes Estados-AELC.²³⁰ Más tarde, Suiza se aproximó al EEE a través de un haz de convenios especiales.²³¹

En ciertos ámbitos, el legislador suizo acompasa su Derecho nacional a los preceptos de la Unión Europea (a través de una denominada “transposición autónoma”).

El Acuerdo sobre el EEE entró en vigor el 1 de enero de 1994. Tras la ampliación de la UE a Austria, Finlandia y Suecia, el Acuerdo de la EEE es relevante, sobre todo, por su carácter de modelo para la asociación de terceros Estados, con una comunidad económica altamente diferenciada en la que presentan un nivel de desarrollo económico comparable. El Acuerdo sobre el EEE se inspiró intensamente en los principios fundamentales del TCE (hoy TFUE). Las disposiciones sobre la libre circulación de mercancías, trabajadores y capitales, sobre el derecho de establecimiento, la libre prestación de servicios y el control de la libre competencia se apoyan bastante (incluso en cuanto al tenor literal) en el TCE. No obstante, y a diferencia del mercado interior de la Unión Europea, en el EEE no se establece un arancel exterior común de los Estados de la Unión y la AELC.

- 20 Las normas del Acuerdo sobre el EEE se deben interpretar en consonancia con la jurisprudencia del TJUE, en la medida que coincidan substancialmente con las del Derecho de la Unión Europea (art. 6 Acuerdo-EEE).
- 21 El sistema institucional del Acuerdo-EEE es extraordinariamente complicado. Esto se explica porque el Acuerdo intenta equilibrar objetivos contrapuestos. Por una parte, se tiene que asegurar la libertad de decisión de la Unión Europea de cara al desarrollo ulterior del mercado interior. Por otra, los Estados AELC aspiran a no quedar sometidos sin más a un poder legislativo extranjero. Finalmente, para la aptitud funcional del nuevo EEE, el Acuerdo debe garantizar la unidad jurídica necesaria.

²²⁹ Common Market Law Review, 29/192, p. 1247.

²³⁰ COM (1993) 98 (9 de marzo de 1993).

²³¹ Al respecto, v. Cottier, T./ Oesch, M.: *Die sektoriellen Abkommen Schweiz – EG*, 2002.

El Acuerdo prevé la creación de un Consejo del EEE como órgano político supremo 22 (arts. 89 ss.). Su función es, sobre todo, la de “dar el impulso político a la aplicación del presente Acuerdo y de fijar las orientaciones generales para el Comité Mixto del EEE” (art. 89.1). El Consejo reúne a los miembros del Consejo de la UE y de la Comisión Europea, así como a un miembro por cada Gobierno de los Estados-AELC (art. 90. 1). El órgano de decisión más importante es el Comité Mixto del EEE (arts. 92 ss.). Este órgano está compuesto por representantes de los Estados miembros (art. 93.1). Sus decisiones se adoptarán “entre las Comunidades, por una parte, y los Estados de la AELC, que se expresarán con una sola voz, por otra” (art. 93. 2). De este modo, nace una obligación para los Estados-AELC de alcanzar un acuerdo interno. Con base en el Acuerdo, se han adoptado unos mil cuatrocientos actos jurídicos de Derecho de la Unión secundario para el EEE. Disposiciones más específicas se encuentran en los Anexos al Acuerdo-EEE. El Derecho de la Unión Europea de nueva creación debe aceptarse en la medida en que las decisiones del Comité Mixto del EEE lo prevean (art. 98 ss. Acuerdo-EEE).

Para la transposición de las disposiciones del Tratado y de los mecanismos de control, el 23 Acuerdo sobre el EEE sigue un modelo de doble vía. Respecto de los Estados-AELC, se creó un órgano de vigilancia de la AELC, que debe garantizar el cumplimiento del Acuerdo sobre el EEE (art. 108. 1). Este órgano es también competente para controlar obstáculos a la libre competencia y fusiones entre empresas en relación con sus efectos sobre el comercio entre los Estados-AELC (arts. 55 ss.) Cuando (también) el comercio entre los Estados miembros de la Unión Europea se vea sensiblemente afectado, la Comisión Europea será competente (arts. 56, 57. 2). Aquí se pone de manifiesto de nuevo la preeminencia de la Unión Europea.

Para los Estados miembros de la AELC era inaceptable la competencia del TJUE de 24 Luxemburgo en materia de controversias sobre la aplicación del Acuerdo-EEE.

En un principio, se previó un Tribunal del EEE que debía conocer, especialmente, de los litigios entre los Estados miembros y de las discusiones en cuanto a la interpretación del Acuerdo-EEE, a petición de un Estado parte o del Comité Mixto del EEE. Junto a ello, la versión anterior del Acuerdo sobre el EEE contenía disposiciones sobre la revisión de las decisiones del Órgano de vigilancia de la AELC a través de un Tribunal de primera instancia del EEE (asociado al Tribunal del EEE) y de un Tribunal de segunda instancia. El Tribunal del EEE debía estar integrado por cinco jueces del TJUE y tres jueces designados por los Estados-AELC. El TJUE, en un dictamen consultivo, vio en la competencia de los tribunales previstos un menoscabo de “la autonomía del sistema jurídico comunitario” y de su propia función conforme al Artículo 220 TCE (ahora reemplazado, en su esencia, por el Artículo 19 TUE).²³² Por ello, el TJUE declaró que

²³² Dictamen TJUE 1/91, Rec., 1991, p. I-6079 (esp. 6105).

las disposiciones originales del Acuerdo-EEE sobre la tutela judicial eran incompatibles con el Tratado sobre la Comunidad Económica Europea.

La versión actual del Acuerdo sobre el EEE prevé un sistema jurisdiccional de doble vía. Al TJUE se le agregó un Tribunal-AELC que, en virtud de un pacto especial entre los Estados-AELC, ha de decidir, en particular, sobre recursos del Órgano de Vigilancia de la AELC contra Estados-AELC por infringir el Acuerdo, sobre recursos contra decisiones del Órgano de Vigilancia de la AELC en materia de competencia, y sobre diferencias entre Estados miembros de la AELC (art. 108.2 Acuerdo-EEE).²³³

- 25 En litigios sobre la interpretación o la aplicación del Acuerdo sobre el EEE, la Unión Europea o un Estado-AELC pueden acudir al Comité Mixto del EEE (art. 111 Acuerdo-EEE). Si la controversia se refiere a disposiciones idénticas en sustancia a las normas correspondientes del TFUE, las partes pueden solicitar al TJUE una resolución sobre su interpretación (art. 111.3). Cuando no se haya alcanzado un acuerdo en torno a una solución, un Estado parte puede adoptar ciertas medidas unilaterales de compensación (art. 111.3, p. II). En caso de controversias sobre las medidas de salvaguardia unilaterales previstas por el Acuerdo, un Estado parte puede someter la diferencia a arbitraje (art. 111.4). Los Estados de la AELC pueden introducir un procedimiento para plantear cuestiones prejudiciales en el que un órgano jurisdiccional nacional pide al TJUE que se pronuncie sobre la interpretación de una norma del EEE (art. 107).
- 26 Con ello, poco ha quedado de un sistema de protección jurídica de envergadura para el EEE. En un segundo dictamen, el TJUE no manifestó ninguna consideración en contra del sistema de solución de diferencias del Acuerdo sobre el EEE en su versión actual.²³⁴

4. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN, *North American Free Trade Agreement, NAFTA*)

Bibliografía recomendada: Abbott, F. M.: *Law and Policy of Regional Integration: The NAFTA and Western Hemispheric Integration in the World Trade Organization System*, 1995; Ansley, F. L.: “North American Free Trade Agreement: The Public Debate”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 22/1992, pp. 469 ss.; Bello, J. H., Holmer, A. F., Norton, J. J. (ed.): *The North American Free Trade Agreement. A New Frontier in International Trade and Investment in the Americas*, 1994; van Dijck, P.: “NAFTA: A Model for the WTO?”, en van Dijck, P., Faber, G.: *Challenges to the New World Trade Organization*, 1996, pp. 127 ss.; Meub, M. H.: “Das Nordamerikanische Freihandelsabkommen NAFTA”, *EuZW*, 1993, pp. 532 ss.; Norton, J. J.: *NAFTA and Beyond. A new Framework for Doing Business in the Americas*, 1995; Rubin, S. J.,

²³³ Baudenbacher, C./Tresselt, P./Örlygsson, T.: *The EFTA Court: Ten Years On*, 2005.

²³⁴ Dictamen TJUE 1/92, Rec., 1992, p. I-2821.

Alexander, D. C.: NAFTA and the Environment, 1996; Senti, R.: NAFTA: die Nord-amerikanische Freihandelszone – Entstehung, Vertragsinhalt, Auswirkungen, 1996; Siqueiros, J. L.: “NAFTA Institutional Arrangements and Dispute Settlement Procedures”, California Western International Law Journal, 23/1993, pp. 383 ss.; Sagasser, B., Kau, W.: “Das Nordamerikanische Freihandelsabkommen NAFTA”, RIW, 1993, pp. 573 ss.

En la denominada “Tríada” (compuesta por el Bloque norteamericano, la Unión Europea y Japón), tiene una gran relevancia el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, de 1992 (*North American Free Trade Agreement, NAFTA*).²³⁵ Son Estados parte los Estados Unidos, Canadá y México. 27

Este Acuerdo tiene su origen en el Tratado de Libre Comercio suscrito entre Canadá y los Estados Unidos en 1988.²³⁶ Aquel Tratado ya contenía, como el TLCAN, una serie de requerimientos para proteger inversiones, con un amplio ámbito de aplicación.²³⁷ 28

El objetivo del TLCAN es eliminar barreras al comercio de mercancías y servicios, fomentar la competencia leal, mejorar las condiciones de la inversión en la zona de libre comercio, garantizar la protección de los derechos de propiedad intelectual y crear procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento de los principios del Tratado (art. 102). 29

Un principio fundamental es la no discriminación (trato nacional), completado a través del principio de nación más favorecida en sectores particulares. Para el comercio de mercancías (Parte II), el Tratado prevé el principio de trato nacional (art. 301), la eliminación de aranceles y de restricciones a las importaciones y exportaciones (art. 302). Algunos bienes disfrutaban del trato de nación más favorecida en materia de aranceles (art. 308); en virtud de las reglas de origen acordadas, ello depende de si los productos, o un determinado porcentaje de sus componentes, provienen de un Estado del TLCAN, o si hubo cierto nivel de procesamiento de los productos en uno de ellos (art. 401 y ss.). En cuanto a productos agropecuarios, se pretende eliminar todos los obstáculos no tarifarios (Parte II, Capítulo 7, Sección A). Además, se regulan las barreras técnicas al comercio (Parte III). El texto del Tratado se ocupa, de forma detallada, de la libertad de acceso, sin discriminación, a las compras del sector público (Parte IV). La protección de las inversiones (Parte V, Capítulo 11) comprende la indemnización total, inmediata y efectiva en caso de expropiación (art. 1110). La solución de diferencias entre los inversores y un Estado parte prevista en el Tratado es especialmente interesante (procedimiento de arbitraje 30

²³⁵ ILM, 32/1993, pp. 289 ss. y 605 ss.

²³⁶ ILM, 27/1988, p. 281; Baker, S. A., Battram, S. B.: “The Canada – United States Free Trade Agreement”, *The International Lawyer*, 23/1989, pp. 37 ss.; Weber, A.: “Das amerikanisch-kanadische Freihandelsabkommen de 2 de enero de 1988”, RIW, 1990, pp. 975 ss.; Cantin, F. P., Lowenfeld, A. F.: “Rules of Origin, The Canada-U. S. FTA, and the Honda Case”, *AJIL*, 87/1993, pp. 375 ss.

²³⁷ Raby, J.: “The Investment Provisions of the Canada-United States Free Trade Agreement: A Canadian Perspective”, *AJIL* 84/1990, pp. 394 ss.

ante el CIADI, o procedimiento del tipo “*Additional Facility*” en el marco del CIADI,²³⁸ o procedimiento de arbitraje aplicando las normas de CNUDMI²³⁹).²⁴⁰ Para iniciar un procedimiento de arbitraje, el inversor privado no necesita ninguna declaración especial de sumisión del Estado parte correspondiente, porque el Tratado ya contiene el consentimiento (art. 1122). En el comercio de servicios se aplican los principios de trato nacional y el de la nación más favorecida (Parte V, Capítulo 12, arts. 1201 y ss.). El TLCAN dedica preceptos detallados al comercio transfronterizo en los sectores de telecomunicaciones y servicios financieros (Parte V, Capítulos 12-14). Junto a ello, el Tratado contiene normas sobre competencia (Capítulo 15) y protección de los derechos de propiedad intelectual (parte VI, Capítulo 17).

- 31 Los preceptos del TLCAN sobre solución de diferencias en casos de *antidumping* y de medidas contra subvenciones son de gran interés. En disputas sobre medidas *antidumping* o compensatorias (*countervailing*), un grupo especial binacional de expertos (*panel*) debe decidir sobre la aplicación correcta de las normas del Estado importador (Capítulo 19). Un grupo especial de este tipo se compone de cinco miembros, nombrando cada Estado a dos de ellos. Cuando ni los dos Estados, ni los cuatro miembros designados por ellos, puedan ponerse de acuerdo en cuanto al quinto panelista, se elegirá un miembro por sorteo entre un “fondo de candidatos” (*pool*). La decisión del grupo especial será obligatoria para las partes en relación con el asunto concreto (art. 1904.9). El Tratado prevé excepciones a las obligaciones convencionales, en especial, respecto de los supuestos regulados en el Artículo XX del GATT (art. 2102), así como por motivos de seguridad nacional (art. 2102) y de dificultades serias en la balanza de pagos (art. 2104).
- 32 El sistema institucional del TLCAN no es muy sofisticado. Se creó una Comisión de Libre Comercio (integrada por representantes de cada parte, que deben ser Ministros o Secretarios de Estado), con las tareas de examinar la transposición de las disposiciones del TLCAN, votar en relación a desarrollos ulteriores y resolver diferencias en el plano político (art. 2001). Además, existe una Secretaría (art. 2002).

5. Integración regional en Latinoamérica y el Caribe

Bibliografía recomendada: Alhadeff, E. T.: “Protocol of Buenos Aires on International Jurisdiction in Disputes relating to Contracts”, ILM, 36/1997, pp. 1263 ss.; Brewer-Carias, A. R.: “Regional Integration in Central Latin America: A Progress Report”, en Schmitthoff, C. M., Simmonds, K. R. (ed.): *International Economic and Trade Law, Universal and Regional Integration*, 1976, pp. 13 ss.; Chatterjee, C.: “The Treaty of Asunción:

²³⁸ V. *infra*, tema 23, nota al margen 5.

²³⁹ V. *supra*, tema 9, nota al margen 2.

²⁴⁰ V. art. 1122. Al respecto, Horlick, G. A., Marti, a. L.: “NAFTA Chapter 11 B-A Private Right of Action to Enforce Market Access through Investments”, *Journal of International Arbitration*, 14/1997, pp. 43 ss.

An Analysis”, *JWT*, 26/1992, pp. 63 ss.; Hummer, W.: “Integration in Lateinamerika und in der Karibik. Aktueller Stand und zukünftige Entwicklungen”, *Verfassung und Recht in Übersee* 2005, pp. 6 ss.; Mancero-Bucheli, G.: “Anti-Competitive Practices by Private Undertakings in Ancom and Mercosur: An Analysis from the Perspective of EC Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, 47/1998, pp. 149 ss.; Mayr, J. L.: “Die Rolle des Mercosur im multidimensionalen Integrationschema Lateinamerikas”, *Verfassung und Recht in Übersee*, 1993, pp. 258 ss.; Moavro, H., Orieta, P. W., Parera, R. G.: *Las Instituciones del Mercosur*, 1997; O’Keefe, T. A.: “How the Andean Pact Transformed Itself into a Friend of Foreign Enterprise”, *The International Lawyer*, 30/1996, pp. 811 ss.; Samtleben, J.: “Der Südamerikanische Gemeinsame Markt (Mercosur) und seine neue Verfassung”, *WM*, 1996, pp. 1997 ss.; Sangmeister, H.: *Mercosur: Möglichkeiten und Grenzen der Integration*, 1996; Vervaele, J.: “Mercosur and Regional Integration in South America”, *ICLQ* 2005, pp. 387 ss.; Wehner, U.: *Der Mercosur*, 1999.

a) Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)

En el Continente americano se ha suscrito una serie de acuerdos de integración entre los Estados de América Central y del Sur. Con el Acuerdo de Montevideo de 1960, varios Estados latinoamericanos crearon la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio.²⁴¹ Más tarde, en lugar de este Acuerdo se implantó el Tratado sobre la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) de 1980.²⁴² Los Estados miembros fundadores son Argentina, Bolivia, Chile, Ecuador, Colombia, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Los órganos de la ALADI son el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores, la Conferencia de Evaluación y Convergencia, el Comité de Representantes (en el que cada Estado miembro tiene un representante con un voto), así como una Secretaría General. El Consejo es el órgano supremo y es competente, entre otras cosas, para dictar normas generales que fomenten la integración económica (art. 30 Acuerdo-ALADI). Las decisiones de los órganos políticos se adoptan por mayoría de dos tercios. En ciertos casos importantes, un Estado miembro puede impedir una decisión mediante un voto negativo (art. 43). 33

Convenios bilaterales y trilaterales se superponen al régimen de libre comercio de ALADI. Así, Colombia, México y Venezuela han pactado la creación de una zona de libre comercio (“Grupo de los tres”, G-3). Entre tanto, Venezuela se ha retirado de ALADI, en tanto que Panamá ha manifestado su interés en adherirse. 34

²⁴¹ V. al respecto Grigera Naón, H. A.: “Latin American Integration Association”, en *EPIL*, t. III, 1997, pp. 144 ss.

²⁴² *ILM*, 20/1981, p. 672.

b) Acuerdo de Cartagena (Pacto Andino) y Comunidad Andina

- 35 En el marco de la ALADI, algunos Estados sudamericanos celebraron en 1969 el Acuerdo de Cartagena, para fortalecer la integración subregional (Pacto Andino).²⁴³ La Comunidad Andina, que nació de este Pacto, está compuesta en la actualidad por Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú. Venezuela se desvinculó de la Comunidad Andina en 2006, en tanto que Chile tiene desde 2006 el estatus de miembro asociado de la misma. El Pacto Andino prevé, como órganos principales, la Comisión, la “Junta” tripartita (como guardiana de la observancia del Tratado y de las decisiones de la Comisión), el Parlamento Andino y el Tribunal del Mercado Común Andino. La Comisión se compone de representantes de los Gobiernos de los Estados miembros; es competente para formular los objetivos generales del Pacto Andino, la aprobación de las medidas necesarias a este respecto y la coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros. Las decisiones de la Comisión tienen eficacia obligatoria general y forman parte del Derecho de los Estados miembros sin necesidad de acto de transposición nacional (arts. 2 y 3 del Acuerdo sobre el Tribunal). Las decisiones del Tribunal también despliegan eficacia directa y no requieren declaración de ejecutabilidad en los Estados miembros (art. 32 del Acuerdo sobre el Tribunal). En este punto, se refleja claramente el modelo del TJUE. El Pacto Andino debe transformarse en una unión aduanera. A este fin, se desarrolló un plan gradual para establecer un arancel exterior común. Mientras los aranceles interiores se eliminaron por completo, una unión aduanera sólo se ha podido realizar respecto de un 50% del comercio exterior con terceros países.
- 36 Con el Acuerdo de Trujillo de 1996, el Pacto Andino fue elevado a un nuevo nivel y transformado en la Comunidad Andina. El órgano político rector de la Comunidad Andina es el Consejo presidencial andino, que reúne a los Jefes de Estado de los Estados miembros. El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores es competente para formular la política exterior en interés de la integración subregional y para suscribir los tratados internacionales de la Comunidad Andina. Los restantes órganos principales de la Comunidad Andina son (como antes) la Comisión y el Tribunal. Junto a ello, existen varios órganos consultivos adyacentes. En lugar de la anterior “Junta” del Pacto Andino, actualmente funciona la Secretaría General de la Comunidad Andina.

²⁴³ ILM, 28/1989, p. 1165; García Amador, F. V.: El ordenamiento jurídico andino, 1977 (en inglés 1978); Leu, H. -J.: “Andean Common Market”, en EPIL, 6/1983, pp. 13 ss.; Sáchica, L. C.: Derecho Comunitario Andino, 1990. El Tratado sobre la constitución del Tribunal del Mercado Común Andino provocó reformas esenciales, ILM, 18/1979, p. 1203. El protocolo de Quito de 1987 modificó mucho más el Pacto Andino (ILM, 28/1989, p. 1165). V. al respecto Zelada Castedo, A.: “Las reformas del Acuerdo de Cartagena: la estructura institucional y el principio de no discriminación”, Integración Latinoamericana, Núm. 134/1988, pp. 14 ss.

c) Mercosur

El Mercado Común del Sur (Mercosur, o *Mercosul* en portugués²⁴⁴) se creó en 1991 a 37 través del Tratado de Asunción entre Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay. Bolivia, Chile, Perú, Colombia, Ecuador y Venezuela son miembros asociados. La ratificación de la adhesión de Venezuela como miembro de pleno derecho por parte de Brasil y Paraguay está todavía pendiente. Atendiendo al éxito conseguido hasta la fecha, a la vista del poder económico de Argentina y Brasil, Mercosur se ha convertido en uno de los proyectos más importantes de integración regional. Entretanto, se han puesto los fundamentos para una –aún incompleta– unión aduanera. Para un amplio espectro de mercancías se han eliminado los aranceles interiores y ha entrado en vigor un arancel exterior común.

Los Estados fundadores del Mercosur, al contrario que, por ejemplo, los de la Unión Euro- 38 pea o también los del Pacto Andino, se han decantado de momento por un sistema institucional sencillo, sin mecanismos complicados de formación de la voluntad supranacional. En vez de ello, los Estados miembros han fijado una supresión paulatina de las asimetrías económicas por medio de la coordinación intergubernamental. La política económica coordinada entre Argentina y Brasil tuvo que superar grandes dificultades, especialmente en el sector monetario, debido a la hiperinflación existente en Brasil durante bastante tiempo. Mercosur ha conducido a una evidente vivificación del comercio entre los Estados miembros y a un claro incremento del producto nacional bruto de esos cuatro Estados.

La estructura orgánica actual del Mercosur procede del Protocolo de Ouro Preto de 1994.²⁴⁵ Este Protocolo fundamenta, al mismo tiempo, la personalidad jurídica de Mercosur como organización internacional. Los principales órganos de Mercosur son el Consejo del Mercado Común, el Grupo del Mercado Común, la Comisión de Comercio del Mercosur, la Comisión Parlamentaria Conjunta, el Foro Consultivo Económico y Social, y la Secretaría administrativa. El Consejo del Mercado Común es el órgano supremo de decisión; está integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores y Economía de los Estados miembros. El Grupo del Mercado Común es el órgano ejecutivo del Mercosur; en él, cada Estado miembro está representado por cuatro miembros titulares y cuatro miembros suplentes por país. El Grupo del Mercado Común es auxiliado por la Comisión de Comercio, que controla la aplicación de los instrumentos comunes de política comercial, persigue el desarrollo del mercado común y presenta las propuestas legislativas. En virtud del Protocolo de Ouro Preto, Mercosur tiene personalidad jurídica tanto en el plano internacional (art. 34), como en el tráfico jurídico privado (art. 35).

²⁴⁴ ILM, 30/1991, pp. 1041 ss. (esp. 1044); al respecto Bodemer, K.: "Von der Wirtschaftsgemeinschaft zur subregionalen Sicherheitsgemeinschaft – Eine Zwischenbilanz des Mercosur", *Friedenswarte*, 75/2000, pp. 331 ss.; Cassella, P.B.: "Legal Features and Institutional Perspectives for the Mercosur", *VRÜ*, 31/1998, pp. 523 ss.; Martins, R.: "Mercosur: Der südamerikanische Gemeinsame Markt", *RIW*, 1999, pp. 851 ss.; Samtleben, J.: "Der Südamerikanische Gemeinsame Markt (Mercosur) und seine neue Verfassung", *WM*, 1996, pp. 1997 ss.; Sangmeister, H.: *Mercosur: Möglichkeiten und Grenzen der Integration*, 1996; Wehner, U.: *Der Mercosur*, 1999.

²⁴⁵ ILM, 34/1995, p. 1244.

Las fuentes jurídicas del Mercosur son, además del Tratado Constitutivo, sus Protocolos anexos y modificaciones, los convenios internacionales del Mercosur y las decisiones del Consejo, las resoluciones del Grupo del Mercado Común y las directrices de la Comisión de Comercio. Los Estados miembros están obligados a incorporar a su Derecho interno los actos jurídicos adoptados por los órganos del Mercosur. El Protocolo de Brasilia de 1991 regula la solución de diferencias en el seno del Mercosur.²⁴⁶ Conforme a él, un tribunal arbitral compuesto por tres jueces decide sobre controversias que los Estados parte no puedan resolver mediante acuerdo. Con base en el Protocolo de Olivos de 2002, se creó el Tribunal Permanente de Revisión, con competencia para revisar los laudos arbitrales; en determinadas circunstancias, el Tribunal puede también decidir como primera y última instancia. Los particulares también pueden incoar un procedimiento arbitral, al sentirse perjudicados por una medida de un Estado miembro contraria al Tratado. Los representantes del Estado de origen pueden elevar la reclamación al Grupo del Mercado Común, que, tras un examen previo, puede solicitar la opinión de un grupo de expertos. Si el grupo de expertos estima que la reclamación contra un Estado miembro está justificada, cada uno de los otros Estados miembros puede exigir una reparación y, después de expirar un plazo, iniciar un arbitraje entre Estados. En vista del nivel de integración alcanzado hasta ahora, la inexistencia de una jurisdicción institucionalizada se considera entretanto como un defecto. Una cláusula de salvaguardia permite a los Estados miembros fijar cuotas temporales a la importación para determinados bienes, cuando un incremento drástico de las importaciones amenace con irrogar un daño grave al propio mercado.

- 39 El proyecto de una Comunidad Suramericana de Naciones, formulado en la Declaración de Cuzco de 2004, debe unir los dos grandes bloques comerciales del Mercosur y de la Comunidad Andina, para formar una gran zona continental de comercio preferencial. Por una parte, los Estados miembros de la Comunidad Andina ya han creado zonas de comercio preferencial con los Estados del Mercosur a través de acuerdos bilaterales. Por otra parte, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay se hicieron miembros asociados del Pacto Andino (Decisión 613, de 2005, del Consejo Andino). Estas relaciones de comercio preferencial se extienden a aproximadamente un 80% del comercio entre los dos bloques.

d) Libre comercio e integración económica en América Central y el Caribe

- 40 Entre tanto, el Mercado Común Centroamericano (MCCA) ha sido reemplazado por el Sistema de Integración Centroamericano (SICA). Los Estados miembros son Belice, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá. Los órganos principales son la Corte Centroamericana de Justicia, que resuelve también sobre recursos interpuestos por particulares, la Reunión de Presidentes, el Consejo de Ministros de

²⁴⁶ ILM, 36/1997, p. 691.

Asuntos Exteriores, el Parlamento Centroamericano, la Secretaría General, un Comité Ejecutivo y un Comité Consultivo.²⁴⁷

Bajo el techo de la Comunidad Caribeña (*Caribbean Community*, CARICOM²⁴⁸) se ha establecido el Mercado Común Caribeño (*Caribbean Common Market*). Este mercado aspira a establecer un arancel exterior común y a una coordinación cada vez más estrecha de la política comercial exterior de los Estados miembros. Estos miembros son Antigua y Barbuda, las Bahamas, Barbados, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Haití, Jamaica, el territorio británico de Montserrat, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Surinam, así como Trinidad y Tobago. La República Dominicana tiene estatus de observador. La Corte Caribeña de Justicia tiene competencia facultativa como supremo tribunal de apelación para los Estados miembros, pero resuelve también diferencias entre Estados miembros de CARICOM, cuestiones prejudiciales interpuestas por los tribunales nacionales y recursos de personas naturales y jurídicas. En el asunto *Trinidad Cement Ltd. v. Caribbean Community*, la Corte admitió un recurso individual contra la CARICOM, que se apoyó en la presunta incompatibilidad de preceptos de Derecho secundario de la CARICOM con el Derecho internacional público. En este contexto, la Corte resaltó el principio de la “responsabilidad legal” (*legal accountability*).²⁴⁹

6. Asociación de Estados del Sudeste Asiático (ASEAN)

La Asociación de Estados del Sudeste Asiático (ASEAN) fue fundada en el año 1967 41 por Indonesia, Malasia, Filipinas, Singapur y Tailandia (originariamente, con el objetivo de frenar la expansión comunista). Más tarde, se unieron a ella Brunei, Vietnam, Burma, Laos, y Camboya. Los “tigres asiáticos” (Indonesia, Malasia, Filipinas, Singapur y Tailandia) han logrado durante años altas, o hasta muy altas, tasas de crecimiento. Tras un convenio de 1977, los Estados miembros se han concedido recíprocamente aranceles preferenciales. Un nuevo acuerdo sobre aranceles preferenciales prevé la supresión progresiva de los obstáculos al comercio y la creación de una zona de libre comercio para los productos industriales (*ASEAN Free Trade Area*, *AFTA*). De gran relevancia para este proyecto es el esquema de la Tarifa Preferencial Efectiva Común (*Common Effective Preferential Tariff* – CEPT), que persigue una significativa reducción de los aranceles para numerosos productos y la eliminación de restricciones no tarifarias al comercio. En ocasiones, varios Estados de la región-ASEAN han sufrido problemas monetarios importantes (Tailandia, Filipinas y Malasia). A ello debe añadirse el elevado endeudamiento exterior de algunos Estados miembros.

²⁴⁷ Gallep, B.: “Der zentralamerikanische Integrationsprozess. Probleme und Scheinprobleme”, *KAS Auslandsinformationen*, 10/2004, pp. 30 ss.

²⁴⁸ Al respecto, v. Simmonds, K. R.: “Caribbean Cooperation”, en *EPIL*, t. I, 1992, pp. 533 ss.

²⁴⁹ *Trinidad Cement Ltd. v. Caribbean Community*, [2009] CCJ 2 (OJ), para 32.

7. Acuerdo de libre comercio ASEAN-China

- 42 El Acuerdo de libre comercio entre el ASEAN y China (*ASEAN-China Free Trade Agreement - ACFTA*), que entró en vigor el 1 de enero de 2010, prevé la reducción de aranceles para el 90% de las mercancías. En un primer periodo, sólo seis Estados participan en la reducción de aranceles (Brunei, Indonesia, Malasia, Filipinas, y Tailandia). Los demás Estados miembros de la ASEAN les seguirán tras un período de transición de cinco años. Con una población de mil novecientos millones de habitantes, el ACT-FA crea la zona de comercio preferencial más extensa del mundo, medida en términos poblacionales. Aparte del ACFTA, la ASEAN ha celebrado también tratados de libre comercio con Australia, Nueva Zelanda, India, Japón y Corea del Sur.

8. Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC)

- 43 Para el área del Pacífico, se creó en 1989 la Cooperación Económica Asia-Pacífico (*Asia-Pacific Economic Cooperation - APEC*), con sede en Singapur. Entre los miembros se cuentan Australia, Hong Kong, China, Indonesia, Japón, Canadá, Brunei, Malasia, Filipinas, Nueva Zelanda, Singapur, Corea del Sur, Taiwán, Tailandia, México, Papua-Nueva Guinea, Chile, los Estados Unidos, Perú y Rusia. Los Estados-APEC persiguen la creación de una extensa zona de libre comercio. En la Conferencia de Vancouver de 1997, los veintiún Estados miembros del APEC se han puesto de acuerdo en un amplio programa de liberalización. A diferencia de otros espacios de integración económica creados sobre la base de convenios, la APEC funciona a través de una concertación no vinculante entre los Estados, y siempre toma sus decisiones por consenso.

Los Estados Unidos persiguen con otros ocho Estados APEC (Australia, Malasia, Perú, Vietnam, Brunei, Chile, Nueva Zelanda, Singapur) la creación de una Asociación Trans-Pacífica (*Trans-Pacific Partnership - TPP*), la cual serviría de marco a una zona de libre comercio con generosas disposiciones sobre acceso al mercado, por ejemplo para servicios financieros.

9. Integración regional en África

- 44 Varios Estados de África Occidental (Benin, Burkina Faso, Costa de Marfil, Mali, Gambia, Ghana, Guinea, Guinea-Bissau, Cabo Verde, Liberia, Níger, Sierra Leona, Togo, Mauritania, Nigeria y Senegal) se ha unido en la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (*Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest, CEDEAO; Economic Community of West African States, ECOWAS*²⁵⁰), creada en 1975 y que constituye una unión aduanera.²⁵¹

²⁵⁰ Gans, C.: *Die ECOWAS: Wirtschaftsintegration in West-Afrika. Recht und Politik in Afrika*, 2006.

²⁵¹ Okolo, J. E.: "ECOWAS Regional Cooperation Regime", *GYIL* 32/1989, pp. 111 y ss.

En el año 1992, la República Sudafricana creó, junto a otros doce Estados, la Comunidad de Desarrollo de África del Sur (*Southern Africa Development Community, SADC*²⁵²), que se concibió, en primer lugar, como una zona de libre comercio y que pretende terminar convirtiéndose en un mercado común. 45

El Mercado Común para el África Oriental y del Sur (*Common Market for Eastern and Southern Africa, COMESA*²⁵³), tiene veinte Estados miembros (Egipto, Angola, Etiopía, Burundi, Yibuti, Eritrea, Kenia, las Comoras, la República Democrática del Congo, Libia, Madagascar, Malawi, Mauricio, Ruanda, Sambia, las Seychelles, Sudán, Suazilandia, Uganda y Zimbabwe). Más allá del programa común para reducir o eliminar aranceles, varios Estados miembros del COMESA están negociando la reducción de obstáculos no tarifarios. 46

Burundi, Kenia, Ruanda, Tanzania y Uganda conforman la Comunidad de África Oriental (*Eastern African Community, EAC*²⁵⁴), que aspira a la creación de una unión aduanera. El sistema institucional de la EAC abarca no sólo órganos integrados por representantes de los Estados y la Secretaría, sino también una Corte de Justicia.²⁵⁵ 47

Tema 13

Compraventa internacional y otros contratos

1. Consideraciones generales

Bibliografía recomendada: Bridge, M.: *The International Sale of Goods*, 2007; Calliess, G.-P.: *Grenzüberschreitende Verbraucherverträge. Rechtssicherheit und Gerechtigkeit auf dem elektronischen Weltmarktplatz*, 2006; Centre for Transnational Law (ed.): *Law and Practice of Export Trade*, 2001; Czerwenka, G. B.: *Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht*, 1998; Gildeggen, R./Willburger, A.: *Internationale Handelsgeschäfte*, 2010; Lafili, L., Gevurtz, F., Campbell, D. (ed.): *Survey of the International Sale of Goods*, 1986; Murray, C.: *Schmitthoff's Export Trade*, 11.ª ed., 2005; Reithmann, C., Martiny, D.: *Internationales Vertragsrecht*, 5.ª ed., 1996; Sandrock, O.: *Handbuch der internationalen Vertragsgestaltung*, 2.ª ed., 2 tomos, 2002.

²⁵² Vogt, J.: *Die regionale Integration des südlichen Afrikas unter besonderer Betrachtung der South African Development Community (SADC)*, 2007.

²⁵³ Akombe Kwamboka, R.: *Regional Integration and the Challenge of Economic Development: the Case of the Common Market for Southern and Eastern Africa (COMESA)*, 2005.

²⁵⁴ Ajulu, A.: *The Making of a Region: the Revival of the East African Community*, 2005.

²⁵⁵ Van der Mei, A. P.: "Regional Integration: The Contribution of the Court of Justice of the ECA", *ZaōRV* 69/2009, pp. 403 y ss.

- 1 El Derecho de contratos tiene una importancia central para el tráfico económico privado internacional. La incertidumbre sobre los derechos y las obligaciones contractuales de las partes negociadoras incrementan los costes de transacción de las empresas.
- 2 Este tipo de incertidumbre puede derivar de la cuestión en torno a qué Derecho nacional es el aplicable a una relación contractual. Para armonizar las normas de conflicto de leyes en el ámbito del Derecho de contratos se han celebrado diversos convenios internacionales. Entre ellos, merece especial consideración el Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980. El Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a las ventas internacionales de mercaderías de 1955, al que se han adherido pocos Estados, ha tenido escasa relevancia.²⁵⁶ En su lugar, ha de atenderse al Convenio de La Haya de 1986 sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías.²⁵⁷ Este Convenio se apoya en muchos aspectos en el Convenio de Roma de 1980. De ahí que sea de menor importancia para los Estados parte del Convenio de Roma que para otros Estados. Entre los Estados latinoamericanos se ha celebrado una serie de tratados para unificar el Derecho internacional privado.²⁵⁸ En el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA), se ha elaborado la Convención interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales.²⁵⁹
- 3 La mejora de las condiciones normativas marco para el tráfico económico contractual depende de la creación de reglas uniformes sobre la existencia y el contenido de las pretensiones contractuales. A ello contribuyen los usos comerciales internacionales, los principios generales de los contratos y otras normas comerciales uniformes, tal y como, por ejemplo, las aplican los tribunales arbitrales. La mayor contribución en aras de la seguridad jurídica la proporcionan los convenios internacionales para la unificación del Derecho de contratos, que tienen especial relevancia en relación con la compraventa internacional. A este respecto, destaca particularmente la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980.
- 4 Con el fin de concretar obligaciones contractuales en el tráfico comercial, se han desarrollado cláusulas modelo con un contenido internacionalmente reconocido. La Cámara

²⁵⁶ Al respecto, v. Jayme, E./Hausmann, R.: *Internationales Privat- und Verfahrensrecht*, 15.ª ed., 2010, n. marg. 76; Kegel, G., Schurig, K.: *Internationales Privatrecht*, 9.ª ed., 2004, pp. 253 y 697-698.

²⁵⁷ El texto de los convenios de La Haya puede encontrarse en <http://www.hcch.net> (en inglés o francés). Traducción al castellano en González Campos, J. D., Borrás Rodríguez, A.: *Recopilación de convenios de la conferencia de la Haya de Derecho internacional privado (1951-1993)*, 1996. V. también Kegel, G., Schurig, K. (*supra*, nota 746), pp. 699 y ss.

²⁵⁸ V. al respecto, por ejemplo, Parra-Aranguren, G.: "Recent Developments of Conflict Laws Conventions in Latin America", *RdC*, 164/1979, t. III, pp. 55 ss.; id.: *Codificación del Derecho Internacional Privado en América*, 1982; Samtleben, J.: "Internationales Privatrecht in Lateinamerika", *Der Codigo Bustamante in Theorie und Praxis*, t. I, 1979; Villela, A. M.: "L'unification du droit internationale privé en Amérique latine", *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1984, pp. 233 ss.

²⁵⁹ ILM, 33/1994, pp. 732 ss.

Internacional de Comercio publica la lista de los denominados Incoterms (*International Commercial Terms*), que actualiza con regularidad, al mismo tiempo que explica y comenta su significado. Hasta finales del año 2010, se utilizaba la versión de los Incoterms publicada en el 2000.²⁶⁰ Desde el 1 de enero de 2011, se aplica la séptima edición de este conjunto de normas, publicada en septiembre de 2010, por lo que es común referirse a ella como Incoterms 2010. Los Incoterms son cláusulas modelo que reglamentan, por ejemplo, las obligaciones contractuales en materia de lugar de destino de una mercancía, transporte y costes del transporte, reparto del riesgo durante el transporte o de los aranceles de importación. La estructura y organización de los Incoterms 2010 son iguales a las de los Incoterms 2000, pero el número de cláusulas fue reducido de 13 a 11. Las siguientes cláusulas se encuentran en los Incoterms 2010:

- EXW – *Ex Works*/En Fábrica
- FCA – *Free Carrier*/Franco Transportista
- FAS – *Free Alongside Ship*/Franco al costado del buque
- FOB – *Free on Board*/Franco a bordo
- CFR – *Cost and Freight*/Coste y flete
- CIF – *Cost, Insurance and Freight*/Coste, seguro y flete
- CPT – *Carriage Paid To*/Transporte pagado hasta
- CIP – *Carriage, Insurance Paid To*/Transporte y seguro pagados hasta
- DAP – *Delivered At Place*/Entregado en un punto
- DAT – *Delivered At Terminal*/Entregado en terminal
- DDP – *Delivered Duty Paid*/Entregada derechos pagados

2. El Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y el Reglamento de la Unión Europea “Roma I”

Bibliografía recomendada: Firsching, K.: “Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (IPR-VertragsÜ) vom 11.6.1980”, IPrax, 1981, pp. 37 ss.; North, P. M. (ed.): *Contract Conflicts, The EEC Convention on the Law Applicable to Contractable Obligations: A Comparative Study*, 1982; Pfeiffer, T.: “Neues internationales Vertragsrecht”, *EuZW* 2008, pp. 622 ss.; Weitnauer, W.: Die rechtsvergleichende Darstellung des amerikanischen und deutschen Internationalen Vertragsrechts sowie des EWG-Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19.6.1980, 1981.

El Convenio de Roma, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 1980 (en 5 adelante, CR),²⁶¹ debía garantizar una mayor seguridad jurídica a través de la unificación

²⁶⁰ V. al respecto, Bredow, J., Seifel, B.: *INCOTERMS 2000*; Piltz, B.: “INCOTERMS 2000. Der Praxisüberblick”, *RIW*, 2000, pp. 985 ss.

²⁶¹ DO C 27, de 26 de enero de 1998, pp. 34 y ss.; Jayme/Hausmann: *Internationales Privat- und Verfahrensrecht*, 14.ª ed., 2008, núm. 70 (extracto).

de las normas de conflicto en la Comunidad Europea. Entretanto, este Convenio ha sido reemplazado, en gran medida, por preceptos del Derecho de la Unión Europea.

- 6 El Reglamento (CE) 593/2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales,²⁶² moderniza el contenido del Convenio de Roma (por ejemplo, en materia de Derecho de consumo), y sustituye al Convenio en las relaciones entre los Estados miembros de la Unión Europea, exceptuando a algunos territorios de Ultramar (art. 24.1).
- 7 Las disposiciones del Reglamento “Roma I” se aplican a las relaciones contractuales en materia civil y comercial que implican un conflicto de leyes (art.1.1). Del ámbito de aplicación del Reglamento se excluye una serie de cuestiones jurídicas (art. 1.2). Ello concierne, en particular, a las relaciones jurídicas de Derecho de familia, las obligaciones derivadas de letras de cambio, cheques, pagarés y otros instrumentos negociables, las cuestiones relativas al Derecho de sociedades y determinados contratos de administración fiduciaria y seguros.
- 8 El Reglamento arranca de la autonomía de las partes contractuales con respecto a la elección del Derecho aplicable. Por regla general, un contrato se rige por la ley elegida por las partes (art. 3.1). No obstante, en caso de que todos los demás elementos en un asunto dado presenten un vínculo con otro país, las disposiciones imperativas del mismo no se verán afectadas por tal elección (art. 3.3).
- 9 A falta de una elección de la ley aplicable por las partes, el contrato se rige, generalmente, por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos (art. 4.4). En primer lugar, se considerarán determinados criterios de conexión (como el Estado de residencia del vendedor o proveedor de servicios) y en segundo lugar la residencia habitual de la parte que debe realizar “la prestación característica” del contrato (art. 4.2).
- 10 Debe tenerse en cuenta que la aplicación de un determinado Derecho nacional no depende de que se trate del Derecho de un Estado miembro de la Unión Europea (art. 2). Esto significa que también se puede llegar a la aplicación del Derecho de un tercer Estado.
- 11 El Reglamento “Roma I” establece que, bajo determinadas condiciones, las normas imperativas de un Derecho nacional pueden aplicarse, aunque el contrato se rija por el Derecho de otro Estado (“conexión especial” o *Sonderanknüpfung*). De acuerdo con ello, pueden tomarse en consideración, por ejemplo, normas extranjeras sobre prohibiciones a la importación y a la exportación, sobre precios y cambios, Derecho de la competencia o protección de los consumidores. La conexión especial del Artículo 9.1 del Reglamento es

²⁶² DO L 177, 4 de julio de 2008, pp. 6 ss.

un instrumento importante para dotar a determinados preceptos de Derecho económico de eficacia “extraterritorial”.²⁶³

A este respecto, la norma especial del Artículo 7.1 del Convenio de Roma iba particularmente lejos. Este precepto permitía atribuir eficacia a las normas imperativas del Derecho de un Estado (no aplicable de por sí) “con el que la situación presente un vínculo estrecho”, en la medida que este Derecho se declaraba aplicable “cualquiera que sea la ley que rija el contrato”. La conexión especial del artículo 7.1 era extraordinariamente controvertida. Los Estados contratantes podían establecer una reserva al respecto conforme al artículo 22.1, letra a. Alemania, Gran Bretaña, Irlanda, Luxemburgo y Portugal fueron los Estados que hicieron uso de esta posibilidad. No obstante, los tribunales alemanes llegaron con mucha frecuencia a resultados similares a los de la conexión especial, por medio de la cláusula general del § 138. 1 BGB (infracción de las buenas costumbres).²⁶⁴

En el Reglamento “Roma I”, la conexión especial subsiste solamente en cuanto a leyes 12 de policía “del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal” (art. 9.3, primera frase). Se trata de una decisión discrecional del juez, para la que el Reglamento exige un análisis de consecuencias (art. 9.3, segunda frase).

Así, en un contrato sobre la exportación de bienes culturales del Estado B al Estado A, un juez del Estado A puede admitir la aplicación de una prohibición de exportar del Estado B, aunque el contrato se rija por el Derecho del Estado A. Desde un punto de vista técnico, se han de considerar aquí las siguientes opciones: nulidad del contrato, incumplimiento de obligaciones contractuales, imposibilidad jurídica de su cumplimiento, o pérdida la base del negocio.

3. La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías

Bibliografía recomendada: Brunner, C.: *UN-Kaufrecht – CISG-Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf*, 2004; Ferrari, F.: *International Sale of Goods*, 1999; Piltz, B.: *Internationales Kaufrecht*, 2.^a ed., 2008; Reinhart, G.: “Sale of Goods, Uniform Laws”, en *EPIL*, t. IV, 2000, pp. 301 ss.; Schlechtriem, P., Schwenzler, I. (eds.): *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3.^a ed., 2010; Schlechtriem, P.: *Internationales UN-Kaufrecht*, 4.^a ed., 2007.

Bases de datos: <http://www.cisg-online.ch>: Base de datos completa sobre el Derecho de la compraventa de Naciones Unidas, donde se puede acceder a parte de la jurisprudencia a texto completo. <http://www.uncitral.org>: Base de datos de la UNCITRAL, en

²⁶³ V. *supra*, tema 3, nota al margen 5, letras b, e.

²⁶⁴ V. *supra*, tema 3, nota al margen 5, letra d.

la que junto al estado actual de las ratificaciones pueden verse los “Case Law on Uncitral Texts” (CLOUT).

a) Del Derecho de La Haya sobre compraventa a la Convención de Naciones Unidas sobre compraventa internacional

- 13 La unificación jurídica es de esencial relevancia en la compraventa internacional. A menudo, las partes en el contrato no conocen suficientemente el contenido de los ordenamientos jurídicos nacionales; la envergadura de las pretensiones y obligaciones contractuales es, por ello, difícil de valorar. Y, a veces, las disposiciones nacionales no tienen en cuenta de forma adecuada las exigencias del comercio internacional. Estos problemas se pueden reducir a través de la creación de un Derecho de la compraventa uniforme con fundamento en convenios internacionales.
- 14 La Convención de La Haya relativa a una ley uniforme sobre la venta internacional de mercaderías de 1964,²⁶⁵ y la Convención de La Haya relativa a una ley uniforme sobre la formación de contratos para la venta internacional de mercaderías,²⁶⁶ del mismo año, tienen como objetivo la unificación del Derecho sustantivo. Ambos textos han obtenido una moderada repercusión en la comunidad de Estados.²⁶⁷ Por ello, en el marco de la UNCITRAL se elaboró la Convención de Viena de Naciones Unidas de 1980 sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías (*Convention on Contracts for the International Sale of Goods*).²⁶⁸
- 15 La Convención de Viena de 1980 “regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato” (art. 4.1). Está en vigor respecto de más de sesenta Estados (que incluyen a Egipto, Argentina, Australia, Chile, China, Alemania, Italia, Canadá, México, los Países Bajos, Austria, Suiza, España, los Estados escandinavos, Hungría, los Estados Unidos, Rusia y otros Estados sucesores de la Unión Soviética).²⁶⁹ Los Estados parte de las Convenciones de La Haya sobre compraventa deben denunciarlas antes de ratificar la Convención de Naciones Unidas (art. 99.3-6).

²⁶⁵ *Bundesgesetzblatt* 1973 II, pp. 886 ss.; España nunca se adhirió a esta Convención.

²⁶⁶ *Bundesgesetzblatt* 1973 II, pp. 919 ss.; España nunca se adhirió a esta Convención.

²⁶⁷ Entre los Estados parte se encuentran/encontraban: Bélgica, Alemania, Gambia, Israel, Italia, Holanda, San Marino, Luxemburgo y el Reino Unido. Alemania ha abandonado ambas Convenciones.

²⁶⁸ *BOE*, núm. 26 de 30 de enero de 1991, pp. 3170 y ss. con rectificaciones en *BOE*, núm. 282, del 22 de noviembre de 1996, pp. 35305 ss.; Jayme/Hausmann: *Internationales Privat- und Verfahrensrecht*, 15.^a ed., 2010, n. marg. 77.

²⁶⁹ V. la enumeración completa de todos los Estados parte y el texto de las reservas declaradas por los respectivos Estados en UNCITRAL: “Status of Conventions and Model Laws”, *UN Doc. A/CN.9/651* (30. 5.2008), pp. 3 ss.

La Convención de Viena de 1980 regula, en primer lugar, su ámbito de aplicación y las disposiciones generales (Parte I), después la formación del contrato (Parte II) y, en tercer lugar, los derechos y obligaciones de las partes (Parte III). En virtud del Artículo 7.1 de la Convención, en su interpretación “se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional”. 16

Durante mucho tiempo, la Convención de Viena se ha distinguido, en comparación con el opaco Derecho alemán, por su considerable grado de transparencia, en particular, en materia de obligaciones del vendedor y del comprador. La reforma del Derecho de obligaciones alemán ha producido un acercamiento en este punto. No obstante, el Derecho de compraventa de las Naciones Unidas sigue siendo mucho más atractivo para el vendedor que el nuevo Derecho de obligaciones alemán. Entre tanto, más del 80% del comercio exterior alemán recae en relaciones contractuales con empresas domiciliadas en Estados parte de la Convención de Viena. Pero las empresas alemanas se oponen, a menudo, a la aplicación del Derecho de las Naciones Unidas. Con frecuencia, ello se debe más a una preferencia tradicional por el Derecho alemán, con el que tienen más familiaridad, que a un análisis de las ventajas e inconvenientes de su aplicación a la relación contractual en cuestión. 17

Más allá de su ámbito de aplicación, la Convención de Naciones Unidas adquiere relevancia como posible modelo para otros intentos de unificación jurídica en el ámbito del Derecho de contratos.²⁷⁰ 18

b) Ámbito de aplicación de la Convención de Viena

La Convención de Naciones Unidas se aplica automáticamente, tan pronto como un contrato se encuentra dentro de su ámbito material y espacial. La Convención se aplica a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes de Estados diferentes. Más concretamente, es necesario que cada una de las partes tenga su establecimiento o residencia habitual en otro Estado parte (art. 1.1, letra a),²⁷¹ o que las normas de Derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado parte (art. 1.1, letra b).²⁷² En caso de que se tengan varios establecimientos se atenderá al “que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento” (art. 10, letra a). Aun cuando el contrato de compraventa tenga carácter internacional, la Convención de Viena no se aplica si una de las partes asumió que se trataba de una transacción de carácter interno, 19

²⁷⁰ V. al respecto Bonell, M. J.: “Das UNIDROIT-Projekt für die Ausarbeitung von Regeln für die internationale Handelsverträge”, *RabelsZ*, 56/1992, pp. 274 ss.

²⁷¹ Sobre la noción de “establecimiento”, v. art. 10 de la Convención de las Naciones Unidas.

²⁷² Al respecto, v. Pünder, H.: “Das Einheitliche UN-Kaufrecht – Anwendung kraft kollisionsrechtlicher Verweisung nach Art. 1 Abs. 1 lit. b UN-Kaufrecht”, *RIW*, 1990, pp. 869 ss.

porque ni del contrato ni de los tratos entre las partes se había desprendido que las partes tenían establecimientos en diferentes Estados contratantes (art. 1.2). Conforme al artículo 95, la aplicación del artículo 1.1, letra b, puede excluirse mediante una reserva, con la consecuencia de que, entonces, la Convención sólo engloba contratos entre partes con establecimientos en diferentes Estados contratantes.²⁷³

- 20 En cuanto a su ámbito de aplicación material, la Convención de Viena comprende los contratos de compraventa de mercaderías (art. 1.1). Por tanto, los contratos de compraventa de créditos o bienes inmuebles no están sujetos a la Convención. En cambio, el *software* debería contemplarse como una mercadería en el sentido de la Convención.²⁷⁴
- 21 En el artículo 2, se excepciona una serie de negocios jurídicos especiales. Entre ellos, la compraventa de mercaderías para uso personal (letra a), la de títulos-valores o medios de pago (letra d) o la de buques y aeronaves (letra e). Los contratos de suministro de piezas de recambio para los buques y aeronaves a los que se refiere el artículo 2.e (por ejemplo, turbinas) deberían quedar sujetos a la Convención.²⁷⁵ Conforme a la lógica y el objetivo del artículo 2, letra e, pero en contra de la opinión generalizada, este precepto no se aplica únicamente al suministro de unidades completas y listas para funcionar, sino que engloba también los suministros de partes esenciales para el funcionamiento de los medios de transporte excepcionados (por ejemplo, el suministro de un casco de barco con maquinaria).
- 22 Los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas (contratos de ejecución de obra con suministro de materiales) se equiparan a los contratos de compraventa, a menos que la parte que encargue las mercaderías haya proporcionado una parte sustancial de los materiales necesarios para la manufactura o producción (art. 3.1). La Convención no se aplica a los contratos que consistan esencialmente en la prestación de servicios (art. 3.2).

Un laudo arbitral de la CCI consideró que la Convención de Viena era aplicable en una controversia entre una empresa austriaca y un cliente yugoslavo (croata) en relación al suministro y el montaje de material de instalación en un hotel en construcción en Praga.²⁷⁶ El tribunal arbitral sometió el contrato de suministro al Artículo 3.1 de la Convención, ya que el valor del material suministrado se situaba claramente por encima del valor del trabajo de montaje.

²⁷³ La República Popular de China, Singapur, la República eslovaca, la República checa y los Estados Unidos han efectuado esta reserva. En Alemania, conforme a la Ley de aprobación de la Convención de Viena, el art. 1.1, b) no se ve alterado si las normas de Derecho internacional privado conducen a la aplicación del Derecho de un Estado que ha emitido la declaración del Artículo 95 de la Convención.

²⁷⁴ A este respecto, por ejemplo, Brandi-Dohm, M.: *Das UN-Kaufrecht, Computer und Recht*, 1991, pp. 705 ss. (esp. p. 708); Piltz, B.: "Neue Entwicklungen im UN-Kaufrecht", *NJW*, 1994, p. 1101.

²⁷⁵ V. Piltz (nota 17) y las referencias allí contenidas.

²⁷⁶ Laudo arbitral núm. 7153/1992 de la CCI, *Clunet*, 119/1992, p. 1005.

Además, la descripción de las obligaciones del vendedor y del comprador (arts. 30 ss. y 53 ss.) permite deducir indirectamente si existe un contrato de compraventa en el sentido de la Convención. De acuerdo con esto, la Convención no se aplica ni a los contratos de permuta ni a los de distribución. Respecto de los contratos de compensación debe, sin embargo, analizarse si, de hecho, se trata de una permuta o de dos contratos de compraventa separados. En cuanto a contratos de distribución, la Convención se extiende a los contratos de compraventa individuales suscritos en su ejecución.²⁷⁷ 23

El régimen de la Convención de Viena de 1980, con su objeto de regulación limitado (art. 4: formación del contrato de compraventa, y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato), no se aplica a todos los aspectos de las relaciones jurídicas entre las partes contractuales. Se excepcionan del ámbito de aplicación, en particular, la validez del contrato o de cada una de sus estipulaciones (art. 4. 2, letra a) y los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercancías vendidas (art. 4.2, letra b). 24

El análisis de pactos especiales en el marco de un contrato de compraventa, que excedan los objetos específicos de contratos de este tipo, es problemático. Por ejemplo, un tribunal de distrito estadounidense ha valorado la admisibilidad de un pacto de sumisión a arbitraje en un contrato de compraventa aplicando la Convención de Viena.²⁷⁸ Esta extensión de la Convención en virtud de la mera accesoriedad puede ir demasiado lejos, toda vez que ésta sólo pretende regular las obligaciones específicas del contrato de compraventa (art. 4.1). Por eso, el Tribunal Superior (*Oberlandesgericht*) de Frankfurt am Main se ha apoyado en el Derecho de la competencia aplicable según las normas de conflicto alemanas, para determinar la admisibilidad de un pacto accesorio relativo a la libre competencia (pacto de exclusividad) contenido en un contrato de compraventa.²⁷⁹ La cuestión en torno a la aplicación de la Convención de Viena a este tipo de pactos accesorios adquiere relevancia práctica, por ejemplo, en el ámbito de los preceptos relativos a la forma de celebración del contrato. La Convención arranca del principio de libertad de forma para los contratos de compraventa (art. 11). Por el contrario, de acuerdo con los ordenamientos jurídicos nacionales, los acuerdos sobre Derecho de la competencia requieren generalmente la forma escrita. El texto de la Convención de Viena se limita a las obligaciones del vendedor y del comprador que son típicas de un contrato de compraventa. Las disposiciones de la Convención no son aplicables, por tanto, a cláusulas adicionales que no regulan el objeto típico de un contrato de esta naturaleza. 25

²⁷⁷ Sent. OLG Koblenz, 17 de septiembre de 1993, RIW, 1993, p. 934 (936).

²⁷⁸ Sent. United States District Court, Southern District of New York, *Filanto, S.p.A c. Chilewich Intern. Corp.*, 789 F. Supp., pp. 1229 ss. (esp. p. 1237).

²⁷⁹ Sent. OLG Frankfurt a. M., 17 de septiembre 1991, NJW, 1992, pp. 633 ss. (esp. 635).

- 26 Cuestiones como la capacidad contractual, la representación, las consecuencias de los vicios del consentimiento y también las posibles vulneraciones del Derecho nacional y la prescripción se rigen por el Derecho de los Estados contratantes o por convenios especiales. En este contexto, deben mencionarse la Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías de 1974,²⁸⁰ y la Convención de Ginebra sobre la representación en la compraventa internacional de 1983.²⁸¹ En la Conferencia de Viena de 1980, se adoptó un Protocolo que adecúa la Convención de Naciones Unidas sobre la prescripción a la Convención de Viena.²⁸² La versión modificada de la Convención sobre prescripción, mediante el citado Protocolo, entró en vigor en el año 1988. No obstante, su relevancia es limitada, ya que no ha sido ratificada por los países industrializados más importantes. España y Alemania, por ejemplo, no se han adherido a la Convención de Naciones Unidas sobre la prescripción.²⁸³ La ley por la cual Alemania se adhirió a la Convención de Viena prevé que la prescripción de las pretensiones del comprador por falta de conformidad de las mercancías al contrato se rija por los preceptos del Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*) sobre responsabilidad contractual, que se aplican de manera análoga.²⁸⁴

c) Convención de Naciones Unidas y pactos de elección del Derecho aplicable

- 27 Al cumplirse las condiciones del Artículo 1.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías, ésta se aplica automáticamente. No obstante, la aplicación de la Convención de Viena de 1980 puede ser excluida por las partes total o parcialmente (art. 6).²⁸⁵ Si las partes excluyen la aplicación de la Convención de Naciones Unidas y no alcanzan ningún otro acuerdo respecto del Derecho aplicable, intervienen las normas generales de Derecho internacional privado.
- 28 Pueden plantearse problemas si las partes pactan la aplicación del ordenamiento jurídico de un Estado contratante. Un pacto de este tipo no significa necesariamente que las partes hayan excluido de forma concluyente la aplicación de la Convención de Viena. Según la jurisprudencia de los tribunales alemanes, la Convención se considera parte del Derecho alemán, a raíz de la incorporación de la misma al Derecho interno mediante una “ley de aprobación” (*Zustimmungsgesetz*). Sobre esta base, una mera referencia a la aplicación del “Derecho alemán” en un contrato suele conducir a la aplicación de la Convención de

²⁸⁰ Texto en castellano en <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/limit/limit-conv-s.pdf>; hasta la fecha, España no es Estado parte de la Convención.

²⁸¹ *Revue de droit uniforme (Uniform Law Review)*, 1983, I-II, p. 133.

²⁸² Publicado, con comentarios, en *Official Records of the United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods*, 1981, pp. 191 ss, 434 ss.

²⁸³ Para un listado de los Estados parte, v. *ZeUP*, 1993, p. 161.

²⁸⁴ Art. 3 de la Ley de aprobación de la Convención de Viena.

²⁸⁵ Holthausen, R.: “Vertraglicher Ausschluss des UN-Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge”, *RIW* 1989, pp. 513 ss.

las Naciones Unidas (y no del Código Civil alemán y de sus leyes accesorias), a menos que existan indicios de una exclusión pactada de la Convención. Por su parte, la mayoría de las empresas alemanas suelen excluir la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas en los contratos que celebran.

En relación con las Convenciones de La Haya sobre compraventa, el Tribunal Supremo alemán ha aceptado que la elección del Derecho alemán, en principio, conduce a la aplicabilidad de las mismas (siempre que no existan indicios de otra voluntad de las partes), ya que la Ley uniforme sobre compraventa internacional de mercaderías de 1973 (entretanto derogada) las ha convertido en Derecho nacional.²⁸⁶ Según la jurisprudencia reciente del *Bundesgerichtshof*, la elección del Derecho alemán entre las partes, conduce, por regla general, a la aplicación del Derecho sobre compraventa de Naciones Unidas. El Tribunal considera que la Convención de Naciones Unidas, como parte del Derecho alemán y por su carácter de ley especial en materia de compraventa internacional de mercaderías, tiene primacía sobre las reglas no uniformizadas del Derecho alemán.²⁸⁷ Si las partes quieren evitar estas consecuencias jurídicas, deben pactar de forma suficientemente clara la elección del Derecho alemán no uniforme (por ejemplo, del Código Civil o del Código Comercial alemán), mediante la exclusión del Derecho sobre compraventa de Naciones Unidas.

Si las partes de un contrato de compraventa internacional acuerdan la aplicación de un determinado Derecho nacional, esta elección no sólo es relevante respecto de la posible exclusión del Derecho sobre compraventa de Naciones Unidas, conforme al Artículo 6 de la Convención de Viena. La elección del Derecho de un Estado contratante puede provocar, en algunos casos, que el Derecho sobre compraventa de Naciones Unidas logre aplicarse en primer lugar. En virtud de su artículo 1.1, letra b, la Convención comprende también compraventas internacionales de mercaderías en las que ninguna de las partes tiene su establecimiento en un Estado contratante. En estos casos puede ser aplicable la ley de un Estado parte de la Convención, porque las reglas de Derecho internacional privado así lo determinen. Por su parte, la ley nacional aplicable remite a la Convención. Por esta razón, el alcance de los acuerdos de elección de la ley aplicable requiere un análisis cuidadoso en la práctica contractual.

La importancia de los acuerdos de elección de la ley aplicable en la aplicación de la Convención de Naciones Unidas puede ilustrarse mediante un supuesto resuelto por el *Oberlandesgericht* de Düsseldorf.²⁸⁸ En este caso, se trataba de la demanda de un vendedor turco, que había suministrado a una empresa alemana una gran cantidad de verduras. Dado que Turquía no es un Estado contratante de la Convención de Viena de 1980, el

²⁸⁶ Sent. TS alemán, 4 de diciembre de 1985, BGHZ, 96, pp. 313 ss. (esp. p. 322).

²⁸⁷ Sent. TS alemán, *NJW*, 1999, pp. 1259 ss. (esp. p. 1260).

²⁸⁸ Sent. OLG Düsseldorf, 8 de enero de 1993, *IPrax*, 1993, pp. 412 ss.; al respecto, Magnus, U.: "Zum räumlich-internationalen Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts und zur Mängelrüge", *IPrax*, 1993, pp. 390 ss. (esp. p. 391), con más referencias.

Derecho sobre compraventa de Naciones Unidas no podía aplicarse de acuerdo con el artículo 1. 1, letra a. En el transcurso del proceso ante el tribunal de primera instancia (*Landgericht*), las partes contratantes acordaron la aplicación del Derecho alemán. El *Oberlandesgericht* concluyó por ello que el Derecho internacional privado alemán (art. 27 de la Ley Introductoria al Código Civil – *EGBGB*) conducía a la aplicación del Derecho de un Estado contratante (el Derecho alemán) y, como consecuencia de ello, en virtud del Artículo 1. 1, letra b, de la Convención de Viena, era aplicable el Derecho sobre compraventa de Naciones Unidas.

- 30 A veces, la tendencia a ver en la elección del Derecho de un Estado contratante la remisión coetánea al Derecho sobre compraventa de Naciones Unidas no hace justicia a la auténtica voluntad de las partes. De ahí que, en la práctica contractual, las cláusulas de elección de ley aplicable deban tratarse con especial cautela. En la compraventa internacional, quien pacte la aplicación del “Derecho alemán” debe contar, por ello, con que se va a enfrentar con las disposiciones del Derecho sobre compraventa de Naciones Unidas.

d) La formación de los contratos de compraventa y las obligaciones precontractuales

- 31 La perfección de un contrato de compraventa se regula en los artículos 14 y ss. del Convenio de Viena. A este respecto, se requiere la aceptación eficaz de una oferta (art. 23). Una oferta también puede ser aceptada de forma concluyente a través de un comportamiento del destinatario que indique asentimiento a la oferta (art. 18.1, primera frase). El mero silencio o la inacción, por sí solos, no constituyen aceptación (art. 18. 1, segunda frase). La misma regla se extiende a las cartas de confirmación comercial.²⁸⁹ Con ello, el Derecho sobre compraventa de Naciones Unidas se aparta del Derecho mercantil alemán, en el que, entre comerciantes, el silencio del destinatario ante una carta confirmatoria se trata como asentimiento. Además, el contrato se considera perfeccionado con el contenido de la carta de confirmación, aun cuando la carta se aparte de lo discutido durante las negociaciones precontractuales, si el remitente actúa de buena fe y el destinatario no se opone inmediatamente.²⁹⁰ Pero también en la Convención de Naciones Unidas existen algunos casos en los que el silencio puede calificarse como asentimiento. Esto puede resultar, por ejemplo, de un uso del comercio internacional que “sea ampliamente conocido y regularmente observado” en contratos del mismo tipo que el suscrito por las partes (art. 9.2). Asimismo, el silencio frente a una respuesta que declare la aceptación de una oferta con alteraciones no sustanciales, puede suponer la aceptación de esta contraoferta (art. 19.2). Finalmente, además, la aceptación puede deducirse a partir del silencio, cuando las

²⁸⁹ En este sentido, por ejemplo: Herber, R., Czerwenka, B.: *Internationales Kaufrecht*, 1991, Art. 8, n. marg. 7. Sobre las cartas de confirmación comercial como prueba de la conclusión de un contrato: Sent. OLG Colonia, 22 de febrero de 1994, RIW, 1994, p. 972.

²⁹⁰ Sents. TS alemán de 1 de marzo de 1972, NJW, 1972, p. 820 y de 23 de septiembre de 1973, BGHZ, 61, pp. 282 ss. (esp. p. 286).

circunstancias especiales del caso concreto, de acuerdo con la buena fe, exigen el rechazo expreso de una oferta.

En este sentido, un tribunal estadounidense resolvió un asunto en el que, tras largas negociaciones preliminares, una de las partes no se opuso, dentro del plazo oportuno, a la inclusión de una determinada cláusula divergente de la oferta en la declaración de aceptación, en un contexto en el que la otra parte ya había iniciado la ejecución del contrato.²⁹¹ En este caso, se trataba de negociaciones entre un fabricante de zapatos italiano como vendedor, y una empresa estadounidense como compradora. Esta última quería incluir en el contrato una cláusula de sumisión a arbitraje y, después de largas negociaciones, ya había abierto una carta de crédito a favor del vendedor. El tribunal tuvo en cuenta también las primeras negociaciones entre las partes y el comportamiento posterior del vendedor (que partía de la existencia de un contrato) como circunstancias relevantes para la valoración de la intención de las partes en el sentido del Artículo 8.3 de la Convención de Viena. 32

En virtud del Artículo 11 de la Convención de Viena de 1980, la celebración de los contratos de compraventa no está sujeta a ningún requisito formal. Asimismo, en principio, un contrato puede modificarse o extinguirse por el mero acuerdo entre las partes (art. 29.1). Sin embargo, la regla es otra si un contrato se ha celebrado por escrito y contiene una estipulación que exige que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo se haga por escrito (art. 29.2). Además, los Estados contratantes pueden excluir mediante una declaración los preceptos de la Convención sobre la libertad de forma (arts. 12 y 96). Argentina, Bielorrusia, Chile, China, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Rusia y Ucrania han efectuado una reserva de este tipo, a favor de exigencias formales. 33

La respuesta a una oferta que contenga adiciones, limitaciones u otras modificaciones, se considerará como rechazo de la oferta y constituirá una contraoferta. (art. 19.1). Así lo dispone también el Artículo 150. 2 del Código Civil (BGB) alemán. Pero, a diferencia del Derecho alemán (art. 145. 2 BGB), el Artículo 16 de la Convención permite revocar, hasta que se perfeccione el contrato, una oferta que ya haya llegado al destinatario. En caso de contraoferta, la conclusión del contrato requiere, por regla general, la aceptación expresa o concluyente de la misma. Ahora bien, el mero silencio de la contraparte a una aceptación modificada puede conducir al perfeccionamiento del contrato, si las modificaciones no representan una alteración sustancial de la oferta original y si el oferente no objeta inmediatamente la discrepancia. Si no tiene lugar una comunicación de este tipo, los términos del contrato serán los de la oferta con las modificaciones contenidas en la aceptación (art. 19.2). 34

²⁹¹ *United States District Court, Southern District of New York (v. nota 22)*, p. 1240: “An offeree who, knowing that the offeror has commenced performance, fails to notify the offeror of its objections to the terms of the contract within a reasonable time will, under certain circumstances, be deemed to have assented to those terms”.

- 35 La Convención de Viena no contiene una regulación expresa sobre la responsabilidad por infracción de los obligaciones precontractuales de salvaguardia durante las negociaciones del contrato (*culpa in contrahendo*). Es bastante dudoso en qué medida del principio de buena fe reconocido en el Artículo 7.1 de la Convención puede derivarse una responsabilidad antes de la celebración del contrato (por ejemplo, en caso de una ruptura brusca de las negociaciones contractuales poco tiempo antes del acuerdo de voluntades),²⁹² toda vez que en los ordenamientos jurídicos anglosajones existe una amplia libertad en la gestión de las negociaciones. Debe tomarse en consideración que la Convención de Naciones Unidas, según el artículo 4, regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa, y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato (art. 4.1). En cualquier caso, no se encuentran incluidos los perjuicios sufridos por personas o bienes en el transcurso de las negociaciones contractuales (por ejemplo, durante la demostración de una máquina). Las reclamaciones derivadas de estos supuestos se rigen por el Derecho nacional.

e) Obligaciones del vendedor

- 36 Las obligaciones del vendedor están reguladas en los artículos 30 y ss. de la Convención de Viena. Salvo pactos especiales en contrario, el vendedor tiene que entregar las mercancías y los documentos relacionados con ellas, y transmitir su propiedad (art. 30). En lo que respecta al lugar, el artículo 30 concreta la obligación de entrega del vendedor; prevalece la determinación en el contrato del lugar de la entrega. La regla de base es que el vendedor cumple su obligación de suministro con ponerlas en poder del primer porteador (art. 31, letra a, de la Convención). Ello implica que el vendedor no tiene responsabilidad por la suerte de la mercancía después de la entrega. En cambio, pactar la cláusula “franco domicilio” significa que el vendedor ha de entregar la mercancía al comprador, asumiendo el coste y el riesgo.²⁹³
- 37 La cantidad y calidad, así como el tipo y el envase o embalaje de las mercaderías, deben responder al estándar acordado en el contrato (art. 35.1). Salvo pactos especiales en contrario, las mercancías sólo serán conformes al contrato, entre otros supuestos, si son aptas para los usos a los que se destinan mercaderías de este tipo (art. 35. 2. a de la Convención). El vendedor no tiene que aportar pruebas respecto de la conformidad de la mercancía con el contrato. Por el contrario, el comprador tiene que demostrar su falta de conformidad con el contrato en el momento de recibirla.²⁹⁴ En principio, el vendedor

²⁹² Al respecto, por ejemplo: Bonell, M.J.: “Vertragsverhandlungen und culpa in contrahendo nach dem Wiener Kaufrechtsübereinkommen”, RIW, 1990, pp. 693 ss.

²⁹³ Sent. OLG Karlsruhe de 20 de noviembre de 1992, NJW-RR, 1993, p. 1316.

²⁹⁴ Piltz, B.: “Neue Entwicklungen im UN-Kaufrecht”, NJW, 2005, pp. 2126 ss. (esp. p. 2129); Sent. del Bundesgericht suizo, IHR, 2004, p. 205; Sent. del Bundesgericht suizo, IHR, 2004, p. 215; United States District Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division, IHR, 2004, p. 156.

no es responsable de la conformidad de la mercadería con las normas aplicables a los productos en el Estado del comprador.²⁹⁵

Las obligaciones que corresponden al comprador en caso de prestación defectuosa por parte del vendedor son de gran relevancia práctica: la obligación de examinar y la obligación de reclamar. Para las dos obligaciones existen plazos diferentes. En primer lugar, el comprador debe “examinar, o hacer examinar, las mercaderías en el plazo más breve posible atendidas las circunstancias” (art. 38.1). Si el contrato implica el transporte de las mercaderías, el examen podrá aplazarse hasta que éstas hayan llegado a su destino (art. 38.2).²⁹⁶ La amplitud del examen que corresponde al comprador dependerá de las desviaciones respecto de lo dispuesto en el contrato que se perciban en el caso concreto.²⁹⁷ En principio, el comprador sólo puede invocar que la entrega no es conforme con el contrato si comunica el vicio en su debido plazo y especifica detalladamente su naturaleza (art. 39.1).²⁹⁸ Para reclamar por vicios, el Derecho sobre compraventa de Naciones Unidas no exige una comunicación inmediata (al contrario que, por ejemplo, el Derecho sobre compraventa de La Haya o el § 377 del *Handelsgesetzbuch* alemán). Más bien, lo que se exige al comprador para reclamar por falta de conformidad de las mercancías es solamente el aviso en “un plazo razonable a partir del momento en que la haya o debiera haberla descubierto” (art. 39.1). Frente a una entrega no conforme al contrato, el vendedor no puede invocar los deberes del comprador si la falta de conformidad se refiere a hechos que el vendedor conocía o no podía ignorar y que no ha revelado al comprador (art. 40).

Si el comprador no realiza en su debido plazo la reclamación por falta de conformidad, o si dicha reclamación no es lo suficientemente precisa, debe pagar el precio completo. Lo mismo se aplica cuando la cantidad suministrada difiere de la pactada. La obligación del comprador de reclamar debe facilitar al vendedor una apreciación rápida de las objeciones que se podrán oponer a su derecho al pago.²⁹⁹ En todo caso, el comprador pierde el derecho a reclamar si no comunica la falta de conformidad en un plazo máximo de dos años desde la fecha en que las mercaderías se pusieron efectivamente en poder del vendedor, a menos que este plazo sea incompatible con un período de garantía más amplio pactado entre las partes (art. 39.2).

Los arts. 45 y ss. de la Convención de Viena se dedican a los recursos del comprador frente al incumplimiento contractual del vendedor. A este respecto, se distingue el

²⁹⁵ Piltz, B. (*supra*, nota anterior), Sent. OLG München, *NJW-RR*, 2003, p. 849.

²⁹⁶ Al respecto y sobre los pactos de las partes en otro sentido: OLG Düsseldorf, (v. *supra*, nota 784), pp. 412 s (esp. p. 413).

²⁹⁷ Sent. LG Stuttgart de 31 de agosto de 1989, *RIW*, 1989, p. 984.

²⁹⁸ En cuanto a la jurisprudencia –a veces bastante estricta– de los tribunales alemanes, v. Magnus, U.: “Aktuelle Fragen des UN-Kaufrechts”, *ZeUP*, 1993, pp. 79 ss. (esp. p. 88); Piltz, B., *NJW*, 2000, pp. 553 ss., 557 ss.

²⁹⁹ Sent. OLG Düsseldorf, (*supra*, nota 786), pp. 412 ss. (esp. p. 414).

incumplimiento “esencial”, en el sentido del Artículo 25 de la Convención, de otros incumplimientos del vendedor. El artículo 25 establece que un incumplimiento es esencial “cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”.

Debido a las importantes repercusiones legales que genera, el Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*) es muy exigente a la hora de apreciar incumplimiento “esencial” del contrato, considerando que una anulación o liquidación del contrato debe apreciarse únicamente como *ultima ratio*.³⁰⁰

En caso de entrega de mercaderías no conformes con el contrato, el comprador puede exigir la reparación de los defectos (art. 46). En cuanto a estas mercancías no conformes al contrato, la Convención no distingue entre defectos de calidad y la entrega de una cosa distinta a la pactada (*aliud pro alio*). El comprador sólo tiene un derecho de sustitución si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial y la petición de sustitución se formula al realizar la comunicación a que se refiere el artículo 39, o dentro de un plazo razonable a partir de ese momento (art. 46.2). El derecho a la reparación de las mercaderías encuentra sus límites en la irrazonabilidad de esta exigencia (art. 46.3). El vendedor también puede, bajo determinadas condiciones, subsanar el incumplimiento del contrato después de la fecha de entrega (art. 48). El comprador puede declarar la resolución del contrato si existe un incumplimiento esencial del vendedor (art. 49.1, letra a), si el vendedor no entrega las mercancías en el plazo legalmente previsto, o si declara que no efectuará la entrega dentro del plazo así fijado (art. 49.1, letra b). Aquí se aprecia que la Convención de las Naciones Unidas aspira a preservar en lo posible el contrato de compraventa celebrado. Una vez entregada la mercancía por el vendedor, el comprador tiene que ejercer su derecho a declarar la resolución del contrato dentro de un plazo razonable (art. 49.2). En caso de entrega de mercaderías que no sean conformes con el contrato, el comprador puede rebajar el precio (art. 50). Por último, el comprador tiene derecho a una indemnización por daños y perjuicios frente al incumplimiento contractual por parte del vendedor [art. 45.1, letra b) y arts. 74 ss.]. La indemnización por daños y perjuicios puede hacerse valer cumulativamente con otras pretensiones (art. 45.2). Debe tenerse en cuenta que una parte contractual no es responsable si prueba que la falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su esfera de control (art. 79). La indemnización de daños y perjuicios comprenderá el valor de la pérdida sufrida y de la ganancia dejada de obtener por la otra parte (art. 74.1). No obstante, la indemnización no podrá exceder de la pérdida que la parte responsable del incumplimiento hubiera podido prever en el momento de celebración del contrato (art. 74.2).

³⁰⁰ Respecto del suministro de un *aliud* como incumplimiento “esencial” del contrato, v. Sent. Tribunal Supremo alemán, *BGHZ*, t. 132, pp. 290 ss.

f) Obligaciones del comprador

Las obligaciones del comprador están reguladas en los arts. 53 y ss. de la Convención de Naciones Unidas. El comprador está obligado a pagar el precio pactado de las mercaderías y a recibirlas (art. 53). Salvo pactos especiales en contrario, el comprador debe pagar el precio en el lugar donde se efectúa la entrega si el pago debe hacerse contra entrega de las mercaderías o de los documentos (art. 57.1, letra b). En los demás casos, el pago debe realizarse en el lugar del establecimiento del vendedor (art. 57.1, letra a). El Derecho de compraventa de las Naciones Unidas se diferencia del Derecho alemán (arts. 270.4, 269 BGB), favoreciendo al vendedor; ello se traduce en una regulación del lugar de pago que le beneficia no sólo en tanto que reduce el riesgo y los costes de la transferencia de dinero, sino también en la medida en que le proporciona un foro de competencia judicial, fundado en el lugar de cumplimiento de la obligación de pago (v. art. 5.1 del entretanto derogado Convenio de Bruselas,³⁰¹ o art. 29 del Código de Procedimiento Civil alemán –*Zivilprozessordnung*– que se aplica si el vendedor tiene un establecimiento en Alemania). En este contexto, ha de recomendarse a los compradores alemanes que estipulen un lugar de pago en Alemania o que pacten la competencia judicial internacional de los tribunales alemanes. En el mismo sentido, el Artículo 5.1, letra b, del Reglamento 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil,³⁰² contiene una definición autónoma a efectos procesales del lugar de cumplimiento en contratos de compraventa, que favorece la posición de comprador.

El vendedor puede declarar resuelto el contrato cuando exista un incumplimiento “esencial” por parte del comprador (art. 64.1, letra a; por ejemplo, en caso de un rechazo injustificado a recibir la entrega), cuando el comprador no cumpla su obligación de pagar el precio dentro de un plazo razonable fijado por el vendedor, o cuando declare que no lo hará en ese plazo (art. 64.1, letra b). La posibilidad de exigir una indemnización por daños y perjuicios, en caso de que el comprador no realice el pago en plazo, es importante para el vendedor (art. 61.1. b y arts. 74 ss.) Además, en ese mismo caso, el vendedor puede reclamar intereses (art. 78). El Derecho sobre compraventa de Naciones Unidas no precisa de forma detallada la cuantía de los intereses; ésta depende de los usos del comercio que deban tomarse en consideración conforme al artículo 9 y del Derecho nacional aplicable en cada caso.

En caso de morosidad del comprador, el vendedor puede reclamar por incumplimiento del contrato, incluso sin previo aviso (a diferencia del Derecho alemán). Esto tiene importancia práctica, por ejemplo, en relación con demandas de daños y perjuicios, y de intereses.

³⁰¹ Sent. Tribunal Supremo alemán, *EuZW*, 1992, pp. 518 ss. (esp. p. 520); v. también Sent. TJUE, As. C-288/92 (Custom Made Commercial), *Rec.* 1994, pp. I-2213 ss.

³⁰² V. *supra*, tema 9, nota al margen 3.

- 44 La pérdida o el deterioro de las mercaderías, sobrevenidos después de la transmisión del riesgo al comprador, no liberan a éste de su obligación de pagar el precio, a menos que se deban a un acto u omisión del vendedor (arts. 66). En principio, el riesgo se transmite al comprador en el lugar de la entrega (arts. 67 ss.)

g) Convenio de Naciones Unidas sobre compraventa internacional y responsabilidad por productos

- 45 La relación del Derecho sobre compraventa de Naciones Unidas con el Derecho nacional sobre la responsabilidad por productos defectuosos es poco clara.³⁰³ En virtud de su artículo 5, la Convención de Viena no se aplica a “la responsabilidad del vendedor por la muerte o las lesiones corporales causadas a una persona por las mercaderías”. A estos daños corporales y vitales, causados por el carácter defectuoso de las mercancías, expresamente excluidos de la Convención de Naciones Unidas, se les aplica el Derecho nacional sobre responsabilidad contractual y extracontractual. El Derecho sobre compraventa de Naciones Unidas tampoco alude a la responsabilidad de los fabricantes (a diferencia de la de los vendedores) de productos. Por lo demás, la relación entre el Derecho sobre compraventa de Naciones Unidas y las normas nacionales sobre responsabilidad por productos es controvertida. Para desplazar la aplicación de las normas nacionales sobre responsabilidad contractual y extracontractual a favor de la Convención, puede argüirse que los presupuestos de la responsabilidad del vendedor por entrega no conforme al contrato (por ejemplo, la reclamación por vicios efectuada en su debido plazo) no deben eludirse mediante una demanda concurrente del comprador con arreglo al Derecho nacional. En cambio, habla en contra de un desplazamiento total del Derecho nacional por la Convención de Viena, el hecho de que ésta no menciona deberes de cuidado con carácter general, a cargo del vendedor y destinados a proteger bienes jurídicos del comprador. Asimismo, la responsabilidad extracontractual por productos defectuosos, de conformidad con el Derecho de los Estados contratantes, tiene, en principio, carácter imperativo, mientras que, según el Artículo 6 de la Convención de Naciones Unidas, las partes pueden alcanzar pactos contrarios a las disposiciones del texto convencional.
- 46 El Artículo 90 de la Convención de Viena reduce, en gran medida, la concurrencia normativa entre la Directiva de la Unión Europea en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos,³⁰⁴ y las normas dictadas en los Estados miembros para transponer esta Directiva. Conforme a este precepto, la Convención no prevalecerá sobre ningún acuerdo internacional, siempre que las partes tengan su establecimiento en Estados parte en ese acuerdo. A decir verdad, la Directiva de la Unión no

³⁰³ Al respecto, v. Herber, R.: “UN-Kaufrechtsübereinkommen: Produkthaftung-Verjährung”, MDR, 1993, pp. 105 ss. y las referencias contenidas en él; Otto, D.: “Produkthaftung nach UN-Kaufrecht”, MDR, 1992, pp. 533 ss.; Magnus, U.: “Aktuelle Fragen des UN-Kaufrechts”, ZEuP, 1993, pp. 96 ss.

³⁰⁴ Directiva 85/374/CEE, DO L 210, p. 29.

constituye un convenio internacional, pero la obligación de transposición en el Derecho nacional deriva del TFUE, que es un acuerdo internacional en el sentido del Artículo 90 de la Convención (v. art. 288.3 TFUE). El Artículo 90 de la Convención sólo cede el paso a obligaciones fundamentadas en el Derecho internacional público. Por lo tanto, el Derecho nacional de los Estados contratantes que hayan transpuesto la Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos será aplicable junto con el Derecho sobre compraventa de Naciones Unidas.

4. Comercio electrónico (*electronic commerce*)

Bibliografía recomendada: Albrecht, A.: “Rechtsprobleme des E-Commerce”, en Tagung der DACH, vol. 23, 2001; Bernsdorff, Ch. von: “Ausgewählte Rechtsprobleme im Electronic Commerce”, RIW, 2000, pp. 14 ss.; Draetta, U.: “Internet et Commerce Électronique en Droit International des Affaires”, RdC, 314/ 2005; Hoeren, T.: “Informationspflichten im Internet – im Lichte des neuen UWG”, *Wertpapiermitteilungen* 2004, pp. 2461 ss.; Mankowski, P.: “Das Internet im internationalen Vertrags- und Deliktsrecht”, *RabelsZ*, 63/1999, pp. 203 ss.; Spindler, G., Weber, R. H.: *E-Commerce und Recht: rechtliche Rahmenbedingungen elektronischer Geschäftsformen*, 2001.

El comercio electrónico a través de Internet (*electronic commerce, e-commerce*) juega un 47 papel de creciente importancia en el comercio internacional. En las transacciones internacionales a través de Internet surgen muchos problemas jurídicos (como, por ejemplo, la cuestión en torno al Derecho aplicable, la conclusión del contrato, los requisitos para emitir declaraciones de voluntad con efecto vinculante). En el año 1996, la UNCITRAL presentó una Ley Modelo sobre el comercio electrónico (*UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce*).³⁰⁵ Además, en el año 2001, UNCITRAL aprobó una Ley Modelo sobre la firma electrónica (*UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures*).³⁰⁶ En el año 2005, la Asamblea General adoptó la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales.³⁰⁷

En el seno de la Unión Europea, el Parlamento Europeo y el Consejo han aprobado 48 la Directiva 1999/93/CE por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica,³⁰⁸ y la Directiva 2000/31/CE relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).³⁰⁹

³⁰⁵ En http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf

³⁰⁶ En <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/ml-elecsig-s.pdf>

³⁰⁷ UN GA Res. 60/21, 23 de noviembre de 2005, UN Doc. A/RES/60/21.

³⁰⁸ DO L 13 de 19 de enero de 2000, p. 12.

³⁰⁹ DO L 178 de 17 de julio de 2000, p. 1.

Tema 14

Prestación de servicios: algunos contratos en particular

1. Consideraciones generales

Bibliografía recomendada: Agahstie, E.: “Services and the Development Process: Legal Aspects of Changing Economic Determinants”, *JWT*, 24/1990, núm. 5, pp. 103 y ss.; Friedmann, D., Mestmäcker, E. -J. (ed.): *Rules for Free International Trade in Services*, 1990; Müller-Graff, P. -C.: “Dienstleistungsfreiheit und Erbringungsformen grenzüberschreitender Dienstleistungen”, en *AA. VV.: Festschrift für Rudolf Lukes zum 65. Geburtstag*, 1989, pp. 473 y ss.

- 1 La importancia del comercio internacional de servicios aumenta constantemente (actualmente, supone más del 20% del comercio mundial). A pesar de ello, hasta ahora, la liberalización del comercio de servicios va considerablemente retrasada en comparación con la supresión de restricciones en el comercio de mercancías. No obstante, cada vez se va imponiendo más la idea del potencial de futuro del sector de los servicios y de la necesidad de eliminar los obstáculos nacionales al comercio de servicios transfronterizo. Durante mucho tiempo, las prestaciones de servicios permanecieron fuera del programa de liberalización del GATT. Al final de las negociaciones en el marco de la Ronda Uruguay, con el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS), se creó un Acuerdo para eliminar de forma amplia las restricciones en el comercio internacional de servicios. El ámbito en el que está más avanzada esta liberalización es el de la Unión Europea.³¹⁰ De gran relevancia para la liberalización del tráfico de servicios son los acuerdos comerciales bilaterales (*Preferential Trade Agreements*). Los acuerdos celebrados por Estados Unidos persiguen una amplia apertura de los mercados no sólo para bienes, sino también para servicios, exceptuando los sectores recogidos en “listas negativas”. Los acuerdos recientes de la Unión Europea, por ejemplo con Chile y México, se proponen también liberalizar el tráfico en determinados sectores, pero mediante “listas positivas”.
- 2 El comercio internacional de servicios no sólo comprende las prestaciones transfronterizas de servicios, sino también el desplazamiento internacional del receptor o del prestador de los servicios y de los factores de producción vinculados con la prestación de servicios. De gran importancia práctica es la movilidad del prestador de servicios en atención a la posibilidad de ofrecer él mismo servicios en el extranjero a sus clientes, por ejemplo, a través de una filial. Con frecuencia, los Estados hacen depender la prestación de servicios de la existencia de un establecimiento en ese país, para facilitar la protección del consumidor o por otros motivos de control estatal de la economía. La obligación de constituir un establecimiento juega un papel clave en materia de seguros y servicios financieros. En

³¹⁰ V. *supra*, tema 12, nota al margen 2. b.

estos ámbitos, se aprecia claramente la vinculación entre la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento.

Sectores especialmente importantes del comercio internacional de servicios son el transporte, los seguros, la banca, el correo y las telecomunicaciones. A ellos se van a dedicar las siguientes notas al margen. 3

2. Transporte

Bibliografía recomendada: Basedow, J.: *Der Transportvertrag*, 1987; Boyd, S. C.: *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*, 20.^a ed., 1996; Braekhus, S.: “Choice of Law Problems in International Shipping (Recent Developments)”, *RdC*, 164/1979, t. III, pp. 254 y ss.; Cheng, B.: “Air Law”, en *EPIL*, 1992, t. I, pp. 66 y ss.; Giumulla, E., Schmid, R., Ehlers, N.: *Warsaw Convention*, 2000; Górriz López, C.: *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías (carretera, ferrocarril, marítimo, aéreo y multimodal)*, 2001; Herber, R.: “Das internationale Seefrachtrecht der neunziger Jahre”, *Transportrecht*, 1990, pp. 173 y ss.; Koller, I.: *Transportrecht (Kommentar zu Spedition und Straßentransport)*, 4.^a ed., 2000; Mankowski, P.: “Speditionen und Transportverträge”, en: Reithmann, C., Martiny, D.: *Internationales Vertragsrecht*, 5.^a ed., 1996, pp. 1051 ss.; Mölls, W., Ehlers, N.: *Warschauer Abkommen-Internationales Lufttransportrecht*, 1986 (hojas actualizables); Mutz, G.: “Traffic and Transport, International Regulation”, en *EPIL*, t. IV, 2000, pp. 889 y ss.; Ott, G.: *Die Luftfrachtbeförderung im nationalen und internationalen Bereich*, 1990; Weber, L.: “Air Transport Agreements”, en *EPIL*, t. I, 1992, pp. 75 y ss.; Wenglorz, G. W.: *Die Deregulierung des Linienluftverkehrs im Europäischen Binnenmarkt*, 1992.

El crecimiento del comercio internacional de mercancías trae consigo necesariamente un incremento del transporte transfronterizo. Con ello, aumenta la importancia de eliminar obstáculos en el transporte internacional. La liberalización del comercio de mercancías debe ir acompañada de regulaciones interestatales sobre transporte transfronterizo. Sin libertad de transporte transfronterizo no puede haber comercio internacional de mercancías. En el ámbito del Derecho del transporte, se ha celebrado un conjunto de convenios internacionales que persigue la consecución de dicho objetivo. 4

En los convenios bilaterales se concede un papel destacado a la cooperación en el ámbito del transporte, para fomentar el comercio transfronterizo de bienes y la utilización racional de las vías de transporte. Los acuerdos multilaterales permiten, sobre todo, unificar el Derecho privado mediante la elaboración de Derecho internacional uniforme. Dado que, generalmente, el transporte de mercancías no lo realizan las partes del contrato de compraventa, sino que lo lleva a cabo un transportista o expedidor, las especialidades de esta relación triangular hacen deseable una unificación del Derecho del contrato de transporte. 5

- 6 El Derecho del transporte internacional presenta una fuerte dispersión sectorial. Los distintos medios de transporte –automóvil, ferrocarril, barco y avión– requieren de sus correspondientes regulaciones especiales. Sin embargo, los convenios multilaterales referidos a los distintos medios de transporte siempre comprenden una serie de aspectos estructurales comunes, en relación al Derecho privado ligado al contrato de transporte (conclusión del contrato, responsabilidad, competencia internacional). Además, existen regulaciones especiales para determinados bienes. Entre ellas se cuentan, por ejemplo, el Acuerdo Europeo sobre Transporte Internacional de Mercancías Peligrosas por Carretera de 1957 (*European Agreement concerning the International Carriage of Dangerous Goods by Road-ADR*),³¹¹ el Reglamento Internacional sobre el Transporte de Mercancías Peligrosas por Ferrocarril (*Règlement concernant le transport international ferroviaire des marchandises dangereuses, RID*)³¹² y el Convenio Europeo sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados durante el Transporte de Materiales Peligrosos por Carretera, Ferrocarril y Embarcaciones de Navegación Interior (*Convention on Civil Liability for Damage Cause during Carriage of Dangerous Goods by Road, Rail and Inland Navigation Vessels-CRTD*).³¹³ Para el transporte de mercaderías por vía marítima, se negociaron las denominadas Reglas de Rotterdam (*Rotterdam Rules*) de 2009, que deben reemplazar a las Reglas de Hamburgo (*Hamburg Rules*) de 1978. Este nuevo conjunto de normas se dedica, sobre todo, a los problemas jurídicos del tráfico moderno de contenedores y a acuerdos electrónicos en materia del transporte de mercaderías.³¹⁴
- 7 De gran importancia para el transporte internacional son las organizaciones internacionales interestatales, como la Organización de Aviación Civil Internacional (*International Civil Aviation Organisation - ICAO*), la Organización Marítima Internacional (*International Maritime Organisation - IMO*) y la Oficina Central para el Transporte Internacional por Ferrocarril (*Central Office for International Railway Transport*), así como una serie de organizaciones internacionales no estatales, como la Unión Internacional de Ferrocarriles (*Union Internationale des Chemins de Fer - UIC*), la Unión Internacional de Transporte Terrestre (*International Road Transport Union - IRU*), la Asociación Internacional de Transporte Aéreo (*International Air Transport Association - IATA*) y la Federación Internacional de Asociaciones de Transportistas (*International Federation of Freight Tradeforwarders Associations - FLATA*).

³¹¹ http://www.unece.org/trans/danger/publi/adr/adr_e.html.

³¹² <http://www.otif.org/ef/pdf/cotif-rid-1980-f.pdf> v. enmiendas al Reglamento relativo al Transporte Internacional de Mercancías Peligrosas por Ferrocarril (RID), adoptadas por la Comisión de Expertos del RID, en Praga el 23 de noviembre de 2001 (BOE del 18 de febrero de 2003, p. 6447)

³¹³ http://www.unece.org/trans/danger/publi/crtd/crtd_e.html

³¹⁴ Sturley, M. / Fujita, T. / van der Ziel, G. J.: *The Rotterdam Rules: The UN Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*, 2010.

En el marco de la Unión Europea, la integración de los mercados del transporte y la 8
eliminación del falseamiento de la competencia en el ámbito del transporte contribuyen a la consecución del mercado interior europeo. Los artículos 90 y ss. del TFUE sientan las bases de una política común en materia de transportes, ante todo para transportes por ferrocarril, carretera y vías navegables (art. 100.1 TFUE). Las disposiciones sobre la política común de transporte también rigen el sector de la navegación marítima y aérea, en la medida en que se utilice el procedimiento al que alude el Artículo 100.2 TFUE. En estos sectores la liberalización del transporte de personas y bienes llevada a cabo por el Consejo ha sido, durante mucho tiempo, lenta.³¹⁵ Mientras tanto, en el sector del transporte terrestre, se ha adoptado una serie de instrumentos jurídicos.³¹⁶ A ellos pertenecen, por ejemplo, disposiciones sobre el acceso al mercado interior de empresas de transporte no residentes (el denominado cabotaje),³¹⁷ sobre prescripciones técnicas unificadas en materia de vehículos industriales, o el tiempo de descanso de los conductores. En este sector, se persigue una armonización de las normas fiscales (por ejemplo, en materia de impuestos a vehículos industriales o de recaudación de peajes). Por medio de un grupo de normas jurídicas emitidas en tres fases –en los años 1987, 1990 y 1992–, el Consejo ha liberalizado de forma amplia el transporte aéreo, y lo ha abierto gradualmente a la competencia.³¹⁸ Con ellas, se han efectuado importantes modificaciones en el marco del transporte aéreo, en atención a la realización del mercado interior. Este desarrollo empezó

³¹⁵ V. la condena al Consejo por parte del TJUE a causa de su inactividad en materia de política comunitaria de transportes. Sent. TJUE 13/83, As. Parlamento Europeo c. Consejo, Rec., 1985, pp. 1513 y ss.

³¹⁶ V. la sinopsis de A. Frohnmeyer en: Grabitz, E., Hilf, M.: *Das Recht der Europäischen Union*, t. I (EUV/EGV), Art. 70 EGV, n. marg. 17 y ss.

³¹⁷ Reglamento (CEE) 3118/93 del Consejo, de 25 de octubre de 1993, por el que se aprueban las condiciones de admisión de transportistas no residentes en los transportes nacionales de mercancías por carretera en un Estado miembro (DO, L 279, pp. 1 y ss.) y Gronemeyer, N.: “Die neue EU-Kabotage-Verordnung und ihre Auswirkungen auf das deutsche Güterkraftverkehrsrecht”, *EuZW*, 1994, pp. 523 y ss.

³¹⁸ Directiva 87/601/CEE del Consejo de 14 de diciembre de 1987 sobre tarifas para el transporte aéreo regular entre Estados miembros (DO, L 374, pp. 12 y ss.); Decisión 87/602/CEE del Consejo de 14 de diciembre de 1987 relativa a la distribución de la capacidad de pasajeros entre compañías aéreas en servicios aéreos regulares entre Estados miembros y al acceso de las compañías aéreas a las rutas de servicios aéreos regulares entre Estados miembros (DO, L 374, p. 19); Reglamento (CEE) 3975/87 del Consejo de 14 de diciembre de 1987 por el que se establecen las normas de desarrollo de las reglas de competencia para empresas del sector del transporte aéreo (DO, L 374, pp. 1 y ss.); Reglamento (CEE) 2342/90 del Consejo, de 24 de julio de 1990, sobre las tarifas de los servicios aéreos regulares (DO, L 217, pp. 1 y ss.); Reglamento (CEE) 2343/90 del Consejo, de 24 de julio de 1990, relativo al acceso de las compañías aéreas a las rutas de servicios aéreos regulares intracomunitarios y a la distribución de la capacidad de pasajeros entre compañías aéreas en servicios aéreos regulares entre Estados miembros (DO, L 217, 1990, pp. 8 y ss.); Reglamento CE 2344/90 del Consejo, de 24 de julio de 1990, por el que se modifica el Reglamento CEE, nº 3976/87 relativo a la aplicación del apartado 3 del Artículo 85 del Tratado de determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas en el sector del transporte aéreo (DO, L 217, pp. 15 y ss.); Reglamento (CEE) 2409/92 del Consejo, de 23 de julio de 1992, sobre tarifas y fletes de los servicios aéreos (DO, L 240, pp. 15 y ss.); Reglamento (CEE) 95/93 del Consejo, de 18 de enero de 1993, relativo a normas comunes para la asignación de franjas horarias en los aeropuertos comunitarios (DO, L 014, pp. 1 y ss.). En esta materia, v. Jestaedt, T., Hohenstatt, K. -S.: “Das Dritte Maßnahmenbündel zur Liberalisierung des Luftverkehrs”, *EuZW*, 1992, pp. 115 y ss.

en el año 1986, cuando el TJUE, en el asunto *Nouvelles Frontières*, decidió que las normas sobre competencia eran aplicables al transporte aéreo.³¹⁹

- 9 La obligación de mantener el *status quo* previsto en el Artículo 92 TFUE despliega un efecto directo frente a los Estados miembros, sin necesidad de actos jurídicos posteriores, impidiendo que se modifiquen normas jurídicas sobre transporte en detrimento de los transportistas de otros Estados miembros (a menos que disposiciones de la Unión Europea lo permitan). Así, se consideró que la imposición de peajes a camiones pesados que atravesaban las autopistas alemanas y la simultánea rebaja tributaria aplicable a vehículos nacionales contravenía el Artículo 72 TCE (hoy art. 92 TFUE).³²⁰
- 10 Además, la Unión Europea contribuye al establecimiento y desarrollo de redes transeuropeas, entre otros en el sector de las infraestructuras de transportes (arts. 170 y ss. TFUE).
- 11 En el marco de los acuerdos internacionales, el transporte ferroviario ha sido objeto de una regulación especialmente minuciosa.³²¹ El texto más destacado es el Convenio Internacional relativo a los Transportes Internacionales por Ferrocarril de 1980 (*Convention relative aux transports internationaux ferroviaires, COTIF*),³²² que fue revisado en el año 1999 (COTIF 1999).³²³ A este Convenio pertenecen también las Reglas uniformes relativas al contrato de transporte internacional de viajeros y equipajes por ferrocarril (CIV),³²⁴ y las Reglas uniformes relativas al contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril (ER/CIM).³²⁵ El COTIF ha sido ratificado por casi todos los Estados europeos y por una serie de Estados del Norte de África y Oriente.
- 12 En materia de transporte terrestre, el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera de 1956 (*Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route - CMR*)³²⁶ ha generado una amplia unificación jurídica en la mayoría de los Estados europeos. El CMR se aplica a los contratos de transporte terrestre de bienes a título oneroso, cuando el lugar de recepción y el previsto para la entrega se localicen en dos Estados distintos, siendo al menos uno de ellos un Estado contratante. El Convenio contiene, en su mayoría, normas de Derecho uniforme internacional; pero también incluye normas de conflicto. En el marco de su ámbito de aplicación, el Convenio contiene normas imperativas, de las que no pueden apartarse las

³¹⁹ Sent. TJUE, As. 209-213/84 (Ministère public c. Lucas Asjes et autres), Rec., 1986, pp. 1425 y ss.

³²⁰ Sent. TJUE, As. C-195/90 (Comisión c. República Federal de Alemania), Rec., 1992, pp. I-3141 y ss.

³²¹ Mutz, G.: "Railway Transport, International Regulation", en EPIL, t. IV, 2000, pp. 14 y ss.

³²² BOE de 18 de enero de 1986, pp. 2567 y ss. Corrección de errores, BOE de 26 de mayo de 1986.

³²³ BOE de 23 de junio de 2006, pp. 23722 y ss.

³²⁴ BOE de 18 de enero de 1986, pp. 2573 y ss.

³²⁵ BOE de 18 de enero de 1986, pp. 2581 y ss.

³²⁶ BOE núm.109, de 7 de mayo de 1974. Corrección de errores, BOE de 15 de junio de 1995.

partes del contrato de transporte. Sin embargo, el CMR no regula de forma exhaustiva el transporte transfronterizo de bienes por carretera, sino que se limita a las cuestiones jurídicas más importantes de este transporte. En este contexto, la responsabilidad del transportista ocupa un puesto relevante. También es importante la regulación de la competencia judicial internacional (art. 31 CMR).

El Derecho del transporte aéreo internacional se compone, en primer lugar, de convenios interestatales sobre la utilización del espacio aéreo. Respecto de los derechos de transporte y sobrevuelo establecidos convencionalmente en el marco de la aviación civil, hay que distinguir entre el transporte regular y otro tipo de tráfico aéreo civil (éste, a su vez, se divide en tráfico remunerado y gratuito). En el ámbito del tráfico aéreo comercial internacional, se habla de las denominadas “cinco libertades aéreas”:

- a) Derecho a sobrevolar el territorio soberano de otro Estado sin aterrizar.
- b) Derecho a aterrizar en un Estado con fines no comerciales.
- c) Derecho a dejar en otro Estado pasajeros, carga y correo del Estado de origen de la aeronave.
- d) Derecho a recoger pasajeros, carga y correo de un Estado para trasladarlos al Estado de origen de la aeronave.
- e) Derecho a recoger pasajeros, carga y correo de un Estado para dejarlos en un tercer Estado, o a dejar en otro Estado a pasajeros, carga y correo procedentes de un tercer Estado.

El Convenio de Chicago sobre aviación civil internacional de 1944 facilita el tráfico aéreo internacional.³²⁷ Este Convenio prevé derechos de incursión aérea y de sobrevuelo para los vuelos no regulares (art. 5). Respecto de los vuelos regulares, a no ser que existan acuerdos especiales, el Convenio requiere una autorización previa (art. 6). La concesión recíproca de derechos de sobrevuelo y aterrizaje se regula en los dos convenios adicionales de 1944: el Acuerdo relativo al tránsito de los servicios aéreos internacionales,³²⁸ y el Acuerdo sobre transporte aéreo internacional.³²⁹ En la práctica, la concesión de las libertades aéreas para lograr un transporte regular funcionalmente apto depende de acuerdos bilaterales. En 1946, Estados Unidos y Reino Unido concluyeron un Acuerdo bilateral sobre transporte aéreo (denominado Acuerdo de las Bermudas), que posteriormente ha servido como modelo para otros numerosos acuerdos sobre transporte aéreo. Se trata, sobre todo, de regular los derechos que un Estado otorga a las aeronaves de otro Estado. Los acuerdos sobre el establecimiento de líneas aéreas, y los correspondientes usos del espacio aéreo y de los aeropuertos, con la regulación de las franjas horarias para despegues y aterrizajes (*slots*), ocupan un puesto destacado. El Acuerdo de “Cielos Abiertos”

³²⁷ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1969. Al respecto, v. Weber, L.: “Chicago Convention”, en EPIL, t. I, 1992, pp. 571 y ss.

³²⁸ UNTS, 84, pp. 389 y ss.

³²⁹ UNTS, 171, pp. 387 y ss.

(“*Open Skies*”), celebrado entre la Unión Europea y Estados Unidos en 2007,³³⁰ confiere derechos relativos al transporte aéreo a las aerolíneas domiciliadas en el territorio de una de las partes. Este acuerdo sustituye a los acuerdos bilaterales anteriores, y permite a cada aerolínea de la Unión Europea y de los Estados Unidos realizar, sin límite alguno, transporte aéreo a cualquier punto situado en el territorio de un Estado parte (art. 3). Se aplican disposiciones especiales en caso de que “la propiedad sustancial y el control efectivo” de una aerolínea no recaigan en un Estado miembro de la Unión Europea, los Estados Unidos, o nacionales de dichos Estados (art. 5 y Anexo 4).

- 14 Con el Convenio de Chicago (arts. 43 ss.) se fundó la Organización de Aviación Civil Internacional (*International Civil Aviation Organization - ICAO*). La ICAO es una organización especial de Naciones Unidas, que se ocupa de todas las cuestiones del tráfico aéreo civil. Su tarea consiste en desarrollar la aviación civil internacional, especialmente en lo referente a los estándares de seguridad y a la rentabilidad del transporte aéreo.

- 15 En el Derecho del transporte aéreo privado, existe un extenso entramado de convenios internacionales. En el ámbito del Derecho internacional de la carga aérea, tiene especial importancia el Convenio de Varsovia para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional de 1929,³³¹ que se aplica en la mayoría de los Estados. El Convenio de Varsovia comprende todo el transporte aéreo internacional de bienes a título oneroso (art. 1.1). Es uno de los más exitosos intentos de unificación jurídica. Sin embargo, este texto no constituye una regulación completa del contrato de transporte aéreo de mercancías, sino que únicamente se aplica a aspectos concretos especialmente relevantes, como la responsabilidad del porteador de mercancías. Además, el Convenio también contiene disposiciones en materia de competencia judicial internacional. Entre los acuerdos que modifican y completan este Convenio, es especialmente importante el Protocolo que modifica el Convenio de Varsovia, firmado en La Haya en 1955.³³² Sin embargo, una serie de Estados parte del Convenio de Varsovia no ha ratificado este Protocolo. El Convenio de Varsovia se completa por medio del Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional realizado por quien no sea el transportista contractual, de 1961 (Convenio de Guadalajara).³³³ En la práctica del transporte aéreo, la *International Air Transport Association* (IATA) juega un papel importante. En esta organización internacional no estatal, se han asociado las compañías aéreas de primer orden, para lograr la fijación de tarifas con base en parámetros unificados y uniformar las condiciones generales de los contratos de transporte.

³³⁰ *ILM* 46/2007, p. 467.

³³¹ *LNTS* 137, S. 1;

³³² *UNTS* 478, S. 371;

³³³ *UNTS* 500, S. 31; (este Convenio no ha sido ratificado por España). Junto a este Convenio, se han elaborado también Protocolos modificativos de Guatemala y Montreal.

En el ámbito del Derecho del transporte marítimo, el Convenio internacional para la 16
unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque, de 1924 (las
denominadas “Reglas de La Haya”³³⁴), armoniza aspectos importantes del contrato de
transporte marítimo. El conocimiento de embarque es un título-valor, con el que el
transportista certifica la recepción de la mercancía que se va a transportar y se compromete a entregarla al destinatario legitimado por el conocimiento de embarque. Se trata del documento más importante del Derecho del transporte marítimo. Las Reglas de La Haya han sido modificadas por un Protocolo de 1968 (“Reglas Visby”).

En materia de transporte multimodal –esto es, el llevado a cabo con distintos medios 17
de transporte– existen disposiciones individuales en diversos convenios. Hasta ahora, el
Convenio de Naciones Unidas sobre el Transporte Multimodal Internacional de Mercancías de 1980,³³⁵ sólo ha sido ratificado por pocos Estados.

3. Seguros

Bibliografía recomendada: Basedow, J., Drasch, W.: “Das neue internationale Versicherungsvertragsrecht”, NJW, 1991, pp. 785 y ss.; Richter, J.: Internationales Versicherungsrecht, 1980; Roth, W. -H.: Internationales Versicherungsvertragsrecht, 1985; *id.*: “International Free Trade in Insurance Services”, en Friedmann, D., Mestmäcker, E. -J. (ed.): Rules for Free International Trade in Insurance Services, 1990, pp. 243 y ss.; Sassoon, D. M.: “Free Trade in Insurance Services”, en Friedmann, D., Mestmäcker, E. -J. (ed.): Rules for Free International Trade in Insurance Services, 1990, pp. 229 y ss.; Schnyder, A. K.: Internationale Versicherungsaufsicht zwischen Kollisionsrecht und Wirtschaftsrecht, 2005.

En el sector del Derecho de los seguros, únicamente en el marco de la Unión Europea se 18
ha alcanzado hasta el momento una armonización destacable de las disposiciones sobre
contratos y control prudencial de los seguros. Los actos legislativos de la Unión Europea
en este campo se basan en la libertad de establecimiento (art. 53.2 TFUE) y en la libre
prestación de servicios (art. 62 TFUE). Las diferencias, a veces muy marcadas, entre las
regulaciones en materia de Derecho civil, libre competencia y supervisión prudencial que
existen en los Estados miembros han puesto de manifiesto la complejidad, pero también
la importancia, de crear un mercado interior en este sector.

Mediante la prestación de servicios a través de sucursales en otros Estados, las compañías 19
aseguradoras han eludido durante mucho tiempo las trabas existentes en el comercio
transfronterizo de servicios dentro de la Unión Europea. Así, en materia de seguros, la
libertad de establecimiento ha mantenido oculta durante largo tiempo la relevancia de

³³⁴ Gaceta Oficial del Estado de 31 de agosto de 1930 e incorporado a la legislación española como Ley de 22 de diciembre de 1949 (BOE núm. 358, de 24 de diciembre de 1949).

³³⁵ U.N. Doc. TD/MT/CONF/16.

la libre prestación de servicios. Con frecuencia, las normas de los Estados miembros en materia de supervisión prudencial preveían deberes de establecimiento para las aseguradoras extranjeras. De ello se deducía la aplicabilidad del respectivo Derecho nacional a los contratos de seguro, no planteándose, por tanto, la cuestión del Derecho aplicable. Una sentencia del TJUE de 1986 –referida al deber de establecimiento para seguros directos conforme al Derecho alemán–³³⁶ generó un movimiento a favor de una armonización y liberalización reforzada en este sector.

El TJUE consideró que dicho deber de establecimiento (que conocía excepciones, como la referida a los seguros obligatorios) suponía una violación de la libre prestación de servicios. De conformidad con esta sentencia, ahora las aseguradoras de otros Estados miembros pueden ofrecer sus servicios en Alemania, incluso aunque no tengan un establecimiento en este país. Con esta doctrina, ha adquirido una especial importancia la armonización del Derecho de control de los seguros y del Derecho internacional privado.

- 20 Existen numerosas Directivas del Consejo que tienen por objeto armonizar el Derecho de los seguros.³³⁷ La segunda Directiva del Consejo, de 22 de junio de 1988, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo, distinto del seguro de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios y por la que se modifica la Directiva 73/239/CEE,³³⁸ sigue teniendo relevancia. Esta Directiva establece normas de conflicto uniformes (arts. 7 y 8) y, con ello, contribuye de forma esencial a la unificación del Derecho internacional privado en el sector de los contratos de seguro. Según esta Directiva, se aplica, en primer lugar, el Derecho del Estado miembro en el que el tomador del seguro tenga su residencia habitual y en el que esté localizado el riesgo (art. 7.1, letra a). Cuando el tomador del seguro no tenga su residencia habitual, o su administración central, en el Estado miembro en el que esté localizado el riesgo, las partes del contrato pueden pactar el Derecho aplicable (art. 7.1, letras a y b). A falta de elección de ley de las partes, se aplica, en principio, la ley del Estado con el que la relación contractual presente un vínculo más estrecho, existiendo una presunción a este respecto, a favor del Estado

³³⁶ Sent. TJUE, As. 205/84 (Comisión c. República Federal de Alemania), Rec., 1986, pp. 3755 y ss.

³³⁷ V. la sinopsis en Schnyder, A. K.: *Europäisches Versicherungs- und Bankenrecht*, 2005, pp. 11 ss.

Las Directivas pertinentes son las siguientes: Primera Directiva 73/239/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1973, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida, y a su ejercicio (DO, L 228, 1973, pp. 3 y ss.); Primera Directiva 79/267/CEE del Consejo, de 5 de marzo de 1979, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, referentes al acceso a la actividad del seguro directo sobre la vida, y a su ejercicio, (DO, L 063, 1979, pp. 1 y ss.); Directiva 87/344/CEE del Consejo de 22 de junio de 1987 sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro de defensa jurídica (DO, L 185, pp. 77 y ss.); Directiva 87/343/CEE del Consejo de 22 de junio de 1987 por la que se modifica, en lo que se refiere al seguro de crédito al seguro de caución, la primera Directiva 73/239/CEE sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida y a su ejercicio (DO, L 185, 1987 p. 72 y ss.).

³³⁸ Directiva 88/357/CEE (DO, L 172, pp. 1 y ss.).

miembro en el que se localice el riesgo (art. 7.1, letra h). El Artículo 7.2 de la Directiva 88/357 permite a los Estados miembros, aunque exista elección de ley de las partes, aplicar aquellas disposiciones que “regulen imperativamente la situación, sea cual fuera la ley aplicable al contrato”. La Directiva 2002/83/CE sobre el seguro de vida contiene sus propias normas de conflicto.³³⁹ Alemania ha transpuesto las normas de conflicto de las Directivas comunitarias sobre seguros a través de una ley de 1990 (art. 7.14).

Las Directivas de tercera generación, sobre seguros contra daños y seguros de vida, suponen un paso esencial para la consecución del mercado interior.³⁴⁰ Entre tanto, la Directiva 2002/83/CE ha consolidado y enmendado las Directivas sobre seguros de vida.³⁴¹ Su principio rector es que la autorización otorgada a una empresa de seguros en el Estado de origen será válida en toda la Unión Europea. Ello significa, además, que la autorización y el control de la actividad comercial de las compañías aseguradoras compete únicamente a las autoridades del Estado de origen, de acuerdo con estándares armonizados (art. 6 de la Directiva 73/329/CEE; arts. 4 ss. y 10 ss. de la Directiva 2002/83/CE sobre seguros de vida). Esta concentración del control de la actividad aseguradora en el ámbito de la Unión Europea por parte de una autoridad nacional aumenta la responsabilidad de los Estados miembros y sus órganos. 21

En vista de esta facilitación del acceso al mercado interior de seguros, que es el segundo más grande del mundo después del de Estados Unidos, se plantea la cuestión de las posibilidades de acceso al mercado para empresas de terceros Estados (al respecto, v. por ejemplo los artículos 51 y ss. de la Directiva 2002/83/CE). Una empresa de seguros de un tercer Estado tiene pleno acceso al mercado interior si crea una sociedad filial en un Estado miembro; una vez obtenida la autorización, dicha sociedad filial puede actuar en todo el mercado interior. Para empresas de terceros Estados que únicamente quieran establecer una sucursal o una agencia, se prevé que la autorización pueda ser concedida discrecionalmente por el Estado miembro correspondiente, sin que exista para ellas derecho a reclamar autorización. Estas disposiciones decaen, sin embargo, si existe acuerdo entre la Unión Europea y un tercer Estado, en el que se contiene una obligación de autorizar. 22

³³⁹ DO L 345 de 19 de diciembre de 2002, p. 1.

³⁴⁰ Directiva 92/49/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE (tercera Directiva de seguros distintos del seguro de vida), DO, L 228, pp. 1 y ss. y Directiva 92/96/CEE del Consejo, de 10 de noviembre de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo de vida, y por la que se modifican las Directivas 79/267/CEE y 90/619/CEE (tercera Directiva de seguros de vida) (DO, L 360, pp. 1 y ss.).

³⁴¹ V. *supra*, nota anterior.

- 23 Los contratos de seguro que aseguran riesgos localizados fuera del territorio de la Unión Europea se rigen por el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.³⁴²

4. Banca y protección del inversor

Bibliografía recomendada: Ascensio, H.: “Les activités internationales des banques: liberté ou contrôle?”, JDI 120/1993, pp. 255 ss.; Benjamin, J.: *Financial Law*, 2008; Derleder, P./Knops, K. -O., Bamberger, H. G.: *Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht*, 2003; Groß, W.: *Kapitalmarktrecht*, 2.^a ed., 2002; Heth, M.: “Towards International Free Trade in Banking Services”, en Friedmann, D., Mestmäcker, E.-J. (ed.): *Rules for Free International Trade in Insurance Services*, 1990, pp. 178 y ss.; Hopt, K. J., Veil, R., Kämmerer, J. A.: *Kapitalmarktgesetzgebung im Europäischen Binnenmarkt*, 2008; Jayme, E.: *Kollisionsrecht und Bankgeschäfte mit Ausländerührung*, 1977; Möschel, W.: “International Free Trade in Banking Services”, en Friedmann, D., Mestmäcker, E. -J. (ed.): *Rules for Free International Trade in Insurance Services*, 1990, pp. 207 y ss.; Penn, G., Haynes, A.: *The Law and Practice of International Banking*, 2006; Schnyder, A. K.: *Europäisches Banken- und Versicherungsrecht*, 2005; Scott, H. S.: *International Finance: Law and Regulation*, 2004.

- 24 En el ámbito bancario, la oferta de prestación de servicios en el extranjero juega un papel destacado en un contexto de competitividad internacional. Los negocios bancarios internacionales aumentan constantemente en diversidad y van mucho más allá de préstamos internacionales y financiaciones del comercio exterior, que aún hoy se pueden realizar a través de bancos corresponsales. Entre ellos se cuentan, junto al depósito bancario, los servicios de pagos y liquidaciones por transferencia (operación de giro), la administración y custodia de títulos-valores (operación de depósito) y la adquisición de cambio o cheques (operación de descuento). En el comercio internacional, desempeña un papel importante el crédito documentario, mediante el que un banco se obliga a pagar el precio de compra al vendedor, contra presentación del documento que representa las mercancías exportadas (o también contra presentación de otros documentos). En esta materia, se aplican en general las Reglas y Usos Uniformes para los Créditos Documentarios, en calidad de condiciones generales de la contratación.³⁴³
- 25 Los requisitos legales para el establecimiento de bancos y la admisión de negocios bancarios están regulados en los Estados miembros de forma muy distinta. En esta materia, existe una apreciable necesidad de coordinación en el plano internacional. La crisis

³⁴² V. *infra*, tema 13, nota al margen 5.

³⁴³ V. Reglas y usos uniformes de la ICC relativos a los créditos documentarios, ZIP, 1984, pp. 251 y ss.; núm. 458, ICC Publishing.

financiera global en el año 2008 ha puesto de relieve la necesidad urgente de coordinar el control prudencial del sector financiero y de mejorar la cooperación transfronteriza.

El Banco de pagos internacionales (*Bank for International Settlements - BIS*³⁴⁴) desempeña 26 un papel central en el control bancario internacional.

El BIS, constituido como una sociedad anónima de Derecho suizo, con sede en Basilea y dotado de un estatus internacional especial –acuerdo de sede social con Suiza–, es apoyado por los bancos centrales de numerosos Estados europeos y no europeos (incluyendo los países industriales más importantes). El Banco respalda, por ejemplo, a los bancos centrales concediéndoles créditos (es un “banco para bancos centrales”). Además, el BIS otorga créditos puente hasta que se obtengan préstamos del Fondo Monetario Internacional y del grupo del Banco Mundial. Junto con lo expuesto, el BIS opera también como un banco comercial normal.

El Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (*Basel Committee on Banking Supervision*) 27 se incardina en el marco del BIS. Se trata de un foro de cooperación informal entre los gobernadores de los bancos centrales del G-10,³⁴⁵ así como de Luxemburgo y España. El BIS también contribuye, por medio de propuestas, al desarrollo de la supervisión prudencial de los bancos en el plano internacional. En este marco, se ha elaborado el denominado “Concordato de Basilea” de 1975 (revisado en 1983),³⁴⁶ que se ocupa, fundamentalmente, del control de las sucursales de instituciones crediticias en el extranjero. Según este texto, el control de la solvencia de las sucursales incumbe fundamentalmente a los órganos de supervisión del Estado de origen. Para las sociedades filiales se prevé un control conjunto de las autoridades del Estado de origen y del Estado de acogida.

De gran importancia práctica son los Acuerdos de Basilea sobre la concesión de créditos, 28 elaborados por el Comité de Supervisión Bancaria. Estos acuerdos no tienen carácter vinculante de acuerdo con el Derecho internacional público. Pero sus recomendaciones tienen una influencia inmediata sobre la legislación de un gran número de Estados. Así, el Acuerdo de Basilea sobre fondos propios de 1998 (*Basel Accord*, Basilea I) fue aceptado por más de cien Estados y la Unión Europea (esta última lo implementó por medio de la Directiva sobre fondos propios y la Directiva sobre solvencia). En virtud del Acuerdo “Basilea I”, las entidades de crédito deben cubrir, por lo menos, un 8% del volumen de sus operaciones con fondos propios, como seguridad contra riesgos de impago y de mercado. Tras intensas discusiones y estudios para evaluar los efectos de las reglas propuestas en

³⁴⁴ Schuster, G.: “Bank for International Settlements”, en EPIL, t. I, 1992, pp. 342 y ss.

³⁴⁵ V. *supra*, tema 4, nota al margen 54.

³⁴⁶ El texto se recoge en ZIP, 1983, pp. 1145 y ss. y en ILM, 22/1983, pp. 901 y ss. Respecto a las debilidades del control bancario internacional frente a institutos financieros que operan a nivel mundial, en relación con el asunto *Bank of Credit and Commerce International, v. Dale, R.*: “Banking Regulation after BCCI”, *Journal of International Banking Law*, 1993, pp. 8 y ss.

materia de fondos propios, el Comité de Supervisión Bancaria adoptó el segundo Acuerdo de Basilea sobre fondos propios (Basilea II).³⁴⁷ Este acuerdo tiene como objetivo una valoración más particularizada de riesgos concretos en la concesión de créditos (especialmente, en función de la solvencia de los deudores). También es una reacción frente al desarrollo de nuevos instrumentos financieros.³⁴⁸

29 “Basilea II” se sustenta en tres “pilares”:

- requerimientos de capital mínimo (*minimal capital requirements*), de acuerdo a la solvencia individual y el riesgo de impago de los deudores,
- un procedimiento supervisado de revisión (*supervisory review process*), que se apoya tanto en procedimientos internos como de supervisión estatal para determinar la cuantía adecuada de fondos propios,
- el intento de generar una mayor disciplina de mercado (*market discipline*), a través de la publicación de datos sobre la estructura de los fondos propios y los riesgos asumidos por las entidades de crédito.

30 La mayor relevancia otorgada a la solvencia del deudor tiene un reflejo inmediato en la cuantía de los intereses de los correspondientes créditos solicitados.

Las reglas relativas a los fondos propios de las entidades de crédito, adoptadas en septiembre de 2010 (“Basilea III”),³⁴⁹ constituyen la reacción a la crisis financiera que estalló en 2007. También introducen un estándar internacional mínimo para prevenir una falta de liquidez, a saber, el denominado coeficiente de cobertura de liquidez (*liquidity coverage ratio*). “Basilea III” aumenta los requerimientos de capital mínimo para las entidades financieras. Un elemento nuevo en la definición del capital mínimo es el “núcleo duro” de los fondos propios, que corresponde a un 7% de los activos de riesgo. Las entidades financieras deben dotarse de un capital que corresponda a un 10.5% de los activos de riesgo. Las reglas referidas deben ser implementadas en varios pasos hasta el año 2019.

31 En la Unión Europea se ha alcanzado una amplia armonización de los regímenes de supervisión prudencial, con el objetivo de liberalizar el mercado bancario.³⁵⁰ La segunda Di-

³⁴⁷ Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, *Internationale Konvergenz der Eigenkapitalbemessung und der Eigenkapitalanforderungen (überarbeitete Rahmenvereinbarung)*, Junio de 2004; al respecto Deloitte (ed.): *Basel II – Handbuch zur Umsetzung des neuen Bankenaufsichtsrechts*, 2005; Jungmichel, T.: “Basel II und die möglichen Folgen”, *WM* 2003, pp. 1201 ss.; Volkenner, T./Walter, K. -F.: “Die Endfassung der neuen Baseler Eigenkapitalvereinbarung (Basel II)”, *DSfR*, 2004, pp. 1399 ss.

³⁴⁸ Al respecto, v. Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, *Überblick über die neue Baseler Eigenkapitalvereinbarung*, Enero de 2001.

³⁴⁹ http://www.bis.org/press/p100912_de.pdf.

³⁵⁰ V. la sinopsis de los Reglamentos y Directivas que conforman el Derecho bancario europeo en Schnyder, A. K.: *Europäisches Banken- und Versicherungsrecht*, 2005, pp. 11 ss.

rectiva 2006/48/CE,³⁵¹ de coordinación del Derecho bancario, tiene importancia capital para lograr la libertad de establecimiento y de prestación de servicios prevista en el TFUE. El principio rector de esta Directiva es la exigencia de una única autorización para las entidades de crédito, válida en toda la Unión Europea y otorgada por los órganos de control del Estado de origen de la entidad crediticia (arts. 6 ss.). Las entidades de crédito que cuenten con una autorización de un Estado miembro pueden realizar actividades bancarias tanto mediante el establecimiento de una sucursal como mediante la prestación de servicios (arts. 23 ss.) Los controles por parte del Estado de origen se extienden, en principio, a todas las actividades bancarias que el instituto crediticio realice en la Unión Europea (art. 40 de la Directiva). A las autoridades de control del Estado de acogida también les quedan ciertas competencias de vigilancia concurrentes (arts. 29 y ss.). El control de la solidez financiera de una entidad de crédito se concentra en las autoridades de control del respectivo Estado de origen.

Entre las disposiciones de la Directiva 2006/48/CE, en materia de “instrumentos técnicos” de la supervisión prudencial, tienen relevancia particular las que se refieren a fondos propios (arts. 56 ss.) y el manejo de riesgos (arts. 68 ss.), particularmente los riesgos derivados de “grandes exposiciones” (arts. 106 ss.)

Se consideran “grandes riesgos” los préstamos cuyo valor es igual o superior al 10% de los fondos propios de la entidad de crédito (art. 108). Los préstamos concedidos a un sólo deudor no deben exceder del 25% de los fondos propios de la entidad (art. 111.1). La suma de las grandes exposiciones de una entidad de crédito no debe exceder un óctuplo de sus fondos propios (art. 111.3).

En cuanto a la protección a los inversores, en materia de admisión de valores en Bolsa, 33 regulación de las operaciones con información privilegiada y venta de participaciones en fondos de inversión, se ha logrado una armonización considerable.³⁵² La Directiva

³⁵¹ DO L 177, 30 de junio de 2006, p. 1; última modificación por la Directiva 2010/16/UE de la Comisión Europea de 9 de marzo de 2010, DO L 60 de 10 de marzo de 2010, p. 15.

³⁵² V. por ejemplo, la Directiva 85/611/CEE por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sobre determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios (OICVM), DO L 375 de 31 de diciembre de 1985, p. 3; modificada por Directiva 88/220/CEE, DO L 100 de 19 de abril de 1988, S. 31; última modificación por Directiva 2008/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 2008, DO L 76 de 19 de marzo de 2008, p. 42; Directiva 2003/125/CE de la Comisión del 22 de diciembre de 2003 a efectos de la aplicación de la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la presentación imparcial de las recomendaciones de inversión y la revelación de conflictos de intereses, DO L 339 de 24 de diciembre de 2003, p. 73; Directiva 2003/124/CE de la Comisión de 22 de diciembre de 2003 a efectos de la aplicación de la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la definición y revelación pública de la información privilegiada y la definición de manipulación del mercado (abuso del mercado), DO L 339 de 24 de diciembre de 2003, p. 70; Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores y por la que se modifica la Directiva 2001/34/CE, DO L 345 de 31 de diciembre de 2003, p. 64; Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la presentación imparcial de las recomendaciones de inversión y la revelación de conflictos de intereses (abuso del mercado), DO L 96 de 12 de abril de 2003, p. 16; Directiva 2002/87/CE relativa a la supervisión

2004/39/CE, relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, es fundamental para el comercio de títulos-valores, incluidos nuevos instrumentos financieros.³⁵³ La Directiva regula también el comercio de otros instrumentos, como instrumentos del mercado monetario, participaciones en organismos de inversión colectiva, opciones y contratos de futuros. Principio básico de la misma es la supervisión prudencial por el Estado de origen, sobre la base de condiciones armonizadas para la autorización de entidades de crédito (arts. 5 ss. y 48). La Directiva de 1994, sobre los sistemas de garantía de depósitos, tiene por objeto alcanzar un estándar uniforme para la Unión Europea, con el objeto de proteger los depósitos bancarios frente a los riesgos de insolvencia.³⁵⁴

- 34 Las consecuencias jurídicas de las operaciones bancarias se rigen por el Derecho internacional privado del Estado del foro. En el ámbito de la Unión Europea, ha de tenerse en cuenta el Artículo 4 del Reglamento relativo a la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”).³⁵⁵ Según éste, como regla general, el Derecho aplicable se determina atendiendo al lugar en que esté situado el establecimiento principal de la parte que realiza la actividad bancaria (art. 4.2). Existen peculiaridades respecto de las relaciones contractuales que abarquen una pluralidad de negocios individuales. De gran relevancia para las operaciones bancarias son las disposiciones de otros Estados en materia de divisas. La obligación de tenerlas en cuenta se deriva, en particular, del Artículo VIII, párrafo 2, letra b, del Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional.
- 35 La supervisión prudencial de las entidades de crédito que pertenecen a un grupo de empresas se lleva a cabo de manera “consolidada” (arts. 125 ss. de la Directiva 2006/48/CE). De acuerdo con este principio, cada entidad de crédito que tenga como filial a una entidad de crédito, o que sea titular de una participación en una entidad de crédito, está sometida a supervisión sobre la base de una “consolidación íntegra” de las situaciones financieras de cada una (art. 133). Si una entidad de crédito tiene por empresa matriz a otra entidad de crédito, la autoridad que ejerce la supervisión prudencial “consolidada” es la que le haya concedido la autorización a la casa matriz (art. 125.1). Si la casa matriz de una entidad de crédito es una sociedad financiera de cartera, la supervisión de aquella entidad de crédito incumbe, por regla general, a las autoridades que le hayan concedido la autorización (art. 125.2). Se aplican preceptos especiales a determinados grupos de empresas con estructuras particulares (art. 126).

adicional de las entidades de crédito, empresas de seguros y empresas de inversión de un conglomerado financiero, DO L 35 de 11 de febrero de 2003, p. 1; última modificación por Directiva 2010/78/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 noviembre de 2010, DO L 331 de 15 de diciembre de 2010, p. 120.

³⁵³ DO L 145 de 30 de abril de 2004, p. 1.

³⁵⁴ Directiva 94/19/CE relativa a los sistemas de garantías de depósitos, DO L 135 de 31 de mayo de 1994, p. 5, última modificación por Directiva 2009/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 2009, DO L 68 de 13 de marzo de 2009; al respecto, Hoeren, T.: “Einlagensicherung in Europa”, *EuZW*, 1994, pp. 750 ss.

³⁵⁵ V. *supra*, tema 13, nota al margen 5.

La supervisión “consolidada” se realiza a través de una cooperación entre, por un lado, las autoridades competentes para las filiales y, por otro lado, la autoridad competente para la empresa superior (y, por ende, del grupo entero). En determinados casos, se prevé una decisión conjunta de las autoridades y –en ausencia de acuerdo entre ellas– de la autoridad a la que corresponda la decisión “consolidada” (art. 129. 2).

La estructura de supervisión prudencial de los mercados financieros que se ha desarrollado en la Unión Europea es compleja.³⁵⁶ Las siguientes autoridades europeas colaboran con las autoridades nacionales en el marco del Sistema Europeo de las Autoridades de Supervisión Financiera (*European System of Financial Supervisors – ESFS*), con el fin de supervisar a entidades de crédito, compañías de seguro y de títulos-valores:

- la Autoridad Bancaria Europea (*European Banking Authority –EBA–*),
- la Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación (*European Insurance and Occupational Pensions Authority –EIOPA–*), y
- la Autoridad Europea de Valores y Mercados (*European Securities and Markets Authority –ESA–*).

Estas nuevas autoridades de vigilancia de la Unión Europea están facultadas para tomar decisiones en caso de divergencia de opiniones entre autoridades nacionales de supervisión. Además, cumplen una función importante en la concreción de las cláusulas generales recogidas en las Directivas.

En materia de secreto bancario, pueden surgir conflictos normativos respecto a la aplicación extraterritorial de preceptos, cuando se trata de imponer obligaciones extranjeras de revelar determinada información.³⁵⁷ 36

En diciembre de 1997, la mayoría de los Estados miembros de la OMC alcanzaron un acuerdo para lograr una mayor liberalización de los servicios financieros: el quinto Protocolo anexo al GATS.³⁵⁸ En él, se establecen distintas medidas para la apertura del mercado. Entre ellas, se encuentra el compromiso de incrementar las participaciones máximas (variables según los Estados) que los bancos y aseguradoras extranjeros pue- 37

³⁵⁶ V., por ejemplo, el Reglamento (UE) 1093/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea), DO L 331, 15 de diciembre de 2010, p.12. En cuanto a las nuevas estructuras de supervisión, v. Moloney, N.: “EU Financial Market Regulation after the Global Financial Crisis: ‘More Europe’ or More Risk?”, *Common Market Law Review*, 47/2010, pp. 1317 ss. En cuanto a temas fundamentales de la supervisión bancaria en la Unión Europea, v. Herdegen, M.: *Bankenaufsicht im Europäischen Verbund – Banking supervision within the European Union*, 2010.

³⁵⁷ Respecto a la negativa a informar en el Derecho alemán y el conflicto con el deber de declarar del derecho estadounidense, v. Sent. LG Kiel, IPRax, 1984, p. 146 y Sent. LG Kiel, IPRax, 1984, p. 147. En esta materia, v. Bosch, U.: “Das Bankengeheimnis im Konflikt zwischen US-Verfahrensrecht und deutschem Recht”, IPRax, 1984, pp. 127 y ss.

³⁵⁸ DO L 20 de 27 de enero de 1999, p. 53.

den adquirir en empresas nacionales. Estados Unidos (el país con el mayor mercado financiero) se ha mostrado dispuesto a someter los servicios financieros al principio de la nación más favorecida.

5. Servicios de correo

Bibliografía recomendada: Badura, P., von Danwitz, T., Herdegen, M., Sedemund, J., Stern, K.: *Beck'scher PostG-Kommentar*, 2.^a ed., 2004; Weber, L.: "Universal Postal Union", en EPIL, t. IV, 2000, pp. 1235 y ss.

- 38 La cooperación internacional en los servicios de correo y telecomunicaciones se asienta ya desde hace bastante tiempo sobre bases de Derecho internacional público. La Unión Postal Universal (Universal Postal Union) fue fundada en 1874 y, desde el final de la Segunda Guerra Mundial, es una organización especial de Naciones Unidas.³⁵⁹ Al sistema convencional de esta Unión Postal Universal pertenecen, por ejemplo, el Convenio Postal universal (CPU) y los Acuerdos relativos a paquetes postales, giros y cheques de viaje. Los Estados pueden definir de forma autónoma el concepto de "administración postal", determinando así el reparto de los derechos y obligaciones derivados del Convenio Postal Universal y de otros convenios de la Unión Postal Universal. En Alemania, dichos derechos y obligaciones corresponden a la empresa *Deutsche Post AG*; sin embargo, otras empresas pueden solicitar, y obtener, licencias para tomar parte en los derechos y obligaciones que se derivan del Tratado (art. 4. 1, primera frase, y art. 4.2 de la Ley alemana de 1999, relativa a la aprobación de los Acuerdos de la Unión Postal Universal). El Convenio Postal Universal permite cobrar unos denominados "gastos terminales" para el transporte y reparto de envíos procedentes de otros países (art. 47 CPU de 1999). Varias empresas proveedoras de servicios postales en Europa han convenido en aproximar la cuantía de sus gastos terminales a la de sus tarifas nacionales.

El sacar provecho de las discrepancias entre tarifas en el sector postal internacional puede dar lugar a problemas particulares. El *remailing*, por ejemplo, es un servicio que tiene su origen en diferencias de precios para los mismos servicios postales. Una variante frecuente de este servicio consiste en que se entreguen envíos dirigidos a destinatarios nacionales a través de empresas postales domiciliadas en el extranjero ("*ABA remailing*"). Conviene distinguir entre, por un lado, el traslado de envíos ya preparados a otro Estado para depositarlos allí en un agencia de correos (*remailing* "físico") y, por otro lado, la transmisión electrónica del contenido de los envíos a una empresa extranjera para que ésta lo convierta en envíos físicos (*remailing* "no físico"). El CPU de 1999 contiene reglas que

³⁵⁹ El Convenio Postal Universal en la versión de 1999 se encuentra publicado en un suplemento al *BOE* núm. 63 de 2005, p. 8854. Respecto de los derechos y las obligaciones bajo el Convenio Postal Universal, v. Herdegen, M., en Badura, P./von Danwitz, T./Herdegen, M./ Sedemund, J./ Stern, K. (eds.): *Beck'scher PostG-Kommentar. Postgesetz*, 2.^a ed., 2004, § 3, n. marg. 10 ss. Hasta la fecha, ni Alemania ni España han ratificado el Convenio Postal Universal de 2004.

permiten el rechazo de envíos que remitentes nacionales envíen, o hagan enviar, a través de otro país (art. 43).³⁶⁰ Ello incluye el derecho de reclamar al expedidor, en determinadas condiciones, el pago de las tarifas domésticas vigentes (art. 43.3 CPU 1999). No obstante, según la decisión del TJUE en el asunto *Deutsche Post AG*, el Derecho europeo de la competencia (más precisamente, la prohibición de abuso de posición dominante en el sentido del Artículo 102 TFUE) pone límites al uso de estas excepciones. En particular, aunque el Convenio Postal Universal permita el cobro de una tarifa más elevada (la tarifa nacional), es inadmisibles que el servicio postal nacional utilice los gastos terminales a los que tiene derecho, para generar de manera abusiva ingresos por encima del coste.³⁶¹

En la Unión Europea, la Directiva 97/67/CE, sobre servicios postales,³⁶² ha abierto de forma gradual los mercados postales a la libre competencia, al limitar los derechos de monopolio (los servicios reservados). Los Estados pueden reservar servicios en la medida en que sea necesario para el mantenimiento del servicio universal (art. 7.1, primera frase). Al mismo tiempo, la Directiva exige a los Estados miembros que aseguren a los usuarios una oferta suficiente de servicios postales, con una determinada calidad y un precio razonable (el denominado “servicio universal”) (art. 3). Además, debe garantizarse el cumplimiento de determinados principios en el establecimiento de tarifas, así como la transparencia en las cuentas de los proveedores (arts. 12 ss.).

6. Telecomunicaciones

Bibliografía recomendada: Bronckers, M. C. E. J., Larouche, P.: “Telecommunications Services and the World Trade Organization”, *JWT*, 31/1997, n. 3, pp. 5 y ss.; Campbell, D.: *International Telecommunications Law* (t. 1), 2008; Grewlich, K W.: *Konflikt und Ordnung in der globalen Kommunikation*, 1997, *id.*: *Konstitutionalisierung des “Cyberspace”*, 2001; Krystofiak, J.: *WTO und Telekommunikation*, 2008; Long, C. D.: *Telecommunications – Law and Practice*, 3.ª ed., 2000; Lüdemann, J.: “Internationales Kommunikationsrecht”, en Tietje, C.: *Internationales Wirtschaftsrecht*, 2009, pp. 433 ss.; Mestmäcker, E. –J. (ed.): *Law and Economics of Transborder Telecommunications*, 1987; Nihoul, P.: *Telecommunications and Broadcasting Networks under EC Law*, 2000; Noll, A.: “International Telecommunication Union”, en *EPIL*, t. II, 1995, pp. 1379 y ss.; Smits, J M.: *Legal Aspects of Implementing International Telecommunication Links*, 1991; Wissmann, M.: *Telekommunikationsrecht – Telecommunications Law*, 2006.

La Unión Internacional de Telecomunicaciones (*Union Internationale des Télécommunications*) es una de las organizaciones interestatales más antiguas. Tiene su origen en la

³⁶⁰ V. por ejemplo, la Sent. del Tribunal Supremo alemán, *BGHZ*, t. 152, pp. 198 ss.

³⁶¹ Sent. TJUE, As. C-147/97 *et al.*, *Rec.* 2000, pp. I-825 ss., n. marg. 56 ss.

³⁶² *DO L* 15 de 21 de enero de 1998, p. 14. Modificada por Directiva 2008/6/CE, *DO L* 52 de 27 de febrero de 2008, p. 3.

Unión Telegráfica Internacional de 1865 (UIT), y su fundamento internacional se halla en la Constitución y en la Convención de la UIT, que, tras una refundición del texto en 1992, volvió a modificarse en 1994.³⁶³

La Unión Internacional de Telecomunicaciones convocó en el año 1988 la Conferencia Administrativa Mundial Telefónica y Telegráfica (*World Administrative Telegraph and Telephone Conference- WATTC-88*) en Melbourne, con el objeto de crear un nuevo marco jurídico para las telecomunicaciones. Como consecuencia de esta Conferencia, se firmó el Reglamento Internacional de Telecomunicaciones (*International Telecommunication Regulation*). Este texto prevé que los Estados parte también admitan (según su Derecho nacional) los servicios de telecomunicaciones prestados por operadores privados (art. 1.7).

Desde hace algún tiempo, la evolución tecnológica alimenta la competencia entre la Unión Internacional de Telecomunicaciones y otras organizaciones del sector. Por ejemplo, entra en el ámbito de las funciones asignadas a ICANN el denominado Protocolo "Voice over IP", que hace que las llamadas se envíen por redes de computadoras en vez de por redes clásicas de telefonía.³⁶⁴

Entre las numerosas organizaciones internacionales en el sector de las telecomunicaciones se encuentra también la Conferencia Europea de Administraciones de Correos y Telecomunicaciones (CEPT), fundada en 1959. Esta organización recibe como miembros a todas las administraciones de correos y telecomunicaciones de los Estados miembros de la Unión Postal Universal o de la Unión Internacional de Telecomunicaciones; en la actualidad cuenta con cuarenta y ocho miembros. La organización se entiende como un foro para la "elaboración de puntos de vista comunes" (art. 4.2, segundo guión, del acuerdo sobre la CEPT), y para estimular la armonización del Derecho europeo en la materia (art. 4.2, tercer guión).

Las organizaciones internacionales Eutelsat (*European Telecommunications Satellite Organization*), Intelsat (*International Telecommunications Satellite Organization*), e Inmarsat (*International Maritime Satellite Organization*), se crearon para facilitar la operación conjunta de satélites de telecomunicaciones. Entre tanto, la función de operar satélites ha sido transferida a varias empresas privadas, organizadas en forma de sociedades de capital. Las organizaciones Eutelsat e IMSO (*International Mobile Satellite Association*; sucesora legal de Inmarsat) operan como entidades de supervisión y velan, sobre todo, por garantizar el acceso no discriminatorio a los satélites.

- 41 El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS) contiene un Anexo especial sobre telecomunicaciones. Teniendo en cuenta las excepciones especiales al principio de la

³⁶³ BOE número 130 de 29 de mayo de 1996, pp. 18073 ss.; BOE núm. 130 de 1 de junio de 1999, pp. 20595 ss. V. también Collection of the basic texts of the ITU adopted by the Plenipotenciary Conference, en <http://www.itu.int/publications/docs/basictexts.html>.

³⁶⁴ V. *supra*, tema 3, nota al margen 86.

nación más favorecida (art. II GATS) y los compromisos especiales (*specific commitments*) de los miembros, del Anexo se deriva una compleja red de deberes de liberalización para los Estados de la OMC. El cuarto Protocolo al GATS de 1997 prevé una amplia liberalización de los servicios básicos de telecomunicaciones.³⁶⁵ Este Protocolo persigue, especialmente, la eliminación de las restricciones de acceso a los mercados y consagra el principio de trato nacional. Para la Unión Europea, el Protocolo contiene la obligación de impedir prácticas contrarias a la libre competencia de los oferentes con posición dominante en el mercado (como las subvenciones cruzadas). En la Unión Europea, los operadores de redes públicas de telecomunicaciones, o de servicios de telecomunicaciones, que ostenten una posición de peso significativo en el mercado, tienen que permitir la interconexión con sus redes en todos los puntos en donde sea técnicamente posible, y en condiciones de no discriminación.

La existencia de monopolios estatales ha sido, durante mucho tiempo, un obstáculo importante para la apertura de los mercados de telecomunicaciones. Los actos jurídicos de la Unión Europea, encaminados a facilitar la libre prestación de servicios en el mercado interior, han logrado abrir el mercado de las comunicaciones a los operadores privados. Las empresas estatales de telecomunicaciones tienen que competir cada vez más con empresas privadas. En este contexto, es importante preservar la estricta separación entre las funciones soberanas de supervisión y la actividad empresarial de empresas públicas de telecomunicaciones.³⁶⁶

Diversas Directivas de la Comunidad Europea tienen por objeto abrir el sector de las telecomunicaciones a la libre competencia, eliminando monopolios estatales, permitiendo el acceso a las redes telefónicas existentes y a través de otras medidas.³⁶⁷ Como consecuencia de estas Directivas, se ha alcanzado una amplia liberalización del sector de las telecomunicaciones en la Unión Europea.

³⁶⁵ ILM, 36/1997, pp. 154 ss. Al respecto, v. Spector, P. L.: "The World Trade Organization's Agreement on Telecommunications", *International Lawyer*, 32/1998, pp. 217 y ss.; Zhao, Y.: "The Commercial Use of Telecommunications under the Framework of the GATS", *Air & Space Law*, 24/1999, pp. 304 y ss.

³⁶⁶ V., por ejemplo, la Directiva 2002/77/CE relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, *DO L* 249 de 17 de septiembre de 2002, p. 21.

³⁶⁷ Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva acceso), *DO L* 108 de 24 de abril de 2002, p. 7; Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización), *DO L* 108 de 24 de abril de 2002, p. 21; Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco), *DO L* 108 de 24 de abril de 2002, p. 33; Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal), *DO L* 108 de 24 de abril, p. 51. V. también Koenig, C./Bartosch, A./Braun, J. -D.: *EC Competition and Telecommunications Law*, 2.ª ed., 2009; Scherer, J.: *Telecommunications Law in Europe*, 5.ª ed., 2006.

7. Radiodifusión

Bibliografía recomendada: Delbrück, J.: *Direkter Satellitenrundfunk und nationaler Regelungsvorbehalt*, 1982; Engel, C.: “Das Völkerrecht des Telekommunikationsvorgangs”, *RabelsZ* 49/1985, pp. 90 ss.; Fawcett, J.: “Broadcasting, International Regulation”, *EPIL*, t.1, 1992, pp. 506 y ss.; Harrison, J., Woods, L.: *European Broadcasting Law and Policy*, 2007.

- 44 El principio de base que rige en el ámbito de la radiodifusión transfronteriza es el de libre emisión. No obstante, existe un deber de respetar la integridad territorial de otros Estados, en particular en el caso de televisión directa por satélite. La asignación de frecuencias para la radiodifusión ha sido reglamentada por varias conferencias internacionales. De especial importancia en la ordenación jurídica de este sector, es la Directiva del Consejo de 1986 sobre radiodifusión televisiva.³⁶⁸ Esta norma tiene como objetivo abrir los mercados nacionales a los oferentes de programas de televisión. Según el Artículo 3.1 de la Directiva, “los Estados miembros garantizarán la libertad de recepción y no obstaculizarán la retransmisión en sus territorios de emisiones de radiodifusión televisiva procedentes de otros Estados miembros por motivos inherentes a los ámbitos coordinados por la presente Directiva” (como la protección de la infancia o las limitaciones de la publicidad televisada). La supervisión de los proveedores de servicios televisivos corresponde al Estado emisor (principio del Estado emisor, art. 2.2). La Directiva establece unas controvertidas “cuotas de emisión”, con las que se pretende influir en el contenido y la estructura de la programación (arts. 16 y 17). Así, al menos el 50% de la programación principal debe reservarse a producciones europeas. Esto supone, aparte de una injerencia en la libertad de expresión y radiodifusión, una dosis importante de proteccionismo motivado por razones de política económica y cultural. Junto a la Directiva sobre radiodifusión televisiva, existe un Convenio europeo sobre televisión transfronteriza de 1989,³⁶⁹ que pretende armonizar los principios normativos rectores para los medios de comunicación en la Unión Europea.³⁷⁰

³⁶⁸ Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (DO, L 298, pp. 23 y ss.), modificada por la Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 1997 por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, (DO, L 202, pp. 60 y ss.).

³⁶⁹ BOE núm. 96, de 22 de abril de 1998, pp. 13384 y ss.

³⁷⁰ V. Möwes, B.: “Schmitt-Vockenhausen, M.: ‘Europäische Medienordnung im Lichte des Fernsehübereinkommens des Europarats und der EG-Fernsehrichtlinie 1989’”, *EuGRZ*, 1989, pp. 121 y ss.

Tema 15

Protección internacional de la propiedad intelectual

1. Sinopsis

Bibliografía recomendada: Abbott, F. M., Cottier T., Gurry, F.: *The International Intellectual Property System*, 1999; Buck, P.: *Geistiges Eigentum und Völkerrecht*, 1994; Correa, C.: *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*, 2007; Cottier, T., Véron, P.: *Concise International and European IP Law*, 2008; Gervais, D.: *Intellectual Property, Trade and Development*, 2007; Grubb, P. W.: *Patents for Chemicals, Pharmaceuticals and Biotechnology*, 1999; Götting, H. -P.: *Gewerblicher Rechtsschutz*, 8.ª ed., 2007, pp. 314 ss.; Helfer, L. R., Alter, K. J., Guerzovich, M. F.: “Islands of Effective International Adjudication: Constructing an Intellectual Property Rule of Law in the Andean Community”, *AJIL* 103/2009, pp. 1 ss.; Niemann, I.: *Geistiges Eigentum in konkurrierenden völkerrechtlichen Vertragsordnungen*, 2006; Pfaff, D., Nagel, S.: *Internationale Rechtsgrundlagen für Lizenzverträge im gewerblichen Rechtsschutz (deutsch/englisch)*, 1993

La protección de las creaciones intelectuales en el ámbito comercial se caracteriza por su territorialidad. Esto puede afirmarse tanto en relación con los derechos exclusivos de utilización y explotación de patentes y marcas, como respecto de los modelos de utilidad y diseños industriales. La protección termina, en principio, en las fronteras estatales. Desde el punto de vista del titular del derecho de propiedad intelectual, disminuye el incentivo a exportar una creación intelectual si ésta no se protege en la misma medida en el Estado de destino. 1

Para coordinar y armonizar los ordenamientos jurídicos nacionales, se han celebrado múltiples convenios internacionales en el ámbito de la propiedad intelectual.³⁷¹ A este respecto, el Convenio de la Unión de París para la protección de la propiedad industrial de 1883 (CUP) tiene especial relevancia.³⁷² La actividad de la Unión de París se extiende a patentes, modelos de utilidad, diseños y modelos industriales, marcas de fábrica o de comercio, marcas de servicio, nombres comerciales e indicaciones de procedencia o denominaciones de origen, así como a la represión de la competencia desleal (art. 1.2 CUP). Este Convenio no trata de unificar los estándares de protección, sino de que se tomen en consideración los principios fijados en dicho texto en el marco de la legislación nacional. Un principio fundamental del CUP es el de trato nacional a los nacionales de los países de la Unión de París (principio de asimilación: artículo 2). Según este principio, los nacionales de un Estado parte y quienes tengan su domicilio, o su establecimiento comercial, en un Estado de la Unión de París se equiparan a los nacionales en determinadas 2

³⁷¹ V., por ejemplo, Kegel, G., Schurig, K.: *Internationales Privatrecht*, 8.ª ed., 2000, pp. 81 ss.

³⁷² V. Texto en <http://www.wipo.int/index.html.es>

circunstancias. Otro principio importante es el derecho de prioridad (arts. 4 y 4 *bis* CUP). De acuerdo con él, tiene efecto en todos los Estados de la Unión el beneficio de prioridad del que goza quien hubiera depositado regularmente una solicitud de patente o de otro derecho susceptible de protección, para probar la patentabilidad y la explotabilidad dentro de un determinado plazo. Los Tratados más importantes en el campo de los derechos de autor son el Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886,³⁷³ y la Convención Universal (revisada) sobre el Derecho de Autor de 1952.³⁷⁴ Otros temas actuales del Derecho de la propiedad intelectual en el ámbito internacional son la protección de los circuitos integrados y de los bancos de datos.³⁷⁵ El proyecto de Directiva de la Unión Europea sobre patentabilidad de invenciones implementadas en ordenador no logró aprobarse en el Parlamento Europeo.

- 3 El Convenio de Estocolmo de 1967 estableció la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI – *World Intellectual Property Organization*, –*WIPO*–) con sede en Ginebra.³⁷⁶ Sus fines son fomentar la protección de la propiedad intelectual mediante la creación de un foro interestatal y la colaboración con otras organizaciones internacionales (art. 3).
- 4 Sobre la base del Convenio de Múnich para la concesión de patentes europeas de 1973 (modificada por el Acta de Revisión de 2000),³⁷⁷ la Oficina Europea de Patentes (como órgano de la Organización Europea de Patentes) concede patentes europeas, que son reconocidas en todos los Estados miembro (art. 2.1). El Convenio centraliza el procedimiento de concesión, sin unificar el Derecho material de patentes. La patente europea crea un haz de patentes nacionales y proporciona al titular, en cada Estado parte, la misma posición jurídica que al titular de una patente concedida en ese Estado (art. 2.2 del Convenio). La Organización Europea de Patentes está formada por la Oficina Europea de Patentes y un Consejo de Administración (art. 4.2). Este último está integrado por representantes de los Estados parte y sus suplentes (art. 26), y puede decidir, sin necesidad de una ratificación especial por parte de los Estados miembros, sobre la modificación de determinadas disposiciones del Convenio (art. 33).

³⁷³ V. Texto en <http://www.wipo.int/index.html.es>

³⁷⁴ V. Texto en http://www.unesco.org/culture/laws/copyright/html_sp/page1.shtml

³⁷⁵ V. Directiva 87/54/CEE, referente a la protección de topografías de productos semiconductores, DO L 204, de 27 de enero de 1987, pp. 36-40; Directiva 91/250/CEE sobre la protección jurídica de los programas de ordenador, DO, L 122, p. 42; Directiva 96/9/CE, sobre la protección jurídica de los datos bancarios, DO L 77, p. 20. V. también el Tratado (que no ha entrado en vigor) de Washington sobre la Propiedad Intelectual dentro de los Circuitos Integrados en <http://www.wipo.int/treaties/ip/index-es.html>.

³⁷⁶ V. Texto en <http://www.wipo.int/treaties/convention/index-es.html>

³⁷⁷ BOE núm. 234, 30 de septiembre de 1986.

El Convenio de Luxemburgo de 1975, relativo a las patentes comunitarias, que no ha 5
llegado a entrar en vigor, tenía como finalidad la unificación del Derecho sobre la patente
de invención para los Estados miembros de la UE.³⁷⁸

Con el Convenio, debía crearse una patente comunitaria que concediese a su titular
la misma posición jurídica en todos los Estados miembros, y que se cedía o se extinguía
conforme a unas reglas uniformes; es decir, que la patente corría la misma suerte en to-
dos los Estados miembros (art. 2 del Convenio). El registro y la concesión de la patente
comunitaria (a través de la Oficina europea de patentes) se regirían por el Convenio sob-
re la patente europea de 1973. Pero el Convenio de Luxemburgo no fue ratificado por
todos los Estados miembros.

Existen aspiraciones para crear, sobre la base de un reglamento de la Unión Europea,
una patente que tenga validez en toda la Unión Europea.

El Convenio Internacional para la protección de las obtenciones vegetales (*Internatio- 6*
nal Convention for the Protection of New Varieties of Plants) reglamenta los derechos del
obtentor, respecto del uso de material de reproducción de variedades protegidas (art. 14
ss.).³⁷⁹ El Convenio permite restricciones a favor de los agricultores que utilicen el pro-
ducto de la cosecha que hayan obtenido en su propia explotación (*farmers' privilege*). El
Tratado internacional sobre recursos fitogenéticos para la alimentación y la agricultura
(*FAO Seed Treaty*³⁸⁰) prevé la protección de los conocimientos tradicionales en materia de
plantas útiles (art. 9.2, letra a). El Convenio constituye también la base para un sistema
multilateral que facilite el acceso a recursos fitogenéticos para fines de alimentación y
agricultura (arts. 10 ss.). Tal acceso se concederá bajo la condición de que los receptores
no reclamen ningún derecho de propiedad intelectual (art. 12.3, letra d). La distribución
de los beneficios debe ser regulada mediante un llamado Acuerdo de transferencia de
material (*Material Transfer Agreement – MTA*–).

2. El Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)

Bibliografía recomendada: Abbott, F. M.: “Toward a New Era of Objective Assessment
in the Fields of TRIPS and Variable Geometry for the Preservation of Multilateralism”,
European Journal of International Economic Law, 8/2005, pp. 77 ss., *id.*: “The WTO Me-
dicines Decision: World Pharmaceutical Trade and the Protection of Public Health”,
AJIL 99/2005, pp. 317 ss.; Correa, C. M., Yusuf, A. (eds.): *Intellectual Property and In-*

³⁷⁸ DO L 17 de 26 de enero de 1976, p. 1; edición especial en español: capítulo 1, t. 6, p. 10.

³⁷⁹ DO L 192 de 22 de julio de 2005, p. 63 y ss.

³⁸⁰ Al respecto, Fowler, C.: “Plant Genetic Resources for Food and Agriculture – Developments in Interna-
tional Law and Politics”, *Bio-Science Law Review* 7/2004-2005, pp. 53 ss.; Stoll, T.: “The FAO ‘Seed Treaty’ – New
International Rules for the Conservation and Sustainable Use of Plant Genetic Resources for Food and Agriculture”,
Journal of International Biotechnology Law, 1/2004, pp. 239 ss.

ternational Trade: The TRIPS Agreement, 1998; Duggal, R.: *TRIPS-Übereinkommen und internationales Urheberrecht*, 2001; Herrmann, Ch.: “TRIPS, Patentschutz für Medikamente und staatliche Gesundheitspolitik: Hinreichende Flexibilität?”, *EuZW*, 2002, pp. 37 ss.; Kampf, R.: “Patent versus Patients?”, *AVR*, 40/2002, pp. 90 ss.; Hestermeyer, H.: *Human Rights and the WTO*, 2007; Pacón, A. M.: “Was bringt TRIPS den Entwicklungsländern?”, *GRURInt.*, 1995, pp. 875 ss.; Pires de Carvalho, N.: *The TRIPS Regime of Patent Rights*, 2002; Staehlin, A.: *Das TRIPS-Abkommen*, 1999; Straus, J.: “Bedeutung des TRIPS für das Patentrecht”, *GRURInt.*, 1996, pp. 179 ss.; von Kraack, C.: *TRIPS oder Patentschutz weltweit*, 2005.

- 7 El GATT se ocupa de los derechos de propiedad intelectual solamente de forma tangencial. De acuerdo con el Art. XX. d del GATT, las medidas de protección jurídica de la propiedad intelectual son admisibles si no discriminan ni se establecen como un obstáculo encubierto al comercio. En las negociaciones en el marco de la Ronda Uruguay, los países industrializados se impusieron en su reivindicación de un régimen convencional especial para la protección de la propiedad intelectual: entre los Acuerdos Multilaterales se cuenta el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS*).³⁸¹

Principios fundamentales de este Acuerdo son el principio de trato nacional (art. 3) y el de la nación más favorecida (art. 4). El objetivo del Acuerdo está recogido en el artículo 7. Son objeto de reglamentación detallada la concesión y el alcance de los derechos de autor y derechos relacionados (arts. 9 ss.), las marcas (arts. 15 ss.), denominaciones de origen (arts. 22 ss.), los modelos de utilidad y diseños industriales (arts. 25 ss.), las patentes (art. 27 ss.), los derechos relacionados con topografías de circuitos integrados (arts. 35 ss.), la protección de información no divulgada (arts. 39 ss.) y el control de las prácticas anticompetitivas en las licencias contractuales (arts. 40 ss.). Las disposiciones sobre la observancia efectiva de los derechos de propiedad intelectual (art. 41 ss.), incluyendo medidas provisionales (art. 50), tienen gran importancia.³⁸²

Allí se prevén disposiciones especiales para países en vías de desarrollo y en transición (art. 65. 2 *bis* 5 ADPIC; también art. 67 ADPIC). Para los países menos desarrollados prevé el ADPIC un régimen de transición (art. 66.1). No obstante, la mayoría de los países en vías de desarrollo no ha hecho uso de esta opción.

- 8 El Artículo 27 del ADPIC juega un papel destacado, ya que define qué puede ser objeto de protección mediante patentes:

(1) Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 2 y 3, las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en

³⁸¹ ILM, 33/1994, p. 81.

³⁸² V. al respecto las siguientes Sent. del TJUE: As. C-53/96 (Hermès), Rec. 1998, p. I-3603; As. C-300/98 (Christian Dior), Rec. 2000, p. I-11307.

todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial.³⁸³ Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 65, en el párrafo 8 del artículo 70 y en el párrafo 3 del presente artículo, las patentes se podrán obtener y los derechos de patente se podrán gozar sin discriminación por el lugar de la invención, el campo de la tecnología o el hecho de que los productos sean importados o producidos en el país.

(2) Los Miembros podrán excluir de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial en su territorio deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moralidad, inclusive para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales, o para evitar daños graves al medio ambiente, siempre que esa exclusión no se haga meramente porque la explotación esté prohibida por su legislación.

(3) Los Miembros podrán excluir asimismo de la patentabilidad:

a) los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de personas o animales;

b) las plantas y los animales excepto los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos. Sin embargo, los Miembros otorgarán protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz *sui generis* o mediante una combinación de aquéllas y éste. Las disposiciones del presente apartado serán objeto de examen cuatro años después de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC.

De acuerdo con el Artículo 27.1 del ADPIC, la patentabilidad de las invenciones se extiende a todos los sectores de la tecnología. Las excepciones a la patentabilidad por consideraciones de orden público (*ordre public*) en el artículo 27.2 justifican una exclusión de patentes sólo si *cualquier* utilización comercial de la invención causa infracciones del orden público o de las buenas costumbres.

El Artículo 31 del ADPIC contempla una restricción importante, referida a la concesión 9 de autorizaciones obligatorias. Una autorización obligatoria permite, por ejemplo, que un producto protegido por una patente se manufacture sin el consentimiento del titular de la misma. El Artículo 31 del ADPIC somete la concesión de una autorización obligatoria a una serie de condiciones como, por ejemplo, la de abastecer principalmente el mercado interno del respectivo miembro (art. 31, letra f), o la de pagar una remuneración adecuada al titular del derecho (art. 31, letra h). En caso de “emergencia nacional” o en

³⁸³ Según la nota 5 al art. 27 ADPIC, “(a) los efectos del presente artículo, todo Miembro podrá considerar que las expresiones ‘actividad inventiva’ y ‘susceptibles de aplicación industrial’ son sinónimos respectivamente de las expresiones ‘no evidentes’ y ‘útiles’”.

“otras circunstancias de extrema urgencia”, se aplican condiciones menos estrictas (art. 31 letra b, segunda y tercera frase).

Según un Protocolo de 2005 que modifica el ADPIC, se prevé una amplia excepción al artículo 31, letra f, para permitir autorizaciones obligatorias con miras a abastecer de medicamentos las poblaciones de determinados países cualificados para realizar importaciones de dicho tipo. Este grupo comprende, entre otros, a todos los países menos desarrollados.

El ADPIC no prevé una exclusión de la patentabilidad de invenciones basadas en la utilización de recursos genéticos ilegalmente obtenidos.

- 10 Entre los Estados industrializados y los Estados en vías de desarrollo existe una intensa confrontación de intereses sobre la protección de las patentes de agentes activos de gran relevancia para la lucha contra enfermedades epidémicas. A este respecto, la protección de las patentes puede convertirse en una barrera de costes difícil de superar para los estratos necesitados de la población.³⁸⁴ El Artículo 8 del ADPIC toma esos intereses existenciales en consideración. Conforme al Artículo 8.1 del Acuerdo, los Estados miembros pueden, al formular o modificar sus leyes y reglamentos, “...adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y la nutrición de la población, o para promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico, siempre que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo”.
- 11 La Conferencia Ministerial de Doha sobre el Acuerdo ADPIC y la salud pública, de noviembre de 2001, concedió a los miembros una libertad de acción considerable en el campo de las tensas relaciones entre la protección de la propiedad intelectual y la protección de la salud pública:³⁸⁵

*[...] 4. We agree that the TRIPS Agreement does not and should not prevent Members from taking measures to protect public health. Accordingly, while reiterating our commitment to the TRIPS Agreement, we affirm that the Agreement can and should be interpreted and implemented in a manner supportive of WTO Members' right to protect public health and, in particular, to promote access to medicines for all.
In this connection, we reaffirm the right of WTO Members to use, to the full, the provisions in the TRIPS Agreement, which provide flexibility for this purpose.
5. Accordingly and in the light of paragraph 4 above, while maintaining our commitments in the TRIPS Agreement, we recognize that these flexibilities include:*

³⁸⁴ Herrmann, C.: “TRIPS, Patentschutz für Medikamente und staatliche Gesundheitspolitik: Hinreichende Flexibilität?”, *EuZW*, 2002, pp. 37 ss.; Hestermeyer, H.: *Human Rights and the WTO*, 2007; Joseph, S.: “Pharmaceutical Corporations and Access to Drugs: The “Fourth Wave” of Corporate Human Rights Scrutiny”, *Human Rights Quarterly*, 25/2003, pp. 425 ss.

³⁸⁵ Declaration on the TRIPs Agreement and Public Health (adoptada el 14 de noviembre de 2001), WT/MIN(01)/DEC/2.

[...]

(b) *Each Member has the right to grant compulsory licences and the freedom to determine the grounds upon which such licences are granted.*

(c) *Each Member has the right to determine what constitutes a national emergency or other circumstances of extreme urgency, it being understood that the public health crises, including those relating to HIV/AIDS, tuberculosis, malaria and other epidemics, can represent a national emergency or other circumstances of extreme urgency.*

[...]

6. *We recognize that WTO members with insufficient or no manufacturing capacities in the pharmaceutical sector could face difficulties in making effective use of compulsory licensing under the TRIPS Agreement. We instruct the Council for TRIPS to find an expeditious solution to the problem and to report to the General Council before the end of 2002.*

El motivo detrás de esta declaración son agudos conflictos en torno a la regulación del sector farmacéutico en interés del abastecimiento de la población con medicamentos para contrarrestar enfermedades pandémicas, sobre todo en Sudáfrica.

En 2003, el Consejo General de la OMC ha adoptado una decisión sobre la aplicación del párrafo 6 de la Declaración de Doha.³⁸⁶ Esta decisión relaja las condiciones para la concesión de autorizaciones obligatorias en los casos en que la producción y la exportación de medicamentos protegidos por patentes se pongan al servicio del abastecimiento de los miembros que se encuentren entre los países menos desarrollados. Para tal fin, la decisión prevé una excepción (*wavier*) de los requerimientos del Artículo 31 del ADPIC (producción sólo para el mercado interno) y modifica la debida compensación con base en el Artículo 37, letra h, del ADPIC: 12

[...] 2. Se eximirá a un Miembro exportador del cumplimiento de las obligaciones que le corresponden en virtud del apartado f) del Artículo 31 del Acuerdo sobre los ADPIC con respecto a la concesión por ese Miembro de una licencia obligatoria en la medida necesaria para la producción de un producto o productos farmacéuticos y su exportación a un Miembro o Miembros importadores habilitados de conformidad con los términos que a continuación se enuncian en este párrafo:

(a) cuando el Miembro o Miembros importadores habilitados hayan hecho al Consejo de los ADPIC una notificación, en la cual:

³⁸⁶ Decision of the General Council on the Implementation of paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and public health, WT/L/540; al respecto Abbott, F.M.: "The WTO Medicines Decision: The Political Economy of World Pharmaceutical Trade and the Protection of Public Health", *AJIL*, 99/2005, pp. 317 y ss.

- i) se especifiquen los nombres y cantidades previstas del producto o productos necesarios;
 - ii) se confirme que el Miembro importador habilitado en cuestión, a menos que sea un país menos adelantado Miembro, ha demostrado de una de las formas mencionadas en el Anexo de la presente Decisión, que sus capacidades de fabricación en el sector farmacéutico son insuficientes o inexistentes para los productos de que se trata; y
 - iii) se confirme que, cuando un producto farmacéutico esté patentado en su territorio, ha concedido o tiene intención de conceder una licencia obligatoria de conformidad con el Artículo 31 del Acuerdo sobre los ADPIC y las disposiciones de la presente Decisión;
- (b) cuando la licencia obligatoria expedida por el Miembro exportador en virtud de la presente Decisión contenga las condiciones siguientes:
- i) sólo podrá fabricarse al amparo de la licencia la cantidad necesaria para satisfacer las necesidades del Miembro o los Miembros importadores habilitados, y la totalidad de esa producción se exportará al Miembro o Miembros que hayan notificado sus necesidades al Consejo de los ADPIC;
 - ii) los productos producidos al amparo de la licencia se identificarán claramente, mediante un etiquetado o marcado específico, como producidos en virtud del sistema expuesto en la presente Decisión. Los proveedores deberán distinguir esos productos mediante un embalaje especial y/o un color o una forma especiales de los productos mismos, a condición de que esa distinción sea factible y no tenga una repercusión significativa en el precio; y
 - iii) antes de que se inicie el envío, el licenciatario anunciará en un sitio Web la siguiente información:
 - las cantidades que va a suministrar a cada destino a que se hace referencia en el inciso i) *supra*; y
 - las características distintivas del producto o productos a que se hace referencia en el inciso ii) *supra*;
- (c) el Miembro exportador notificará al Consejo de los ADPIC la concesión de la licencia, incluidas las condiciones a que esté sujeta. La información proporcionada incluirá el nombre y dirección del licenciatario, el producto o productos para los cuales se ha concedido la licencia, la cantidad o las cantidades para las cuales ésta ha sido concedida, el país o países a los cuales se ha de suministrar el producto o productos y la duración de la licencia. En la notificación se indicará también la dirección del sitio Web a que se hace referencia en el inciso iii) del apartado b) *supra*.

3. Cuando un Miembro exportador conceda una licencia obligatoria en virtud del sistema expuesto en la presente Decisión, se recibirá en ese Miembro una remuneración adecuada de conformidad con el apartado h) del Artículo 31 del Acuerdo sobre los ADPIC, habida cuenta del valor económico que tenga para

el Miembro importador el uso autorizado en el Miembro exportador. Cuando se conceda una licencia obligatoria respecto de los mismos productos en el Miembro importador habilitado, se eximirá a ese Miembro del cumplimiento de la obligación que le corresponde en virtud del apartado h) del artículo 31 respecto de aquellos productos por los que se reciba en el Miembro exportador una remuneración de conformidad con la primera oración de este párrafo [...].

3. La protección de invenciones biotecnológicas mediante patentes

Bibliografía recomendada: Adcock, M., Llewellyn, M.: “TRIPS and the Patentability of Micro-Organisms”, *Bio-Science Law Review*, 3/2000-2001, pp. 91 ss.; Barton, T.: *Der “Ordre Public” als Grenze der Biopatentierung*, 2004; Grubb, P. W.: *Patents for Chemicals, Pharmaceuticals and Biotechnology*, 1999; Herdegen, M.: “Patents on Parts of the Human Body – Salient Issues under EC and WTO Law”, *The Journal of World Intellectual Property*, 2002, pp. 145 ss.; Kunczik, N.: *Geistiges Eigentum an genetischen Informationen*, 2007.

La patentabilidad de las invenciones biotecnológicas (especialmente las de ingeniería genética) es una cuestión de gran actualidad. El Artículo 27 del ADPIC, al que deliberadamente se atribuyó un extenso ámbito de aplicación, cubre también invenciones de este tipo. 13

En cuanto a las patentes de plantas y animales y, sobre todo, de secuencias del ADN humano, se han formado profundas resistencias (basadas en consideraciones principalmente éticas o derivadas de la preocupación por las barreras a su utilización económica). Desde el punto de vista de los países en vías de desarrollo (especialmente de los países con más elevada biodiversidad), se expresó la preocupación de que los conocimientos tradicionales de la población local (en especial de los pueblos indígenas) pudieran, en cierto modo, ser objeto de una apropiación extranjera, mediante patentes a través del aislamiento, la sintetización o modificaciones inventivas, de los agentes activos de las plantas.³⁸⁷ La protección, mediante patentes, de determinadas secuencias de ADN (es decir, genes o fragmentos de genes) que se encuentren en la naturaleza y respecto de los cuales se hayan inventado procedimientos de aislamiento o sintetización, suponen un problema particularmente difícil de resolver.

Existe jurisprudencia reciente en Estados Unidos que se opone a la patentabilidad de las sustancias que son iguales, en su esencia, a sustancias naturales. En el asunto *Association for Molecular Pathology et al. v. US Patent and Trademark Office*, un tribunal

³⁸⁷ V. en torno a este sector de problemas: Blakeney (ed.): *Intellectual Property Aspects of Ethnobiology*, 1999; Aoki, K.: “Neocolonialisms, Anticommons Property and Biopiracy in the (Not-So-Brave) New World Order of Intellectual Property Protection”, *Global Legal Studies Journal*, 6/1998, pp. 11 ss.; Spranger, T.: “Indigene Völker, ‘Biopiraterie’ und internationales Patentrecht”, *GRUR*, 2001, pp. 89 ss.

federal de apelación se pronunció en este sentido con respecto a genes responsables de una predisposición a padecer cáncer de pecho.³⁸⁸

- 14 En la Unión Europea, la Directiva 98/44/EC, relativa a la protección jurídica de invenciones biotecnológicas,³⁸⁹ ha logrado, a pesar de la enorme crítica que ha generado, abrir una brecha a favor de la protección mediante patentes de invenciones biotecnológicas. Conforme al Artículo 3.1 de la Directiva, pueden patentarse invenciones “aun cuando tengan por objeto un producto que esté compuesto o que contenga materia biológica o un procedimiento mediante el cual se produzca, transforme o utilice la materia biológica”. De acuerdo con el Artículo 3.2 de la Directiva, una materia biológica aislada de su entorno natural o producida por medio de un procedimiento técnico puede ser objeto de una invención, aun cuando ya exista anteriormente en estado natural. La posible protección mediante patentes de invenciones que se refieran a un elemento aislado del cuerpo humano u obtenido de otro modo mediante un procedimiento técnico (incluida la secuencia o la secuencia parcial de un gen) es muy controvertida. También en estos casos, la Directiva se muestra abierta a una protección mediante patentes (art. 5.2): “Un elemento aislado del cuerpo humano u obtenido de otro modo mediante un procedimiento técnico, incluida la secuencia o la secuencia parcial de un gen, podrá considerarse como una invención patentable, aun en el caso de que la estructura de dicho elemento sea idéntica a la de un elemento natural”.

La Directiva exige, en este contexto, que la aplicación industrial de una secuencia o de una secuencia parcial de un gen figure explícitamente en la solicitud de patente (art. 5.3).

Con este requerimiento se concreta la condición general de que cualquier invención patentable contenga enseñanzas de carácter técnico (considerando núm. 23). El criterio de aplicación industrial exige, además, que, al utilizar una secuencia o una secuencia parcial para producir una proteína o una proteína parcial, se precise qué proteína o qué proteína parcial se produce y qué función realiza (considerando núm. 24).

La Directiva sobre invenciones biotecnológicas excluye de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial sea contraria al orden público o a la moralidad (art. 6). En particular, se consideran no patentables:

- a) los procedimientos de clonación de seres humanos;
- b) los procedimientos de modificación de la identidad genética germinal del ser humano;
- c) las utilizaciones de embriones humanos con fines industriales o comerciales;

³⁸⁸ *Association for Molecular Pathology et al. v US Patent and Trademark Office et al.*, US District Court, S.D.: New York, F. Supp.2d, 2010 WL 1233416.

³⁸⁹ DO, L 213, de 30 de julio de 1998, p. 13. Al respecto, Herdegen, M.: “Patenting Human Genes and other Parts of the Human Body under EC Biotechnology Directive”, *BioScience Law Review*, 4 (2000/2001), pp. 102 ss.

- d) los procedimientos de modificación de la identidad genética de los animales que supongan para estos sufrimientos sin utilidad médica sustancial para el hombre o el animal, y los animales resultantes de tales procedimientos (art. 6.2).

Una cuestión especialmente controvertida concierne a la protección de las secuencias de ADN como “materia de protección absoluta”. Una protección absoluta de esta clase, que es la que se concede a sustancias químicas, conduce a grandes dificultades en relación con la descodificación de la información genética, dado que una secuencia genética, aislada o sintetizada, puede tener múltiples funciones, cuyo desciframiento no puede, en absoluto, atribuirse al propietario de la patente y que, con frecuencia, se logra y se divulga sólo más tarde. Esta multifuncionalidad de las secuencias de ADN como portadoras de información hace suponer que la materia de protección debe limitarse a aquellas funciones en las que se basa la solicitud de patente (protección material funcional).³⁹⁰ La legislación alemana ha optado por este camino.³⁹¹

Según la Directiva sobre la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, la protección de una secuencia patentada de ADN en una planta útil, a modo de una “materia”, presupone que ésta ejerza efectivamente la función precisada en la solicitud de la patente. Las secuencias de ADN que son incapaces de ejercer su función (como las que se encuentran, por ejemplo, en harina producida a partir de plantas genéticamente modificadas), se consideran “materia muerta” y, por ende, no patentables.³⁹² Las líneas directrices (*Utility Examination Guidelines*³⁹³) de la Agencia Estadounidense para Patentes y Marcas (*United States Trademark and Patent Office*) se muestran partidarias de una protección de genes o de meras secuencias de ADN como “materias de protección absoluta”, sin limitarla a las funciones divulgadas por el inventor.

4. Propiedad intelectual y libre circulación de mercancías

En el Derecho de la Unión Europea, juega un papel muy importante la relación entre las reglas sobre libre circulación de mercancías (arts. 28 ss. TCE), y la protección internacional de las patentes y otras formas de la propiedad intelectual. El Artículo 36.1 TFUE permite restricciones a la libre circulación de mercancías cuando sean justificadas por la protec-

³⁹⁰ V. Herdegen, M.: “Patenting Human Genes and Other Parts of the Body under EC Law”, *European Biopharmaceutical Review*, invierno 2002, pp 43 ss. (esp. p. 44).

³⁹¹ El § 1a de la Ley alemana sobre Patentes (*Patentgesetz*) en la versión publicada en el *Bundesgesetzblatt*, 2005, parte I, pp. 146 y ss., establece lo siguiente en sus párrafos 3 y 4:

“(3) La susceptibilidad de aplicación industrial de una secuencia o de una secuencia parcial de un gen debe precisarse de manera concreta en la solicitud, especificando la función cumplida por la secuencia o la secuencia parcial. (4) Si el objeto de la invención es una secuencia o una secuencia parcial de un gen cuya estructura es idéntica a una secuencia o secuencia parcial de un gen humano, debe incluirse en la reivindicación de la patente el uso para el que se precisó la susceptibilidad de aplicación industrial en el sentido del párrafo 3”.

³⁹² Sent. TJUE, As. C-428/08 (Monsanto Technology), *Rec.* 2010, n. marg. 48-49.; *EuZW* 2010, pp. 627 ss.

³⁹³ *Federal Register*, t. 66/4, 2001, pp. 1092 ss.

ción de la propiedad industrial y comercial. Sin embargo, una primacía absoluta de la protección de la propiedad intelectual frente a la libre circulación de mercancías conduciría a un aislamiento y cierre de los mercados nacionales.

- 17 Esta problemática puede ilustrarse con el ejemplo de los medicamentos, que son introducidos por el fabricante en los Estados miembros a precios distintos en cada caso y que contienen agentes activos para los que el fabricante tiene una patente en uno o varios Estados miembros. A causa del diferente nivel de precios, para algunas empresas es rentable adquirir el medicamento a un precio favorable en un Estado miembro y venderlo en otro Estado a un precio más elevado. El TJUE ha tenido que ocuparse, en varias ocasiones, de la cuestión relativa a si el fabricante puede impedir la importación de sus productos en un Estado miembro con un elevado nivel de precios, si tiene allí una patente para el agente activo del medicamento. De acuerdo con la doctrina del TJUE, la protección de las patentes no puede justificar obstáculos al comercio si el titular de la patente ha “agotado” su derecho dentro de la Unión Europea, al haberse introducido el producto en el mercado de un Estado miembro por el titular mismo de la patente o por un tercero con el consentimiento de aquél (por medio de la concesión de una licencia).³⁹⁴ Otros derechos de protección de la propiedad intelectual tampoco deben establecerse con el fin de aislar los mercados nacionales o para parcelar el mercado de la Unión.

- 18 Por el contrario, la comercialización de un producto por el titular, o con su consentimiento, no agota el derecho de propiedad intelectual, mientras se limite a países fuera de la Unión Europea (o del Espacio Económico Europeo).³⁹⁵

³⁹⁴ Sents. TJUE, As. 24/67 (Parke Davis), Rec. (ed. especial española) 1967-1969, p. 161 y As. 187/80 (Merck), Rec. (ed. especial española) 198, p. 583.

³⁹⁵ Sents. TJUE, As. C-51/75 (EMI), Rec. (ed. especial española) 1976, p. 327 y As. C-355/96 (Silhouette), Rec., 1998, p. I-4799.

CUARTA PARTE

Derecho internacional de las empresas

Tema 16

Derecho internacional de sociedades

1. Ley aplicable a las sociedades y reconocimiento de personas jurídicas extranjeras

Bibliografía recomendada: Ebenroth, C. T.: *Konzernkollisionsrecht im Wandel außenwirtschaftlicher Ziele*, 1978; *id.*: “Entwicklungstendenzen im deutschen Internationalen Gesellschaftsrecht”, *JZ*, 1988, pp. 18 y ss., 75 ss.; Ebenroth, C. T., Wilken, O.: “Entwicklungstendenzen im deutschen Internationalen Gesellschaftsrecht”, *JZ*, 1991, pp. 1014 ss., 1061 ss., 1116 ss.; Ebenroth, C. T., Bippus, B.: “Die Anerkennungsproblematik im Internationalen Gesellschaftsrecht”, *NJW*, 1988; Großfeld, B.: “Vom Internationalen Gesellschaftsrecht zum Internationalen Unternehmensrecht”, *Festschrift für Josef Kühne zum 60. Geburtstag*, pp. 267 ss.; *id.*: *Internationales und Europäisches Unternehmensrecht*, 2.ª ed., 1995, pp. 38 ss.; Karalis, J. P.: *International Joint Ventures*, 1992; Langefeld-Wirth, K. (ed.): *Joint Ventures im internationalen Wirtschaftsverkehr*, 1990; Spahlinger, A., Wegen, G.: *Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis*, 2005.

El Derecho internacional de sociedades responde a la pregunta sobre cuál es el Derecho nacional aplicable a un supuesto transfronterizo que presente nexos con el Derecho de sociedades. Se trata de encontrar el ordenamiento jurídico al que se “adscribe” una sociedad, en el sentido de que este ordenamiento nacional determina la constitución y la existencia de una sociedad, su posición jurídica hacia el exterior, así como su organización interna y la responsabilidad de los socios. El Derecho que rige la posición jurídica de una sociedad y su estructura interna se denomina “ley aplicable a la sociedad” o “estatuto societario”. La *lex societatis* puede compararse con la ley nacional de una persona natural. No obstante, a este respecto, hay que tener presente que las personas jurídicas no tienen nacionalidad y que la adscripción a un determinado ordenamiento nacional puede llevarse a cabo en virtud de diversos criterios de conexión (en especial, conforme al lugar de constitución o a la sede de administración).

- 2 Un aspecto esencial del Derecho internacional de sociedades lo constituye el reconocimiento de sociedades extranjeras. También esta cuestión ha de abordarse desde una perspectiva conflictual. El reconocimiento de una sociedad extranjera se refiere a su personalidad jurídica u a otras fórmulas a través de las que el Derecho al que debe su existencia le haya atribuido autonomía jurídica. El reconocimiento se refiere, por lo tanto, a la elección de un determinado Derecho extranjero como ley aplicable a la sociedad. Con el reconocimiento se precisan las condiciones bajo las cuales una persona jurídica extranjera adquiere derechos y contrae obligaciones en territorio nacional. El reconocimiento debe distinguirse de la cuestión sobre si una sociedad extranjera puede establecerse y operar comercialmente en el territorio nacional. En el marco del reconocimiento de una sociedad extranjera de conformidad con un Derecho extranjero, deben tomarse en consideración también las restricciones extranjeras en relación a la personalidad jurídica. Un ejemplo a este respecto es la limitación de la personalidad jurídica a los fines sociales estatutarios, de acuerdo con la doctrina “ultra vires” anglosajona.
- 3 La ley aplicable a las sociedades no se encuentra regulada de manera uniforme a nivel internacional. También en el Derecho alemán, los criterios de conexión son objeto de controversia. Tanto en el plano nacional como internacional, se encuentran enfrentadas, sobre todo, dos teorías: la teoría de la constitución (*Gründungstheorie*) y la teoría de la sede real (*Sitztheorie*).
- 4 Según la teoría de la constitución, la posición jurídica y la organización interna de la sociedad se rigen por el Derecho conforme al cual la sociedad se haya creado. De esta forma, la voluntad de los fundadores de la sociedad tiene una influencia decisiva. A favor de esta teoría se puede esgrimir, además de que atiende a los intereses de los fundadores, que la ley de la constitución suele ser fácil de determinar y no puede cambiarse posteriormente. El Derecho de constitución elegido en su momento continúa siendo aplicable, incluso si la sociedad traslada su sede real a otro Estado. Por otro lado, pueden formularse algunas objeciones importantes en contra de la teoría de la constitución. Si la sede real de una sociedad no se encuentra en el Estado de constitución, puede resultar aplicable un Derecho nacional con el que la sociedad no tenga vinculación efectiva. Si solamente se tiene en cuenta la elección de ley de los fundadores, estos pueden eludir el Derecho del Estado en que la sociedad opera, mediante la creación de una sociedad de mera apariencia extranjera (*pseudo-foreign corporation*). De este modo, se pueden eludir las disposiciones protectoras del Estado de la sede real. La primacía de la voluntad de los fundadores puede relegar a un segundo plano los intereses del Estado de la sede real y los de los inversores, trabajadores y acreedores. La teoría de la constitución fomenta la lucha competitiva de los Estados en pos del Derecho de sociedades más liberal, puesto que muchos Estados están interesados en que se elija su Derecho de constitución, en particular a causa de los ingresos fiscales que ello genera. A pesar de estas desventajas, la teoría de la constitución prevalece en numerosos Estados, sobre todo del ámbito de influencia jurídica anglosajona. Dentro de la Unión

Europea, se aplica en Gran Bretaña, Irlanda, Países Bajos y España (sólo en parte, con restricciones importantes si la administración central se encuentra en territorio nacional).

Según la teoría de la sede real, la ley aplicable a la sociedad se determina de acuerdo con 5 la sede de administración efectiva de la sociedad. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán, con ello se alude al “...lugar de actuación de la administración y de sus órganos representativos; es decir, el lugar donde las decisiones fundamentales de la dirección de la empresa se convierten de forma efectiva en actos de gestión ordinarios de la sociedad”.¹ La conexión con la sede social elimina las desventajas de la teoría de la constitución. La teoría de la sede real asegura la relación estable entre la realidad societaria y el Estado cuya ley se aplica. Las disposiciones protectoras de terceros que existan en el Estado de la sede real no se sacrifican por la voluntad de los fundadores. Sin embargo, la teoría de la sede real también adolece de algunos problemas. Estos se aprecian, sobre todo, respecto del traslado de la sede real y el consiguiente cambio de ley aplicable. De acuerdo con esta teoría, el traslado de sede suele comportar la disolución de la sociedad y la constitución de una sociedad nueva. Además, en cuanto a empresas que operan en el ámbito internacional, la determinación de la sede real puede ser difícil. En el caso de que existan establecimientos en varios Estados, la determinación de la sede real depende de dónde se adopten, en su mayor parte, las decisiones de la empresa y dónde se sitúe el centro de gravedad de la administración principal.

En Alemania, como en la mayoría de los demás países europeos con una tradición de De- 6 recho continental, predomina la teoría de la sede real.² No obstante, tras una reforma de las leyes alemanas relativas a las sociedades de capital (§ 5 de la Ley sobre las sociedades anónimas –*Aktiengesetz*– y § 4a de la Ley sobre sociedades a responsabilidad limitada –*GmbH-Gesetz*–), ya se permite el traslado de la sede administrativa a otro Estado.

En la sentencia *Daily Mail*,³ el TJUE se ocupó de la teoría de la sede real y su compatibilidad con las disposiciones sobre la libertad de establecimiento del TCE (artículos 43 ss. TCE; hoy artículos 49 ss. TFUE). En este asunto, se trataba del propósito de una empresa de prensa británica de trasladar su sede administrativa del Reino Unido a los Países Bajos, por motivos fiscales. Conforme a la legislación fiscal británica, un traslado de sede de este tipo requería la autorización del Ministerio de Hacienda. El TJUE estimó que dicha necesidad de autorización no vulneraba la libertad de establecimiento. Para fundamentar su decisión, el TJUE declaró que la exigencia de tener la sede real en territorio nacional, prevista en el Derecho de sociedades de algunos Estados miembros, era compatible con las disposiciones del Derecho comunitario en aquel momento, porque

¹ Sent. del Tribunal Supremo alemán de 21 de marzo de 1986, BGHZ, t. 97, p. 269 (esp. p. 272).

² Sent. TS alemán de 21 de marzo de 1986, BGHZ, 97, p. 269; Sent. OLG Frankfurt de 24 de abril de 1990, NJW, 1990, p. 2204; Großfeld, B.: *Internationales und Europäisches Unternehmensrecht*, 2.^a ed. 1995, parte D, § 1 II.

³ Sent. TJUE de 27 de septiembre de 1988, As. 81/87, Rec., p. 5483. Al respecto, Sack, R.: “Auswirkungen der Art. 52, 58 EWGV auf das internationale Gesellschaftsrecht – EuGH”, NJW, 1989, p. 2186, JuS, 1990, pp. 352 ss.

la necesidad de autorización británica no afectaba a la posibilidad de trasladar la sede de administración a otro Estado miembro mediante la liquidación de la sociedad en Gran Bretaña y la constitución de una nueva sociedad en otro Estado miembro. En el asunto *Cartesio*, el TJUE confirmó nuevamente que el Derecho de la Unión Europea permite restricciones al traslado de sociedades mediante la exigencia de una sede real en territorio nacional.⁴

- 7 Por otra parte, la libertad de establecimiento permite a una empresa con sede en un Estado miembro situar el centro de gravedad de sus actividades sociales en otro Estado miembro a través de una sucursal. Esto lo ha aclarado el TJUE en el asunto *Centros*.⁵ Según la decisión del Tribunal, la libertad de establecimiento ampara una estrategia empresarial dirigida a aprovecharse de la diversidad en los requisitos impuestos por los Estados miembros para la constitución de una sociedad de capital (por ejemplo, respecto del capital de constitución).
- 8 En el asunto *Überseering*, el TJUE ha resuelto que, en atención a la libertad de establecimiento, la capacidad jurídica de una sociedad de capital constituida en un Estado miembro de la Unión Europea debe ser reconocida por los demás Estados miembros en los que la sociedad pueda establecer una sede.⁶

De conformidad con esta decisión, los tribunales alemanes no deben, por ejemplo, denegar la capacidad jurídica o la capacidad procesal a una sociedad de capital holandesa con sede real principal en Alemania, aunque no cumpla las condiciones pertinentes de acuerdo con el Derecho alemán.

- 9 Sobre la base de la jurisprudencia referida, la libertad de establecimiento permite que las empresas trasladen su sede real en función de criterios “estratégicos”, optando por el “ambiente regulatorio” que consideren el más favorable a sus intereses. Con ello, la libertad de establecimiento ha introducido restricciones sensibles a la teoría de la sede real que prevalece en Alemania:

En estas circunstancias, la negativa de un Estado miembro a reconocer la capacidad jurídica de una sociedad constituida con arreglo al Derecho de otro Estado miembro en el que tiene su domicilio social estatutario porque, en particular, la sociedad trasladó su domicilio social efectivo al territorio del primer Estado a raíz de la adquisición de todas las participaciones sociales por nacionales de dicho Estado miembro residentes en él, con la consecuencia de que la sociedad no puede, en el Estado miembro de acogida, acudir ante los tribunales para defender sus derechos derivados de un contrato, salvo si se constituye de nuevo con arreglo al Derecho de dicho Estado de acogida, supone una restricción a la libertad

⁴ Sent. TJUE de 16 de diciembre de 2008, As. C-210/06, *Rec.*, p. I-9641 y ss.

⁵ Sent. TJUE de 9 de marzo de 1999, As. C-212/97, *Rec.*, p. I-1459.

⁶ Sent. TJUE de 5 de noviembre de 2002, As. C-208/2000, *Rec.* 2002, pp. I-9919.

de establecimiento incompatible, en principio, con los artículos 43 CE y 48 CE (TJUE, asunto *Überseering*, apartado 82).

La protección nacional de determinados intereses (por ejemplo, los de los acreedores, de los socios minoritarios o trabajadores dependientes) puede justificar ciertas restricciones a la libertad de establecimiento, pero no la denegación absoluta de capacidad jurídica a una sociedad constituida en el exterior.⁷ 10

El margen con el que cuentan los Estados miembros para defender determinados intereses reconocidos viene limitado, por un lado, a través de los actos legislativos de la Unión Europea dirigidos a armonizar esta materia de manera exhaustiva, y, por otro lado, a través de la exigencia de aplicar el principio de proporcionalidad a todas las restricciones a la libertad de establecimiento. Este aspecto fue recordado por el TJUE en relación con el control estatal ejercido sobre sucursales nacionales de sociedades extranjeras, en el asunto *Inspire Art.*⁸ 11

En este asunto, el TJUE consideró desproporcionados ciertos preceptos relativos a exigencias de capital mínimo y de responsabilidad de los gerentes de una sociedad extranjera.⁹ El mero hecho de aprovecharse de las diferencias entre las reglas aplicables a la constitución de sociedades, mediante el establecimiento de una sociedad en otro Estado de la Unión con exigencias menos elevadas, no priva a esta sociedad de la libertad de establecimiento.¹⁰

Aplicando estos criterios al Derecho alemán, parece legalmente admisible que las reglas de participación del personal empleado en el comité de empresa (*betriebliche Mitbestimmung*) se extiendan a una sociedad extranjera. En cambio, una extensión obligatoria de la cogestión a nivel del Consejo de Supervisión (*Unternehmensmitbestimmung*) carecería de fundamento jurídico. 12

En relación con el reconocimiento de las sociedades extranjeras, al Derecho conflictual nacional se le superponen una serie de tratados internacionales.¹¹ 13

En este sentido, el Tratado de amistad, comercio y transporte marítimo de 1954, entre Alemania y Estados Unidos,¹² prevé, en su artículo XXV. 5. II: “Las sociedades que se establezcan en el territorio de un Estado contratante, de conformidad con sus leyes y otras 14

⁷ Sent. TJUE de 5 de noviembre de 2002, As. C-208/00 (*Überseering*), *Rec.*, pp. I-9919 ss., n. marg. 84 ss. Sobre la responsabilidad exclusiva del gerente de una *private limited company* con base en el Derecho inglés, v. sent. TS alemán, *NJW*, 2005, pp. 1648 ss.

⁸ Sent. TJUE de 30 de septiembre de 2003, As. C-167/01 (*Inspire Art*), *Rec.*, pp. I-10 155 ss.

⁹ *Ibid.*, n. marg. 131 y ss.

¹⁰ *Ibid.*, n. marg. 139.

¹¹ Al respecto, por ejemplo, Ebenroth, C. T., Bippus, B.: “Die Anerkennungsproblematik im Internationalen Gesellschaftsrecht”, *NJW*, 1988, pp. 2137 ss.

¹² Bundesgesetzblatt. 1956 II, p. 488.

normas, son válidas como sociedades de este Estado parte; su estatus jurídico se reconocerá en el territorio del otro Estado parte”.

- 15 Esto significa que Alemania admite la teoría de la constitución respecto del reconocimiento de sociedades estadounidenses. Es cierto que la jurisprudencia alemana exige un mínimo de contactos de la sociedad con el Estado de constitución en los Estados Unidos, para prevenir abusos, en particular la creación de sociedades de mera apariencia extranjera (*Scheinauslandsgesellschaft*). No obstante, el Tribunal Supremo alemán se contenta con la exigencia de vínculos económicos bastante modestos.¹³ Además, la capacidad jurídica y procesal se rige por el Derecho del Estado de constitución, incluso si la sociedad tiene una sede administrativa nacional: “Por regla general, una sociedad constituida en Estados Unidos con arreglo a los preceptos estadounidenses, que exista y tenga capacidad jurídica y procesal allí, tiene también capacidad jurídica y procesal en la República Federal de Alemania, sin que importe donde se encuentra su sede administrativa efectiva”.¹⁴
- 16 Dentro de la Unión Europea, la mayoría de los Estados miembros siguen la teoría de la sede real, y algunos la teoría de la constitución, si bien con ciertas atenuaciones. El Convenio de la CEE sobre el reconocimiento mutuo de sociedades y personas jurídicas de 1968 debía dar lugar a reglas de reconocimiento uniformes.¹⁵ Por el momento, este Convenio no ha entrado aún en vigor (a causa de la falta de ratificación por parte de los Países Bajos). El Convenio mezcla de forma desafortunada la teoría de la constitución (artículos 1 y 2) con concesiones importantes a la teoría de la sede real (posibilidad de reserva en virtud de los artículos 3 y 4).
- 17 La valoración de las relaciones jurídicas en el marco de un grupo de sociedades internacional, en el que una empresa es capaz de controlar el comportamiento de una o varias sociedades filiales, plantea problemas específicos. La influencia dominante de la sociedad matriz puede ser consecuencia de una mera participación en el capital, con las consiguientes posibilidades de influencia en la empresa controlada (grupo de sociedades *de facto* –*faktischer Konzern*–), o de una serie de contratos que, por lo general, complementan a participaciones en el capital; (“grupo de sociedades contractual” –*Vertragskonzern*–). En Alemania, predomina la opinión de que las relaciones jurídicas entre la sociedad dominante y la dominada deben enjuiciarse conforme a la ley aplicable a la sociedad dependiente.¹⁶

2. Derecho de la Unión Europea

Bibliografía recomendada: Engert, A.: *Gesellschaftsrecht*, en: Langenbucher, K. (ed.): *Europarechtliche Bezüge des Privatrechts*, 2005, § 5; Grundmann, S.: *Europäisches*

¹³ Sent. TS alemán de 13 de octubre de 2004 (As. GEDIOS), *GRUR*, 2005, p. 56.

¹⁴ *Ibid.*, p. 55.

¹⁵ Bull. Suppl. 2-1969, pp. 7-14.

¹⁶ V. Großfeld (nota 2) y las referencias citadas allí.

Gesellschaftsrecht, 2010; Habersack, M.: *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 3.^a ed., 2006; Hopt, K., Wymeersch, E. (ed.): *European Company and Financial Law*, 4.^a ed., 2007.

En la consecución del mercado interior europeo, la armonización del Derecho de sociedades tiene relevancia fundamental, como contribución, en lo posible, a la unificación de las condiciones institucionales marco de las empresas. Entre tanto, se han adoptado numerosas directivas de Derecho de sociedades sobre la base del Artículo 50.2, letra g, del TFUE, con el fin de armonizar las legislaciones nacionales.¹⁷ La Directiva 2004/25/CE, relativa a las ofertas públicas de adquisición,¹⁸ reglamenta el intento de personas ajenas a una empresa, de lograr la participación mayoritaria en ella, a través de la adquisición sistemática de acciones, y, de este modo, obtener el control de dicha empresa sin que cambie la identidad de la misma. La Directiva aspira a garantizar un procedimiento ordenado y transparente para la adquisición del control (de la OPA), así como la protección de los accionistas minoritarios y el trato igual de los inversores.

Junto a la armonización de las legislaciones nacionales sobre sociedades, en el Derecho de la Unión Europea se pretenden desarrollar formas societarias “europeas” autónomas. La construcción de tales formas de organización “supranacionales” suaviza los problemas que pueden resultar del anclaje de una empresa en un determinado Derecho nacional (por ejemplo, en cuanto al traslado de sede). Con la forma jurídica de la Agrupación Europea de Interés Económico (AEIE), sobre la base de un Reglamento de la CEE,¹⁹ se creó por primera vez una forma societaria europea que facilita la cooperación transfronteriza de empresas y profesionales liberales dentro de la Unión Europea.

La AEIE constituye un instrumento de colaboración en relación con la actividad económica de sus miembros, y su fin principal no puede ser la obtención de beneficios. No se trata de un medio apto para fusionar empresas (prohibición de dirección de grupos de sociedades). No puede tener más de quinientos empleados. El Reglamento deja un amplio margen a la aplicación del Derecho nacional (para integrar lagunas mediante la remisión expresa al Derecho nacional y en cuanto a las relaciones con terceros ajenos). El § 1 de la Ley alemana para la ejecución del Reglamento relativo a la constitución de una AEIE prevé la aplicación subsidiaria de la regulación sobre la sociedad colectiva (*offene Handelsgesellschaft*).²⁰

El marco legal para la sociedad anónima europea (Societas Europaeae - SE) ha sido objeto de décadas de lucha en el seno del Consejo de la Unión Europea, hasta que, en 2001, se consiguió el acuerdo en torno a un Reglamento sobre este tema.²¹ Conforme a éste, la

¹⁷ V. al respecto, la sinopsis en Habersack, M.: *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 3.^a ed., 2006, § 4 I.

¹⁸ La Directiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 (DO, L142, p. 12). V. Lutter, M.: *Europäische Unternehmensrecht*, 4.^a ed., 1996, pp. 281 ss.

¹⁹ DO L 142 de 30 de marzo de 2004, p. 12.

²⁰ *Bundesgesetzblatt* 1988 I, p. 514.

²¹ Reglamento CE 2157/2001, DO L 294, de 10 de noviembre de 2001, p. 1. Al respecto, v. Thümmel, R. C.:

posibilidad de constituir una sociedad anónima europea está abierta a sociedades anónimas ya existentes, así como, en determinados casos, también a otras sociedades y personas jurídicas de Derecho público o privado, de, al menos, dos Estados miembros. El Reglamento prevé la constitución de una sociedad anónima europea a partir de un capital mínimo de 120.000 € (artículo 4.2), a través de la fusión de dos sociedades anónimas (artículo 2.1 y 17 ss.), la creación de una sociedad holding (artículo 2.2 y 32 ss.) o la constitución de una filial (artículo 2.3 y artículos 35-36).

Un Estado miembro puede condicionar la transformación a la obtención de una votación favorable, por unanimidad o por mayoría cualificada, en el seno del órgano a través del cual se realiza la participación de los trabajadores (artículo 37.8).

La forma social de la sociedad anónima europea facilita un alto nivel de movilidad dentro de la Unión Europea. En particular, permite trasladar el domicilio social a otro Estado (artículo 8). Sin embargo, a la vista de la jurisprudencia reciente del TJUE sobre la libertad de establecimiento, este logro en términos de una mayor movilidad ha perdido relevancia.

El estatuto de la sociedad anónima europea diseña márgenes de flexibilidad considerable respecto de la estructura de dirección de la sociedad. Se puede escoger entre un sistema “dualista”, con un órgano de dirección y un órgano de control (conforme al modelo alemán de *Vorstand* y *Aufsichtsrat*; artículos 39 ss.) y un sistema “monista”, con un solo órgano de administración (conforme al modelo de Reino Unido y de los Estados Unidos, artículos 43 ss.). En el marco del modelo monista, los representantes de los trabajadores participan directamente, a través del órgano de administración, en la gestión de la empresa.

Las cuestiones sobre la participación de los trabajadores en el marco del estatuto de la SE se regulan en una Directiva especial.²² Según esta Directiva, la estructura concreta de la participación de los trabajadores puede ser objeto de negociaciones entre los órganos de dirección y los representantes de los trabajadores (artículos 3 y ss.). Al no alcanzar un acuerdo, los derechos de participación de los trabajadores se definen por las disposiciones de referencia del respectivo Estado miembro, que sirven como “reglas por defecto” (artículo 7 y Anexo de la Directiva).

El primer caso destacado, en el cual se hizo uso de la forma social de la sociedad anónima europea, es el de la transformación de *Allianz AG* en *Allianz SE*. En este caso, se preservó la estructura dual de dirección existente, mientras que la participación de los trabajadores se extendió a otros países europeos (lo que comportó una disminución de la influencia de los sindicatos alemanes). Es probable que en esta transformación haya influido no sólo el deseo de crear una “cultura corporativa” verdaderamente europea en el seno de la nueva sociedad matriz, sino también estrategias de mercado en el sector de los seguros.

Die Europäische Aktiengesellschaft (SE), 2005. En cuanto a la ley alemana para introducir la Societas Europaeae, v. Neye, H.-W.: *Die Europäische Aktiengesellschaft*, 2005.

²² La Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, DO, L 294, p. 22.

3. *Corporate Governance*

Bibliografía recomendada: Förster, C. “Europäische Corporate Governance – Tatsächliche Konvergenz der neuen Kodizes?”, *ZIP*, 2006, pp. 162 ss.; Hopt, K. J., Wymeersch, E., Kanda, H., Baum, H. (eds.): *Corporate Governance in Context*, 2005; Kamann, H. –G., Simpkins, M.: “Sarbanes-Oxley Act – Anlass zu verstärkter internationaler Kooperation im Bereich der Corporate Governance?”, *RIW*, 2003, pp. 183 ss.; Leube, H. P.: “Corporate Governance the American Way?”, *RIW*, 2003, pp. 98 ss.; Leyens, P.: “Corporate Governance: Grundsatzfragen und Forschungsperspektiven”, *JZ*, 2007, pp. 1061 ss.; Nicklisch, A. C.: *Die Auswirkungen des Sarbanes-Oxley Act auf die deutsche Corporate Governance*, 2007.

Los estándares internacionalmente reconocidos de dirección de empresas son un tema de gran actualidad para el Derecho de sociedades. Ello concierne, en especial, a la responsabilidad de los órganos sociales y su control (*Corporate Governance*). 21

En 2004, la OCDE formuló directrices con carácter general para la responsabilidad corporativa de las empresas (*Revised OECD Principles of Corporate Governance*).

En Estados Unidos se han aprobado, bajo la presión de casos con resonancia mundial en los que la dirección de la empresa habría incurrido en conductas criminales o abusivas (por ejemplo, en el caso ENRON), normas mucho más estrictas en torno al comportamiento y el control de los integrantes de la dirección de la empresa de las sociedades cotizadas en bolsa y otras sociedades (Sarbanes-Oxley Act de 2001). Así, se prevé, por ejemplo, la responsabilidad personal de los Chief Executive Officers y los Chief Financial Officers, obligaciones más estrictas de presentar informes y divulgar información, así como nuevos mecanismos de control interno. Además, la Bolsa de Nueva York ha dictado sus propias normas sobre condiciones de admisión, con el fin de evitar conflictos de intereses entre los integrantes de la dirección de la empresa. Debido a su importancia para las empresas de otros Estados que cotizan en la Bolsa de Nueva York, estos estándares estadounidenses adquieren una eficacia internacional considerable (por ejemplo, para empresas como BASF, Daimler-Chrysler, Siemens o Deutsche Bank). 22

De acuerdo con el Derecho estadounidense, las empresas cuyas acciones se negocian en la Bolsa de Nueva York deben adoptar “códigos de comportamiento y ética en los negocios” (*codes of business conduct and ethics*). Este requerimiento puede desencadenar conflictos considerables con el Derecho de otros Estados. Por ejemplo, la introducción de un código de gobierno corporativo en el seno del grupo Wal-Mart, que pretendía tener validez mundial, vulneraba derechos de participación de los trabajadores en el comité central de la empresa (*Gesamtbetriebsrat*) en Alemania, lo que constituía una infracción a la Ley Fundamental alemana al prohibir una asociación privada (v. la decisión del Tribunal Superior de Trabajo –*Landesarbeitsgericht*– de Düsseldorf, *ZIP* 2006, pp. 436 y ss.)

En la Unión Europea se aprecia una tendencia a no establecer estándares armonizados de carácter obligatorio sobre *Corporate Governance*. El Derecho alemán exige que las 23

sociedades anónimas publiquen si cumplen o no las “Recomendaciones de la Comisión gubernamental sobre el Código alemán de *Corporate Governance*”, y dota a estas recomendaciones, de este modo, de eficacia fáctica coactiva (§ 161 Aktiengesetz alemana). Esto pone de manifiesto que, en esta materia, se ha producido un asombroso *outsourcing* de las tareas del legislador.

4. Reglas internacionales sobre rendición de cuentas

Bibliografía recomendada: Buchholz, R.: *Internationale Rechnungslegung*, 5.^a ed., 2009; Pellens, B., Fülber, R., Gassen, J.: *Internationale Rechnungslegung*, 7.^a ed., 2008; Dettmeier, P., Pöschke, M.: “Einführung in das ‘internationale’ Bilanzrecht”, *JuS* 2007, pp. 313 ss.; Epstein, B., Jermakowicz, E.: *Wiley IFRS 2007: Interpretation and Application of Financial Reporting Standards*, 2007; PriceWaterhouseCoopers, *Similarities and Differences – A comparison of IFRS, US GAAP and German GAAP*, 2004; Ruhnke, K.: *Rechnungslegung nach IFRS und HGB*, 2005; Thiel, J., Lüdke-Handjery, A.: *Bilanzrecht*, 5.^a ed., 2005; Tiffin, R., Young, D.: *The Complete Guide to International Financial Reporting Standards*, 2005; Ballwieser, W.: *IFRS Rechnungslegung*, 2006.

- 24 La rendición de cuentas por parte de empresas y grupos de empresas tiene varias funciones. Proporciona información relevante para inversores (accionistas y otros propietarios de participaciones), para fines tributarios y para los acreedores de la empresa.

La más importante rendición de cuentas externa de la empresa es la que se realiza con carácter anual. Este balance constituye una rendición de cuentas completa, que debe incluir todos los valores y deudas de una empresa, o de un grupo de empresas. Con este fin, se contraponen activos (esto es, todos los valores, incluyendo títulos de crédito) y pasivos (capital ajeno y fondos propios). La cuenta anual para fines del Derecho comercial (balanza comercial) que deben elaborar, por ejemplo, todas las empresas independientes, contiene información sobre los resultados que sirven de base para el reparto de beneficios a socios o accionistas. Al mismo tiempo, las cuentas anuales también sirven para garantizar un patrimonio mínimo con el que satisfacer ciertas reclamaciones y cuya exigencia se ordena a la protección de los acreedores. La balanza comercial proporciona también los datos básicos para determinar el beneficio imponible (“balance fiscal”). La cuenta anual de un grupo de sociedades (*Konzernabschluss*) proporciona información acerca de la situación financiera de todo el conjunto de sociedades (véase, al respecto, los artículos 290 y ss. del Código Comercial alemán –*Handelsgesetzbuch*–), información que es de gran interés, en particular para los inversores.

- 25 Los estándares internacionales de rendición de cuentas suponen la base para la denominada cuenta anual “internacional”. Los *International Financial Reporting Standards* (IFRS) son un conjunto de reglas desarrollado por el *International Accounting Standards Board* (IASB), una organización privada con sede en Inglaterra. Estos estándares son un desarrollo de las reglas precedentes, los *International Accounting Standards* (IAS). Existe también un

comité, el *International Financial Reporting Interpretations Committee* (IFRIC), que formula interpretaciones sobre cuestiones de detalle no resueltas por los estándares (*IFRIC Interpretations*). En el caso de la cuenta consolidada de un grupo de sociedades basada en los IFRS, las cuentas anuales de las empresas individuales deben también elaborarse de acuerdo a los IFRS. El Derecho de la Unión Europea obliga a las empresas con cotización oficial a basar sus cuentas anuales en el IFRS (Artículo 4 Reglamento 1606/2002²³), que la Comisión Europea ha introducido en el Derecho de la Unión Europea a través del procedimiento de comitología.²⁴ Además, los Estados miembros pueden exigir el uso de los IFRS tanto para las cuentas consolidadas como para las cuentas anuales de empresas individuales, o bien permitirlo como alternativa a los estándares nacionales (Artículo 5 Reglamento 1606/2002).²⁵ Esta regla exige a las sociedades con cotización oficial de la obligación de elaborar cuentas anuales de acuerdo con el Derecho nacional. El hecho de que el Derecho de la Unión Europea remita a los IFRS supone un caso interesante de *outsourcing* de las funciones legislativas, esto es, de delegación de estas funciones en una institución no estatal, cuyas reglas adquieren fuerza vinculante a través de su incorporación en el Derecho de la Unión.

Según los IFRS, la cuenta anual persigue fundamentalmente proporcionar “información útil” (*useful information*) a terceros, en la medida más extensa posible, sobre el patrimonio, la situación financiera y los resultados obtenidos. Las cuentas anuales, consolidadas e individuales, con base en los IFRS comprenden: 26

- un balance
- una cuenta de pérdidas y ganancias
- una relación de los cambios en los fondos propios
- un estado de aplicación y origen de fondos, y
- un anexo.

En mayor medida que, por ejemplo, la balanza comercial según los parámetros del Derecho comercial alemán, los IFRS exigen la valoración pro futuro (*forward-looking*) de los valores, y una relación de riesgos y oportunidades que todavía no se hayan concretado. Sin embargo, los grupos de sociedades disponen de márgenes discrecionales considerables a la hora de escoger un determinado modelo de valoración. Respecto de algunas posiciones del balance, las disposiciones de Derecho comercial (como las del *Handelsgesetzbuch* alemán) se inspiran más en el principio de prudencia. Por otro lado, las cuentas consolidadas basadas en los IFRS permiten una valoración más fiable de las cargas futuras por

²³ DO L 243 de 11 de septiembre de 2002, p. 1.

²⁴ Reglamento (CE) 1725/2003, DO L 261, de 13 de octubre de 2003, p. 1.

²⁵ Así, las empresas sin cotización oficial pueden escoger entre una cuenta anual de acuerdo con el *Handelsgesetzbuch* alemán o los IFRS (§ 315 a. 3 del *Handelsgesetzbuch*).

incrementos en pensiones y sueldos. Los IFRS exigen que las reservas fijas en forma de “valores inmateriales” se especifiquen en su totalidad.

- 27 En los Estados Unidos, la rendición de cuentas anual se rige por los *United States Generally Accepted Accounting Principles* (US-GAAP).²⁶ Se trata de unos principios de contabilidad que gozan de un apoyo oficial generalizado (*substantial authoritative support*). Estas reglas son adoptadas por el *Financial Accounting Standards Board* (FASB), el *American Institute of Certified Public Accountants* (AICPA), y la *Security and Exchange Commission* (SEC). Toda empresa interesada en cotizar públicamente en Estados Unidos está obligada a presentar sus cuentas anuales de acuerdo con los US-GAAP. Las empresas europeas que cotizan en bolsas en los Estados Unidos tienen que presentar, además, sus cuentas con base en los IFRS. Este doble estándar de contabilidad supone una carga sustancial para las sociedades anónimas europeas en cuestión. De manera similar a los IFRS, los estándares estadounidenses persiguen informar, de la manera más extensa posible, a accionistas y posibles inversores. En cuanto a reservas fijas, los US-GAAP van incluso más allá de los IFRS, a la hora de exigir que su detalle sea hecho público.

El IASB y el *Financial Accounting Standards Board* se esfuerzan por lograr una aproximación mutua entre los IFRS y los US-GAAP, y por desarrollarlos de manera conjunta. Una resolución de la autoridad estadounidense de supervisión de las bolsas (*Securities and Exchange Commission*, SEC), de noviembre de 2007, permite a bancos y demás empresas que coticen en bolsas estadounidenses rendir sus cuentas con base en los IFRS. Sobre la base de un acuerdo conjunto, el IASB y el FASB armonizaron sus estándares de contabilidad en materia de fusiones y adquisiciones (provocando con ello modificaciones sustanciales de las reglas estadounidenses).

Tema 17

Derecho internacional de la competencia

Bibliografía recomendada: Basedow, J.: “Entwicklungslinien des internationalen Kartellrechts”, NJW, 1989, pp. 627 ss.; *id.*: *Weltkartellrecht*, 1998; *id.*: Jung, Chr.: *Strategische Allianzen*, 1993; Bechtold, R., Bosch, W., Brinker, I., Hirsbrunner, S.: *Kommentar zum EG-Kartellrecht*, 2.^a ed., 2009; Beck, B.: *Die extraterritoriale Anwendung nationalen Wettbewerbsrechts unter besonderer Berücksichtigung länderübergreifender Fusionen*, 1986; Emmerich, V.: *Kartellrecht*, 11.^a ed., 2008; Fox, E. M.: “Towards World Antitrust and Market Access”, AJIL, 91/1997, pp. 1 ss.; *id.*: “Competition Law”, en Lowenfeld, A. F. (ed.): *International Economic Law*, 2002, pp. 340 y ss.; Goyder, D. G.: *EC Competition Law*, 4.^a ed., 2003; Grewlich, K.: “Wettbewerbsordnung als Bestandteil völkerrechtlicher Konstitutionalisierung”, RIW, 2001, pp. 641 ss.; Immenga, U., Mestmäcker, E. -J. (ed.): *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*, 2 tomos, 4.^a ed., 2007; Martinek,

²⁶ Al respecto v. Ballwieser, W. (ed.): *US-amerikanische Rechnungslegung*, 4.^a ed., 2002; Wüstemann, J.: *Generally Accepted Accounting Principles*, 1999.

M., *Das internationale Kartellprivatrecht*, 1987; Meessen, K. M.: “Antitrust Law, International”, EPIL, t. I, 1992, pp. 183 ss.; Mozet, P.: *Internationale Zusammenarbeit der Kartellbehörden*, 1991; Noonan, C.: *The Emerging Principles of International Competition Law*, 2008; Roth, P.M.: “Reasonable Extraterritoriality: Correcting the Balance of Interests”, ICLQR, 2001; Schröter, H., Jakob, T., Mederer, W.: *Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht*, 2003; Schwarze, J. (ed.): *Europäisches Wettbewerbsrecht im Wandel*, 2001; Terhechte, J. P. (ed.): *Internationales Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht*, 2008; *id.*: “Das internationale Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht zwischen Kooperation und Konvergenz”, *ZaöRV* 68/2008, pp. 689 ss.

Toda economía de mercado precisa de una serie de instrumentos jurídicos para el mantenimiento y la promoción de las estructuras competitivas. A estos pertenecen, sobre todo, normas contra las conductas restrictivas de la libre competencia, contra el abuso de posición dominante en el mercado y normas que controlan las operaciones de concentración empresarial. Esta materia se denomina Derecho de la competencia (*law of competition*) y este concepto engloba también el Derecho de la competencia desleal (*unfair competition*),²⁷ –que no se va a abordar en este libro–. La caracterización clásica de este sector normativo procede de Estados Unidos: se habla de Derecho *antitrust*. En el mismo sentido, se habla en alemán de *Kartellrecht*, que puede ser traducido al castellano como derecho anti-cárteles. 1

La internacionalización de la actividad comercial y de las formas organizativas obligan a contar con un ordenamiento jurídico transfronterizo que prohíba las restricciones de la libre competencia. Una auténtica internacionalización del Derecho de la competencia parece poco probable en un futuro próximo. 2

Un grupo de trabajo formado por investigadores (“el Grupo de Múnich”) ha elaborado un borrador de principios fundamentales para la reglamentación internacional de la competencia (Draft International Antitrust Code).²⁸ A la vista de las dificultades existentes para la armonización jurídica en este sector, el proyecto aspira, en primer término, a establecer un estándar mínimo de reglas de competencia elementales (por ejemplo, la prohibición de cárteles de precios). Otra directriz del proyecto es el principio de igualdad de trato respecto de los nacionales (protección frente a la discriminación de operadores del mercado extranjeros).

Además, existe una serie de Tratados internacionales sobre la asistencia mutua entre las autoridades nacionales de la competencia.²⁹ El Acuerdo celebrado entre la Unión Europea y el Gobierno de los Estados Unidos sobre la aplicación de sus normas de competencia merece un especial interés.³⁰ En él, se trata de coordinar el control de la competencia aten-

²⁷ A este respecto, desde la perspectiva del Derecho internacional privado: Deyer, A.: “Unfair Competition in Private International Law”, *RdC*, 211 (1988 IV), pp. 373 ss.

²⁸ Fikentscher, W., Drexler, J.: “Der Draft International Antitrust Code”, *RIW*, 1994, pp. 93 ss.

²⁹ V. al respecto, Mozet, P.: *Internationale Zusammenarbeit der Kartellbehörden*, 1991, pp. 16 ss.

³⁰ DO L 95, de 27 de abril de 1995, p. 45. Al respecto, Mozet, P.: “Das Abkommen zwischen der EG und den

diendo a los intereses de los demás Estados parte, y a través de la consulta recíproca. Este Tratado debe atenuar los conflictos transatlánticos motivados por enfoques de regulación contrapuestos. Se prevé que un Estado contratante solicite a la otra parte que actúe contra las actividades restrictivas de la competencia en su territorio, si estas restricciones afectan a intereses importantes del Estado solicitante (principio de cortesía positiva o *positive comity*, artículo V). Además, los Estados contratantes se obligan a tomar en consideración los intereses relevantes de la otra parte en el marco de los procedimientos de Derecho de la competencia (principio de cortesía internacional o *international comity*, artículo VI). Sobre la observancia de los principios de cortesía positiva, la Unión Europea y el gobierno de Estados Unidos han celebrado un Acuerdo especial.³¹ La reserva a favor del Derecho vigente de los Estados contratantes, que debe permanecer intacto (artículo IX) es una restricción esencial al equilibrio de los conflictos de intereses.

A pesar de todas las muestras de voluntad dirigidas a cooperar y a la creación de conceptos comunes para garantizar la competencia efectiva, subsisten tensiones considerables entre las autoridades *antitrust* de la Unión Europea y de Estados Unidos. Éstas son consecuencia de la aplicación de criterios diferentes de Derecho sustancial a la hora de calificar comportamientos que afectan a la competencia.

No es por tanto sorprendente que todavía surjan divergencias entre ambos lados del Atlántico, a pesar de los esfuerzos por lograr una mayor convergencia.

El procedimiento contra *Microsoft* es un ejemplo destacado.³² En él, se reprochaba a *Microsoft* de abusar de su posición dominante, mediante la negativa a otorgar licencias, con el fin de eliminar de la competencia a otros proveedores de *software*. La Comisión Europea no sólo exigió que *Microsoft* divulgara las especificaciones de interfaz para servidores de grupos de trabajo y que garantizara la plena interoperabilidad del *software* para el propio sistema operativo con los programas de otros productores, sino que impuso también la obligación de distribuir los sistemas operativos de tipo *Windows* sin el programa de reproducción de medios *Media Player*. Esta intervención constituye una intromisión plena en derechos de propiedad intelectual, en interés de la protección de una competencia leal. La Comisión Europea impuso una multa récord, de unos 500 millones de euros, contra la empresa estadounidense, incrementada más tarde con una multa coercitiva de otros 280 millones de euros.³³ La insistencia de la Comisión Europea en la apertura de *Windows* a los competidores, que implicaba la revelación de información técnica, suscitó duras críticas en los Estados Unidos. Así, se advirtió que esta intervención del guardián europeo de la competencia iba a frenar la innovación. Las sanciones impuestas a *Microsoft* por el

USA über die Zusammenarbeit der Kartellbehörden”, *EuZW*, 1992, pp. 201 ss.; von Wallwitz, S.: “Das Kooperationsabkommen zwischen der EU und den USA”, *EuZW*, 1997, pp. 525 ss.

³¹ DO L 173, de 18 de junio de 1998, p. 26.

³² Fleischer, H. / Doege, N.: “Der Fall United States versus Microsoft”, *WuW*, 2000, pp. 705 ss.; Meier-Wahl, M. / Wrobel, R. M.: “Wettbewerbsregulierung in einem dynamischen Markt – Der Fall Microsoft”, *WuW*, 1999, pp. 28 ss.; Wessely, K.: “Das Microsoft-Kartellverfahren”, *MuR*, 2000, pp. 127 ss.

³³ Decisiones de la Comisión Europea de 24 de marzo de 2004 (Bull. 3-2004, núms. 1. 3. 67.) y de 12 de julio de 2006.

Department of Justice de los Estados Unidos quedaron muy atrás de las de la Comisión Europea.³⁴ En cualquier caso, sólo razones de mucho peso, en relación con la apertura de mercados, pueden justificar una intromisión tan severa en la propiedad intelectual como la que representa la revelación forzosa de las especificaciones de interfaz a los competidores. El Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea ha confirmado, en lo esencial, las medidas impuestas por la Comisión Europea.³⁵ Han fracasado tres solicitudes de mandatos judiciales presentadas por *Microsoft* en los Estados Unidos, para obtener información relativa a conversaciones entre la Comisión Europea y empresas competidoras. *Microsoft* pretendía comprobar a través de esta información que la autoridad de Bruselas había favorecido contactos “inapropiados” entre los encargados del cumplimiento de las obligaciones técnicas impuestas y empresas competidoras de *Microsoft*.

El enfoque “más económico” (*more economic approach*) de la Comisión Europea, que coincide con la práctica de las autoridades de competencia en los Estados Unidos, podría contribuir a un cierto nivel de convergencia.³⁶ De acuerdo con este enfoque, el objetivo del Derecho de competencia no sólo es garantizar una competencia no falseada, sino también proteger intereses de terceros, en particular, de los consumidores, que se vean afectados por determinadas prácticas comerciales o por una fusión entre empresas.

Frente a la eficacia transfronteriza de numerosas restricciones a la competencia (especialmente, respecto de las empresas multinacionales), muchos ordenamientos jurídicos reaccionan con la aplicación “extraterritorial” de su Derecho nacional de la competencia.³⁷ La base para ello es el principio de los efectos (*effects doctrine*). De acuerdo con él, el Derecho de la competencia nacional de un Estado se va a aplicar si una restricción de la competencia repercute en su territorio. El principio de los efectos fue desarrollado por la jurisprudencia estadounidense y, entre tanto, se ha puesto en práctica en gran parte de la comunidad de Estados (incluida la Unión Europea).³⁸ Así, por ejemplo, en Alemania, el § 130. 2 de la Ley contra las restricciones a la competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) declara aplicable esta ley en la medida que los obstáculos a la libre competencia tengan efectos en el territorio alemán.

³⁴ El procedimiento antitrust se terminó de manera preliminar por un acuerdo extrajudicial entre el Ministerio de la Justicia de los Estados Unidos y *Microsoft*, según el cual *Microsoft* debe cumplir determinadas condiciones en materia de divulgación de información, por ejemplo de protocolos de comunicación, y el cumplimiento con estas condiciones es supervisado por parte de un comité técnico.

³⁵ Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (hoy Tribunal General de la Unión Europea), As. T-201/04 (*Microsoft Corp c. Comisión*), *Rec.* 2007, pp. II-3601 ss.; Bartosch, A.: “Das Urteil des Europäischen Gerichts erster Instanz in der Rechtssache *Microsoft*”, *RIW* 2007, pp. 908 ss.; Lange, K. W.: “Europäisches Kartellrecht und geistiges Eigentum – der Fall *Microsoft*”, *Geistiges Eigentum und Wettbewerb*, 2009, pp. 131 ss.

³⁶ V. Möschel, W.: “Der Missbrauch marktbeherrschender Stellungen nach Art. 82 EG-Vertrag und der ‘More Economic Approach’”, *JZ*, 2009, pp. 1040 ss.

³⁷ *Supra*, tema 3, nota al margen 5, letra c.

³⁸ *Supra*, tema 3, nota al margen 5, letra c.

- 5 La polémica sobre la extensión del Derecho nacional a supuestos con elemento extranjero, sobre la base del principio de los efectos, está especialmente presente en materia de Derecho de la competencia. Para limitar el alcance del principio de los efectos se han desarrollado modelos (sobre todo en la doctrina y jurisprudencia estadounidenses), que deben evitar una excesiva extensión del Derecho de la competencia nacional. A estos esfuerzos contribuye, en primer lugar, una limitación general del principio de los efectos. Este principio sólo debe aplicarse si la conducta que tiene lugar en el extranjero tiene consecuencias importantes en el Estado que está regulando (*substantial effect*).³⁹
- 6 Conforme al Foreign States Antitrust Improvement Act de 1982, el Derecho de la competencia estadounidense (conocida como la *Sherman Act*) sólo debe aplicarse al comercio con Estados extranjeros si la conducta tiene una eficacia directa, importante y razonablemente previsible en el mercado estadounidense (*direct, substantial and reasonably foreseeable effect*).⁴⁰

En el asunto *Hoffmann-La Roche v. Empagran S. A.*,⁴¹ la Corte Suprema de Estados Unidos se negó a aplicar el Derecho de la competencia estadounidense a presuntos acuerdos de precios en el marco del denominado “cártel de las vitaminas”, en la medida en que causaban distorsiones de la competencia en el exterior, sosteniendo que los perjuicios fueron causados únicamente por la fijación de precios en el extranjero. A este respecto, la Corte Suprema procedió a distinguir entre la aplicación del Derecho de la competencia estadounidense a perjuicios causados en el interior y la extensión de esta normativa a perjuicios ocasionados fuera de los Estados Unidos. En este orden de ideas y de forma retórica, la Corte se cuestiona para qué sirve la aplicación de leyes estadounidenses a daños que no afectan ni a intereses ni a la responsabilidad de los Estados Unidos:

Our courts have long held that application of our antitrust laws to foreign anticompetitive conduct is nonetheless reasonable and hence consistent with principles of prescriptive comity insofar as they reflect a legislative effort to redress domestic antitrust injury that foreign anticompetitive conduct has caused (...) But why is it reasonable to apply those laws to foreign conduct insofar as that conduct causes independent foreign harm and that foreign harm alone gives rise to plaintiff's claim? (...) Why should American law supplant, for example, Canada's or Great Britain's or Japan's own determination about how to best protect Canadian or British or Japanese customers from anticompetitive conduct engaged in significant part by Canadian or British or Japanese or other foreign companies?

³⁹ V., por ejemplo, American Law Institute, Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States, T. 1, 1987, § 402, 1, núm. 1, c).

⁴⁰ 15 U.S.C §§ 6 a) (45 a). Esta limitación del ámbito de aplicación del Derecho de la competencia estadounidense no es una reacción frente a la crítica de los extranjeros a la aplicación extraterritorial del Derecho por los jueces estadounidenses, sino que tiene por objeto favorecer las exportaciones estadounidenses: las empresas estadounidenses sólo deben quedar sometidas al Derecho de la competencia estadounidense, en cuanto a su actividad en mercados extranjeros, si su conducta tiene efectos importantes en el territorio estadounidense.

⁴¹ 542 U. S. 155 (2004).

También el Derecho de la Unión Europea contempla las restricciones a la competencia 7 realizadas en el extranjero que repercutan en el mercado interior europeo.⁴²

En este sentido, la Comisión Europea ha autorizado, tras un largo conflicto, la fusión de los fabricantes de aviones Boeing y McDonnell Douglas (después de que las partes se pusieran de acuerdo con la Comisión en atenuar los efectos restrictivos de la libre competencia de la fusión).⁴³ Boeing, el mayor fabricante de aviones comerciales, tenía una cuota de casi el 65% del mercado mundial. El único competidor digno de mención, junto con McDonnell Douglas (5% de cuota de mercado), era el consorcio Airbus (30% de cuota de mercado). A la vista del inminente rechazo de la Comisión Europea, el Gobierno de Estados Unidos llegó a amenazar con una guerra comercial. En el último momento, Boeing y la Comunidad Europea llegaron a un acuerdo. Como consecuencia de ello, la Comisión autorizó la fusión con unas condiciones bastante exigentes (por ejemplo, la renuncia a la cláusula de exclusividad en contratos de suministro a largo plazo con tres grandes compañías aéreas estadounidenses, separación de los negocios aéreos civiles de McDonnell Douglas, transferencia de alta tecnología militar a los competidores mediante licencias).

Por el contrario, no se alcanzó una regulación acordada respecto a la absorción de la firma estadounidense Honeywell por la empresa General Electric. Esta absorción fue prohibida, en julio de 2001, por la Comisión Europea.⁴⁴

La obligación de efectuar una ponderación de intereses global (“reasonableness test”)⁴⁵ 8 antes de hacer uso del poder normativo nacional debe, sobre todo, atenuar aún más el principio de los efectos y reprimir los conflictos normativos entre los Estados.

Mucho menos marcada que la inclinación a aplicar el propio Derecho de la competencia a supuestos con elemento extranjero, es la disposición de los Estados a otorgar validez a las normas sobre competencia extranjeras ante los tribunales nacionales, por ejemplo, a ejecutar demandas de responsabilidad por infracciones del Derecho de competencia extranjero. Una excepción es la Ley suiza de Derecho internacional privado, que, en su artículo 137.1, establece: “Las pretensiones fundadas en una restricción a la competencia se regirán por el Derecho del Estado en cuyo mercado el perjudicado se ve directamente afectado por los efectos de la práctica restrictiva”.

En el marco de la Unión Europea, se ha establecido, por primera vez, una ordenación 9 supranacional de la competencia, con un instrumentario efectivo de control. El TFUE aspira a la creación de un mercado interior, que se define como “un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará

⁴² Sent. TJUE As. 89, 104, 114, 116, 117 y 125 a 129/85, (Zellstoff), Rec. 1988, p. 5193.

⁴³ DO L 1997, p. 16.

⁴⁴ V. sent. del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (hoy Tribunal General de la Unión Europea) del 14 de diciembre de 2005, As. T-209 y 210/01, Rec., pp. II-5527 ss.

⁴⁵ V. por ejemplo, § 402 del Restatement estadounidense (nota 8). En relación con esta problemática v. *supra*, tema 3, nota al margen 5, letra c.

garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados” (artículos 26. 2 y 3, letra b, TFUE). El mercado interior comprende también la protección de la competencia frente a posibles distorsiones (v. el Protocolo al TFUE sobre mercado interior y competencia). El TFUE profesa también respeto “al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia” (artículo 119. 1). Desde hace algún tiempo, se ha planteado una viva discusión sobre los objetivos fundamentales del ordenamiento europeo de la competencia. De acuerdo a la concepción clásica del ordo-liberalismo, el objetivo de la política y supervisión de la competencia es, a fin de cuentas, garantizar una competencia abierta y la libertad de acción de los actores del mercado. Contra ello, una nueva corriente de opinión sostiene que el fomento de determinados intereses de bienestar común, por ejemplo, mediante incentivos a la innovación tecnológica o la promoción de los intereses de los consumidores, puede solaparse al objetivo de una competencia no falseada. Este enfoque “más económico” está ganando mucho terreno en el plano de la comunicación.

- 10 Las normas sobre competencia del Derecho de la Unión Europea se encuentran, sobre todo, en la prohibición de monopolios del Artículo 101 TFUE, el Reglamento (CE) 1/2003 (el llamado Reglamento-cárteles),⁴⁶ la prohibición de abuso del Artículo 102 TFUE, el Reglamento sobre control de las operaciones de concentración entre empresas de 2004, así como en los preceptos del TFUE sobre empresas públicas (artículo 106) y ayudas de Estado (artículos 107 y ss.). Corresponde a la Comisión Europea vigilar el cumplimiento del Derecho de la competencia. Desde el punto de vista de la política de competencia, la incorporación de fines de política industrial en el TFUE resulta problemática. Conforme al Artículo 173.1 TFUE, la Unión y los Estados miembros asegurarán la “existencia de las condiciones necesarias para la competitividad de la industria comunitaria” (v. también Artículo 173.3, subpárrafo 2, del TFUE). En virtud del Artículo 179.1 TFUE, la Unión Europea debe “fortalecer las bases científicas y tecnológicas de su industria y favorecer el desarrollo de su competitividad internacional...”. Las consideraciones de política industrial mantienen una relación tensa con una reglamentación de la competencia que se rige estrictamente por las exigencias de una economía de mercado y que se opone a las tentaciones intervencionistas, especialmente mediante el fomento, o la aceptación, de las concentraciones de poder en la competencia global. En este punto, debe pensarse, por ejemplo, en el trato generoso de las fusiones de empresas con amplias cuotas de mercado (bodas de elefantes-*Elefantenhochzeiten*) en el marco del control europeo de las fusiones.
- 11 El Artículo 101.1 TFUE contiene, como regla general, la prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia, o de ciertas prácticas concertadas, “que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común”. La Comisión puede permitir determinados acuerdos o prácticas a través de decisiones de exención; se trata de

⁴⁶ DO L 1 de 1 de enero de 2003, p. 1.

reglas de excepción en interés de la protección de los consumidores y del avance técnico o económico (Artículo 101.3 TCE). Sobre la base de esta autorización, la Comisión ha dictado una serie de Reglamentos relativos a las exenciones por categorías. En todo caso, ha de apuntarse que el artículo 101.3 despliega un efecto de exención inmediato (Artículo 1.2 del Reglamento 1/2003). De acuerdo con esta norma, el análisis de si las condiciones para una exención se cumplen o no corresponde, en primer lugar, a las empresas afectadas, y sólo en segundo lugar a las autoridades de la competencia.

El Artículo 82.1 TCE prohíbe el abuso de posición dominante que puede conducir a 12 una perturbación del comercio entre Estados miembros. El control europeo del abuso de posición dominante se muestra más estricto que en Estados Unidos. Desde posiciones europeas se refleja todavía hoy una desconfianza latente frente al ejercicio de una posición dominante en el mercado; en cambio, en Estados Unidos, una posición de dominio en el mercado se considera, por regla general, un premio a un comportamiento eficiente en el mercado. Bajo ciertas condiciones, la prohibición de abuso puede también justificar la imposición a la empresa dominante de una obligación de suministrar mercancías a un competidor⁴⁷ o de realizar otros servicios a favor de competidores. No obstante, la jurisprudencia reciente somete la imposición de tales obligaciones a condiciones particularmente exigentes, sobre todo cuando consisten en abrir la gama de servicios a competidores⁴⁸ o de concederles acceso a productos protegidos por derechos de propiedad intelectual.⁴⁹ En particular, se exige que la negativa de la empresa dominante impida una competencia viable y el desarrollo de nuevos productos. Esta jurisprudencia garantiza que el acceso forzoso a los productos de una empresa dominante no de lugar a incentivos negativos y no reduzca inadecuadamente sus derechos de propiedad.

En el asunto *Microsoft*, el Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea (hoy, Tribunal General de la Unión Europea) ha planteado condiciones bastante estrictas para que el ejercicio de derechos de propiedad intelectual mediante la negativa a conceder licencias constituya un abuso de posición dominante. Para ello, el Tribunal considera relevantes los siguientes cuatro criterios:

1. La negativa tiene por objeto un producto o un servicio “indispensable” para el ejercicio de una actividad determinada en un mercado conexo,
2. La negativa pueda excluir toda competencia efectiva en ese mercado,
3. La negativa obstaculiza la aparición de un producto nuevo para el que existe una demanda potencial de los consumidores, y
4. La negativa no está objetivamente justificada.⁵⁰

⁴⁷ Sent. TJUE As. 6/73 *et al.* (Commercial Solvents Cooperation), *Rec.* 1974, 223.

⁴⁸ Sent. TJUE, As. C-7/97 (Bronner), *Rec.*, 1998, pp. I-7791 ss., n. marg. 41.

⁴⁹ Sent. TJUE, As. C-418/01 (IMS Health), *Rec.*, 2004, pp. I-5039 ss., n. marg. 38

⁵⁰ Sent. Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea (hoy Tribunal General de la Unión Europea), As. T-201/04, *Rec.* 2007, II-3601, n. marg. 332-333.

- 13 El mismo TFUE regula el control de las fusiones empresariales solamente de manera incompleta. En este ámbito, el Reglamento sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas de 2004 (“Reglamento de concentraciones”),⁵¹ ha logrado crear un instrumento de control de gran alcance. Este Reglamento permite un control eficiente de todas las fusiones que pueden influir apreciablemente en la estructura de la competencia. El ámbito de aplicación del Reglamento se extiende a las operaciones de concentración en el sentido del artículo 3, es decir, a las fusiones de empresas y a la adquisición de una influencia determinante en una empresa sobre otra (incluyendo la constitución de una concentración empresarial que, como unidad económica independiente, asuma funciones esenciales en lugar de una o varias de las empresas participantes o en un nuevo sector). El Reglamento abarca sólo las fusiones que tengan una “dimensión comunitaria” (artículo 1.1). A este respecto, deben traspasarse determinados valores-umbral (artículo 1.2): un volumen de negocios total, a nivel mundial, de todas las empresas afectadas, superior a los 5.000 millones de euros y un volumen de negocios total, en la Unión, de por lo menos dos de las empresas afectadas por la concentración, superior a 250 millones de euros (salvo en los casos en que cada una de las empresas afectadas por la concentración realice más de las dos terceras partes de su volumen de negocios total en la Unión en un mismo Estado miembro). En el caso de concentraciones con dimensión comunitaria, el Derecho de la competencia de los Estados miembros se ve suplantado por el Reglamento de concentraciones (artículo 21.3). No obstante, en determinadas circunstancias, la Comisión puede remitir un caso de concentración a las autoridades competentes de un Estado miembro, para que lo evalúen a pesar de su dimensión comunitaria (artículo 4.4).

Para evaluar la compatibilidad de las operaciones de concentración con el mercado común, la Comisión Europea tiene que tomar en consideración los criterios del artículo 2.1. Entre ellos, cabe destacar “la necesidad de preservar y de desarrollar una competencia efectiva en el mercado común a la vista, en particular, de la estructura de todos los mercados en cuestión y de la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera de la Comunidad”, así como la posición en el mercado, su fortaleza económica y financiera, los intereses de los proveedores, usuarios y consumidores, así como la evolución del progreso técnico o económico. A este respecto, también puede tenerse en cuenta la observancia de la competencia fuera de la UE y la posición en el mercado de las empresas procedentes de terceros Estados. Las operaciones de concentración deben declararse incompatibles con el mercado comunitario si son “susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante”. De lo contrario, deben declararse admisibles (artículos 2 y 3). De este modo, el Derecho de la competencia europeo aplica el denominado test SIEC, que exige un impedimento significativo de una competencia efectiva (*significant impediment of effective competition*). Sobre la base del test SIEC, el Derecho *antitrust* de la Unión Europea ya no exige necesariamente la creación, o el refuerzo, de una posición dominante (*dominance test*). En este sentido, se

⁵¹ Reglamento (CE) 139/2004, DO L 24 de 29 de enero de 2004, pp. 1 y ss.

está produciendo una aproximación del Derecho en materia *antitrust* europeo y el control estadounidense de las fusiones, cuyo criterio para una prohibición es la reducción sustancial de la competencia (*substantial lessening of competition*, “SLC Test”).

La limitación de las ayudas de Estado que pueden distorsionar la competencia es un tema 14 que tiene especial importancia para el Derecho internacional de la competencia. En el Derecho de la Unión Europea, el Artículo 107.1 TFUE prohíbe, en principio, “las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones”, si perjudican el comercio entre los Estados miembros. La doctrina del TJUE entiende el concepto de ayuda en sentido amplio como las “iniciativas, que, de diferentes formas, mitigan las cargas que normalmente debe asumir una empresa”.⁵² De acuerdo con la doctrina del TJUE, cumplen con esa caracterización de las ayudas, “sólo las ventajas concedidas directa o indirectamente a través de fondos estatales”.⁵³ Según esta definición, no constituyen ayudas las rentas percibidas a través de un monopolio legal, o ventajas conseguidas por medio de la garantía estatal de tarifas mínimas con respecto a determinadas obligaciones de compra. Se aplican excepciones a la prohibición de ayudas respecto de aquellos tipos de ayudas que están enumerados en el Artículo 107.2 TFUE. Además, pueden considerarse compatibles con el mercado común aquellas ayudas que responden a políticas determinadas de las instituciones comunitarias (Artículo 107.3 TFUE). La vigilancia de las ayudas de Estado corresponde a la Comisión Europea (Artículo 108 TFUE).

Entre las cuestiones más delicadas del Derecho de la competencia de la Unión Europea se 15 encuentra la concesión de privilegios a prácticas competitivas de entes y empresas estatales, a las que el Estado transfiere la prestación de servicios de interés general. En principio, las disposiciones en materia de competencia del Derecho comunitario se aplican también a las empresas públicas y a las empresas con derechos especiales en virtud de concesión estatal (como, por ejemplo, Deutsche Post AG, que está dotada por ley de una licencia estatal en exclusiva) (Artículo 106.1 TFUE). El Artículo 106.2, primer inciso del TFUE establece que las empresas públicas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general, o que tengan el carácter de monopolio fiscal, no están sometidas a las normas sobre Derecho de competencia del TFUE en la medida en que impida “de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada”. De conformidad con la doctrina del TJUE, los monopolios estatales de servicios suponen un abuso prohibido de posición dominante en el mercado (Artículo 102 TFUE), si los entes públicos no están en condiciones de satisfacer la demanda mediante sus prestaciones.⁵⁴

⁵² V. Sent. TJUE de 23 de febrero de 1961, As. 30/59, De Gezamenlijke Steenkoolmijnen in Limburg, Rec. Edición especial española 1961-63, p.1.

⁵³ Así, en relación con la Ley alemana sobre el suministro de electricidad (Stromeinspeisungsgesetz), sent. TJUE de 13 de marzo de 2001, As. *Preussen Elektra*, 379-98, Rec. 2001, p. 2099, n. marg. 58. Comentada por Dederer, H.-G., en: *Bayerische Verwaltungsblätter*, 2001, p. 364.

⁵⁴ Así, sobre el monopolio de colocación de trabajadores por parte de la agencia pública de empleo (Bundesanstalt für Arbeit für Führungskräfte), Sent. TJUE de 23 de abril de 1991, As. C-41/90, Rec. 1991, p. I-1979.

El TJUE se ha pronunciado sobre la admisibilidad, en el Derecho comunitario, de los monopolios de servicios postales, en el asunto *Corbeau*, en el que se trataba del monopolio de una empresa estatal de correos belga, que expedía y distribuía en toda Bélgica los envíos postales. En el procedimiento a quo se había demandado a un empresario por prestar, en el sector geográfico de la ciudad de Lieja y sus zonas limítrofes, un servicio consistente en la recogida del correo en el domicilio del remitente y la distribución del mismo antes del mediodía del día siguiente. Sobre la compatibilidad de un monopolio de servicios de este tipo con el Artículo 106.1 y 2 TFUE, junto con la prohibición de abuso (Artículo 102 TFUE), el TJUE ha declarado que

la exclusión de la competencia no se justifica cuando se trata de servicios específicos, disociables del servicio de interés general, que responden a necesidades específicas de operadores económicos y que exigen determinadas prestaciones adicionales que no ofrece el servicio postal tradicional, como la recogida a domicilio, una mayor rapidez o fiabilidad en la distribución o, incluso, la posibilidad de modificar el destino durante el trayecto, y en la medida en que dichos servicios, por su naturaleza y por las condiciones en que se prestan, tales como el sector geográfico en el que se desarrollan, no ponen en peligro el equilibrio económico del servicio de interés económico general del que se hace cargo el titular del derecho exclusivo.⁵⁵

Entre tanto, la eliminación de derechos de monopolio en el sector postal ha sido reglamentada en la Directiva de la Comunidad Europea sobre los servicios postales.⁵⁶ No obstante, el precedente del asunto *Corbeau* todavía tiene interés, porque muestra los límites a los privilegios de las empresas públicas, impuestos en interés de la innovación y la satisfacción de la demanda actual.

- 16 En determinados mercados, la supervisión estatal de la economía utiliza instrumentos especiales para preservar y asegurar la competencia viable. Sustentándose en el modelo estadounidense de “industrias reguladas” (*regulated industries*), en Alemania y, sobre todo, en el Derecho de la Unión Europea suele hablarse de “regulación”.⁵⁷ Con este concepto se pretende, sobre todo, asegurar una competencia sostenible en mercados donde una posición dominante adquirida mediante un antiguo monopolio legal y la relacionada infraestructura o monopolios *de facto* (por ejemplo, en los sectores de la entrega de cartas y paquetes, las telecomunicaciones, o el suministro de energía eléctrica y gas) obstaculiza

⁵⁵ Sent. TJUE, As. C-320/91 (*Corbeau*), *Rec.*, 1993, pp. I-2533 y ss., n. marg. 19.

⁵⁶ V. *supra*, tema 14, nota al margen 5.

⁵⁷ V., por ejemplo, Bullinger, M.: “Regulierung als modernes Instrument zur Ordnung liberalisierter Wirtschaftszweige”, *DVBl.* 2003, pp. 13 ss.; von Danwitz, T.: “Was ist eigentlich Regulierung?”, *DÖV*, 2004, pp. 977 ss.; Masing, J.: “Die US-amerikanische Tradition der Regulated Industries und die Herausbildung eines europäischen Regulierungsverwaltungsrechts”, *ÄöR*, 128/2003, pp. 558 y ss.

el acceso al mercado de competidores. Entre los instrumentos de regulación se cuentan, por ejemplo, el acceso a redes de transmisión o a determinadas partes de un espectro de servicios, el control de las tarifas al por mayor para el uso de las infraestructuras, y de las tarifas que se cobran a los consumidores. La actividad de las agencias de regulación (en Alemania: de la Agencia Federal para la regulación de redes de electricidad, gas, telecomunicaciones, correos y ferrocarriles, *-Bundesnetzagentur-*) provoca tensiones muy delicadas entre el objetivo de una competencia eficiente y el menoscabo de los incentivos a la inversión y de la libertad empresarial. La relación entre regulación a través de agencias administrativas y decisiones rectoras de la política de la competencia (que en un Estado de Derecho incumben a la legislación parlamentaria) es también problemática. En la Unión Europea se ha formado una red de entes reguladores –por ejemplo, en los sectores de las telecomunicaciones y la energía eléctrica–, en la que participan las autoridades nacionales de regulación y la Comisión Europea.⁵⁸

Tema 18

Derecho concursal internacional

Bibliografía recomendada: Burman, H., Westbrook, L.: “United Nations Commission on International Trade Law: Model Law on Cross-Border Insolvency”, *ILM* 36/1997, pp. 1386 ss.; Dalhuisen, J. H.: *International Insolvency and Bankruptcy*, 2 tomos, 1986; Goldie, L. F. E.: “The Challenge of Transnational Expectations and the Recognition of Foreign Bankruptcy Decrees – The United States Adjustment”, *BYIL*, 58/1987, pp. 303 ss.; Gottwald, P.: *Grenzüberschreitende Insolvenzen, Europäische und weltweite Tendenzen und Lösungen*, 1997; Großfeld, B.: *Internationales und Europäisches Unternehmensrecht*, 2.^a ed., 1995; Habscheid, W. J.: “Entwicklungstendenzen des internationalen Konkursrechts”, *ZaöRV*, 50/1990, pp. 282 ss.; Lüer, H. –J.: “Überlegungen zu einem künftigen deutschen Internationalen Insolvenzrecht”, *KTS*, 1990, pp. 377 y ss.; Marschall von Bieberstein, W. (ed.): *Probleme des internationalen Insolvenzrechts*, 1982; Nadelmann, K. H.: “The Lure in “International Bankruptcies” of Assets Located Abroad”, *ICQL*, 33/1984, pp. 431 ss.

Dada la dispersión de los elementos patrimoniales de las empresas con proyección internacional, el Derecho concursal internacional tiene cada vez más interés. El punto de partida es el principio de que un procedimiento concursal siempre se rige por el Derecho del foro. En la adopción de medidas sobre el patrimonio del deudor en el extranjero, el objetivo del procedimiento de insolvencia –la satisfacción igualitaria de los acreedores–, se enfrenta a problemas especiales. Esto incluye tanto los efectos de un procedimiento de insolvencia del foro en el extranjero como los efectos en el foro de un procedimiento de insolvencia extranjero, por ejemplo, en relación con las facultades del administrador del concurso o

⁵⁸ Britz, G.: “Vom europäischen Verwaltungsverbund zum Regulierungsverbund? – Europäische Verwaltungsentwicklung am Beispiel der Netzzugangsregulierung bei Telekommunikation, Energie und Bahn”, *EuR*, 2006, pp. 46 ss.

con las limitaciones al poder de disposición del deudor. Si existen activos patrimoniales del deudor insolvente fuera del Estado en el que se lleva a cabo el procedimiento de insolvencia, se plantea la cuestión de mayor transcendencia del Derecho concursal internacional: si se reconocerán las medidas concursales extranjeras en otros Estados.

- 2 De acuerdo con el principio de territorialidad, la satisfacción igualitaria de los acreedores se sacrifica a favor de la sola aplicación del Derecho nacional aplicable, con la consiguiente parcelación de la distribución de los activos del deudor. Por el contrario, el principio de universalidad significa que la apertura del procedimiento de insolvencia en el foro engloba la totalidad del patrimonio del deudor, también el localizado en el extranjero. Cada uno de estos dos principios concurrentes se centra en aspectos diversos del procedimiento concursal. Desde la perspectiva del principio de territorialidad, son primordiales el ejercicio territorialmente limitado de la soberanía y la relación con la soberanía territorial estatal. El principio de universalidad se orienta, por el contrario, hacia la finalidad del procedimiento concursal, que tiende a la satisfacción de intereses privados y no, por ejemplo, de intereses estatales especiales.
- 3 Algunos ordenamientos jurídicos combinan ambos principios entre sí: por un lado, de conformidad con el principio de universalidad, ordenan la eficacia extraterritorial de la apertura de un procedimiento concursal en territorio nacional y, por otro lado, imponen la limitación territorial de las medidas concursales extranjeras, en virtud del principio de territorialidad. Esta posición también la defendió durante mucho tiempo la jurisprudencia alemana, hasta que el Tribunal Supremo la abandonó.⁵⁹
- 4 En el Derecho alemán rige desde siempre el principio de universalidad (§ 35 de la ley concursal alemana – *Insolvenzordnung*),⁶⁰ respecto de los efectos de un procedimiento de insolvencia alemán, en el patrimonio en el extranjero del deudor. La realización del principio de universalidad depende, generalmente, de que el procedimiento de insolvencia del foro se reconozca en el extranjero. Si un Estado extranjero sigue el principio de territorialidad y no reconoce el procedimiento de insolvencia abierto en el foro, el administrador del concurso no puede incluir en la masa el patrimonio del deudor en ese Estado, ni evitar las ejecuciones individuales en el mismo. Para el caso de que un acreedor intente una ejecución individual sobre el patrimonio del deudor en el extranjero, lo que sería contrario al Derecho concursal alemán, el Tribunal Supremo alemán atribuyó al administrador del concurso acción reivindicatoria frente al acreedor.⁶¹
- 5 En relación con los efectos jurídicos de un procedimiento de insolvencia extranjero, se ha producido un vuelco en el Derecho alemán. Abandonando su jurisprudencia anterior, el

⁵⁹ V. *infra*, nota al margen 55.

⁶⁰ Sent. TS alemán de 10 de diciembre de 1976, BGHZ 68, p. 16. (esp. p. 17).

⁶¹ Sent. Tribunal Supremo alemán de 13 de julio de 1983, BGHZ 88, p. 147 (esp. pp. 155 ss.)

Tribunal Supremo alemán ha desechado la restricción territorial de los efectos del procedimiento de insolvencia extranjero, mediante una sentencia fundamental de 1985, y se ha mostrado partidario del principio de universalidad, también en beneficio de las medidas concursales extranjeras.⁶² En ese caso, el Tribunal Supremo alemán atribuyó al administrador del concurso belga la facultad de hacer valer un crédito del deudor insolvente ante los tribunales alemanes. El reformado Derecho concursal alemán prevé expresamente que un procedimiento de insolvencia extranjero comprende el patrimonio del deudor situado en territorio nacional. El reconocimiento de la apertura de un procedimiento de insolvencia extranjero y las decisiones dictadas en ese procedimiento se excluyen en determinadas circunstancias. Esto sucede si el juez de un Estado extranjero, según criterios del Derecho alemán, no tiene competencia, o si el reconocimiento es claramente incompatible con los principios fundamentales del Derecho alemán (§ 343 *Insolvenzordnung*).

Las medidas concursales de un Estado sólo se reconocerán plenamente en otro Estado si 6
 existe un convenio internacional que atienda a los efectos en el extranjero de un concurso. Un ejemplo de ello lo constituye, por ejemplo, el Tratado entre Alemania y Austria sobre el Derecho concursal y convenios de acreedores, de 1979 (*Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Österreich auf dem Gebiet des Konkurs- und Vergleichsrechts*), derogado por el Derecho de la Unión Europea.⁶³

Del mismo modo que el Convenio del Consejo de Europa de 1990,⁶⁴ el Reglamento 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia,⁶⁵ prevé que la apertura de un procedimiento de insolvencia por parte de un tribunal de un Estado miembro de la UE, que sea internacionalmente competente, debe reconocerse en los demás Estados miembros (artículos 16 ss.) Este Reglamento sustituye a los Convenios vigentes entre los Estados miembros de la UE (artículo 44).

En 1997, la UNCITRAL concluyó el texto de una Ley Modelo sobre insolvencia transfronteriza.⁶⁶ Esta Ley Modelo insiste, especialmente, en el acceso de los participantes en un procedimiento de insolvencia extranjero a los tribunales nacionales, así como en la existencia de un procedimiento para el reconocimiento de los concursos extranjeros que satisfaga las exigencias de la práctica en este campo.

⁶² BGHZ 95 p. 256 (esp. pp. 263 ss.); A este respecto, v. por ejemplo Hanisch, H.: "Die Wende im deutschen internationalen Insolvenzrecht", ZIP, 1985, pp. 1233 ss.; Lau, E.: "Zur Änderung der Rechtsprechung des BGH über die Wirkung des Auslandskonkurses im Inland", BB, 1986, pp. 1450 ss.

⁶³ Art. 44. 1, d) del Reglamento 1346/2000.

⁶⁴ ILM, 30/1991, p. 165; v. al respecto Arnold, H.: "Straßburger Entwurf eines europäischen Konkursübereinkommens", IPrax, 1986, pp. 133 ss.

⁶⁵ DO L 160 de 30 de junio de 2000, p. 1.

⁶⁶ V. Benning, O., Wehling, A.: "Das 'Model Law on Cross-Border Insolvency' der Vereinten Nationen", EuZW, 1997, pp. 618 ss.

Tema 19

Derecho tributario internacional

Bibliografía recomendada: Debatin, H., Wassermeyer, F.: Doppelbesteuerungabkommen – Kommentar zu allen deutschen Doppelbesteuerungabkommen, abril de 2005; Frotscher, W.: *Internationales Steuerrecht*, 2005; Kluge, V.: *Das Internationale Steuerrecht*, 4.ª ed., 2000; Mössner, J. F.: *Taxation, International*, EPIL, t. IV, 2000, pp. 762 ss.; Schaumburg, H.: *Internationales Steuerrecht*, 3.ª ed., 2006; Vogel, K.: *Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern von Einkommen und Vermögen*, 4.ª ed., 2003.

- 1 El Derecho tributario internacional tiene por objeto las normas que regulan los supuestos tributarios con elemento extranjero. El Derecho tributario internacional de cada Estado contempla supuestos transfronterizos desde la perspectiva fiscal. Se trata, por un lado, de la tributación de los nacionales, o de las personas que residen en el territorio nacional que mantienen relaciones económicas en el extranjero. Por otro lado, se trata de la tributación de los no residentes con relaciones económicas en el territorio nacional. Este concepto de Derecho tributario va más allá de las normas de Derecho internacional público sobre la soberanía tributaria y la doble imposición. Cada Estado dispone de su propio Derecho tributario internacional en relación con los supuestos transfronterizos (con frecuencia subdividido en el Derecho sobre doble imposición y el Derecho tributario internacional). En este sentido, el Derecho tributario internacional alemán viene marcado, en gran medida, por las normas convencionales (en particular, sobre doble imposición) y por el Derecho de la Unión Europea.
- 2 Para el ejercicio del poder tributario, el Derecho consuetudinario internacional únicamente requiere un punto de conexión suficiente (personal o territorial).⁶⁷ En la medida en que la obligación tributaria se apoya en la residencia en el territorio nacional y/o en la nacionalidad, la mayor parte de los Estados industrializados siguen el principio de tributación por la renta mundial (sujeción plena – *unrestricted tax liability*). Esto significa que, en principio, los contribuyentes en territorio nacional están sometidos a tributación por su renta mundial. Por el contrario, la tributación que se basa en la fuente de los rendimientos está, por el contrario, limitada territorialmente a determinadas rentas (principio de la fuente o principio del Estado de origen). De acuerdo con este principio, los contribuyentes están sometidos a tributación solamente por sus activos patrimoniales en territorio nacional y

⁶⁷ V. por ejemplo, American Law Institute, Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States, t. 1, 1987, § 411: “(1) A state may exercise jurisdiction to tax a person, natural or juridical, on the basis of (a) nationality, (b) domicile, or (c) residence. (2) A state may exercise limited jurisdiction to tax a person, natural or juridical, on the basis of (a) presence or doing business in its territory, or (b) ownership of property located in its territory. (3) A state may exercise jurisdiction to tax (a) property located in its territory, or (b) a transaction that occurs, originates, or terminates in its territory or has some other substantial connection to the state”.

por los rendimientos generados en el mismo. Sobre todo en Latinoamérica, el principio del Estado de origen juega un papel importante.

Los diversos fundamentos coexistentes para la tributación, y la popularidad del principio de tributación por la renta mundial entre la comunidad de Estados, conducen, a menudo, a la intervención concurrente de dos Estados en un mismo supuesto con el objeto de someterlo a tributación. La intervención de uno o más Estados sobre una misma fuente de renta puede conducir a distorsiones de la competencia y a la neutralización de las ventajas naturales de un lugar de producción. El entendimiento de que de la tributación múltiple se derivan consecuencias negativas alimenta los esfuerzos en la práctica de los Estados para evitar la doble imposición. 3

Sólo los convenios internacionales pueden ofrecer una solución satisfactoria frente a las pretensiones impositivas concurrentes. Numerosos convenios de doble imposición regulan la competencia de las intervenciones fiscales, con el objetivo de evitar o, al menos, suavizar, el inadecuado doble gravamen de los contribuyentes fiscales, y distribuir los posibles ingresos fiscales entre los Estados concurrentes. Junto a la toma en consideración de los intereses de los contribuyentes, los convenios de doble imposición (CDIs) pretenden también lograr una disminución de reclamaciones fiscales por desplazamiento fraudulento de rentas. En la práctica internacional, los convenios bilaterales de doble imposición juegan un papel decisivo. Además de los (actualmente más de mil) convenios bilaterales, existen solamente unos pocos convenios multilaterales sobre doble imposición (por ejemplo, entre los Estados escandinavos). 4

La mayoría de los CDIs siguen el Modelo de Convenio de la OCDE. Éste se presentó por primera vez en 1963, siendo más tarde revisado.⁶⁸ Junto al Modelo de Convenio de la OCDE, las Naciones Unidas han elaborado un Modelo de Convenio especial para evitar la doble imposición entre los Estados industrializados y los países en vías de desarrollo. Este Modelo de Convenio de Naciones Unidas se inspira, en realidad, en el Modelo de la OCDE, aunque otorga mayor margen a la posible tributación en la fuente, en interés de los países en desarrollo que son importadores de capital. 5

Como mecanismos para evitar el inadecuado doble gravamen de los contribuyentes, los CDIs prevén la renuncia a determinadas rentas por parte del Estado de la sede o de la fuente, y la deducción de los impuestos satisfechos en el extranjero. En los CDIs, se atribuyen algunos tipos de ingresos, en principio, al Estado de la sede o al Estado de su generación. Así, de acuerdo con la práctica convencional, la tributación de las rentas de buques, o de empresas aeronáuticas, corresponde, como regla general, solamente al Estado en el que la empresa en cuestión tenga la sede de su administración. Si el Estado de la sede se abstiene 6

⁶⁸ La versión actual del Modelo de Convenio Fiscal sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la OCDE se encuentra en <http://www.oecd.org>

de fijar una imposición a este respecto, las empresas disfrutaban de una total libertad fiscal. Panamá, Costa Rica y Liberia ofrecen atractivos fiscales a las compañías navieras con sede en su territorio. La intervención fiscal en relación con los ingresos de patrimonio inmueble se asigna en la mayoría de las ocasiones al Estado de situación.

- 7 En cuanto al aprovechamiento de las diferencias fiscales, juega un importante papel la creación de las denominadas “sociedades base”,⁶⁹ en paraísos fiscales o en Estados con impuestos más bajos (como Liechtenstein, Panamá o las Antillas Holandesas). En la práctica, se trata de transferir beneficios a favor de una unidad empresarial autónoma domiciliada en un Estado extranjero con un nivel de imposición bajo, controlada por una sociedad matriz situada en territorio nacional para la que desempeña determinadas funciones (por ejemplo, como sociedad *holding* o sociedad de explotación de una patente que se encarga del mantenimiento o la administración de las inversiones en otras empresas). Conforme al Derecho de muchos Estados, es posible gravar los beneficios de una sociedad base de este tipo (en el sentido de una imputación en virtud del control), si la dirección *de facto* de la sociedad de base radica en territorio nacional, o si la transferencia de beneficios supone un abuso de las posibilidades de planificación fiscal.

Un problema especial lo constituye la tributación de los grupos de sociedades multinacionales. La legislación fiscal de muchos Estados somete a gravamen la renta mundial de un grupo empresarial con una sociedad matriz o sociedades filiales en territorio nacional (*unitary taxation*), mediante el reparto de la renta mundial del grupo conforme a determinados criterios.⁷⁰

La Corte Suprema estadounidense ha declarado válido el régimen de tributación del Estado de California, que exige la rendición de cuentas de los miembros de un grupo empresarial vinculados por un *unitary business* sin tomar en consideración las limitaciones geográficas, y que distribuye los rendimientos sometidos a tributación, dentro y fuera de California, conforme a la localización de determinados factores (patrimonio, mano de obra y volumen de negocios).⁷¹

⁶⁹ V. al respecto, Kluge, V.: *Das Internationale Steuerrecht*, 4.ª ed., 2000, pp. 131 ss.

⁷⁰ V. al respecto, Luttermann, C.: “*Besteuerung multinationaler Konzerne in der Vereinigten Staaten von Amerika*”, RIW, 1996, pp. 935 ss.

⁷¹ Supreme Court, *Barclays Bank plc c. Franchise Tax Board of California*, ILM, 33/1994, p. 909.

QUINTA PARTE

Derecho internacional de la expropiación y Derecho de inversiones

Tema 20

La expropiación en el Derecho internacional

1. Admisibilidad de las expropiaciones

Bibliografía recomendada: Böckstiegel, K. -H.: "Enteignungs oder Nationalisierungsmaßnahmen gegen ausländische Kapitalgesellschaften", *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, t. 13, 1974, pp. 7 y ss.; Dolzer, R.: "Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property", *AJIL*, 75/1981, pp. 553 y ss.; *id.*: Eigentum, Enteignung und Entschädigung im geltenden Völkerrecht, 1985; *id.*: "Indirect Expropriation of Alien Property", *ICSID Review*, 1/1986, pp. 41 y ss.; Großfeld, B.: *Internationales und Europäisches Unternehmensrecht*, 2.^a ed., 1995; Hahn, H. J.: "Konfiskation von Mietgliedschaftsrechten", en AA. VV.: *Festschrift für Günther Beitzke*, 1979, pp. 491 y ss.; Higgins, R.: "The Taking of Property by the State, Recent Developments in International Law", *RdC*, 176/1982, t. III, pp. 259 y ss.; Jiménez de Aréchaga, E.: "State Responsibility for the Nationalization of Foreign Owned Property", *New York University Journal of International Law and Politics*, 11/1978, pp. 179 y ss.; Kämmerer, J. A.: "Der Schutz des Eigentums im Völkerrecht", *Bitburger Gespräche, Jahrbuch* 2004/1, pp. 143 ss.; Knahr, C., Reinisch, A.: *Aktuelle Probleme und Entwicklungen im Internationalen Investitionsschutzrecht*, 2008; Lagergren, G.: *Five Important Cases on Nationalization of Foreign Property*, 1988; Lillich, R. B. (ed.): *The Valuation of Nationalized Property in International Law*, 4 tomos, 1972; Lillich, R. B., Weston, B. H.: *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements*, 2 tomos, 1999; Newcombe, A.: "The Boundaries of Expropriation in International Law", *ICSID Review* 20/2005, pp. 1 ss.; Norton, P.M.: Norton, P.M.: "A Law of the Future or a Law of the Past? Modern Tribunals and the International Law of Expropriation", *AJIL*, 85/1991, pp. 474 y ss.; Schachter, O.: "Compensation for Expropriation", *AJIL*, 78/1984, pp. 121 y ss.; Seidl-Hohenveldern, I.: *International Economic Law*, 3.^a ed., 1999, pp. 137 y ss.; Westbury, J. A.: "Compen-

sation in Cases of Expropriation and Nationalization: Awards of the Iran-United States Claims Tribunal”, ICSID Review, 5/1990, pp. 256 y ss.; Weston, B H.: “The Charter of Economic Rights and Duties of States and the Deprivation of Foreign-Owned Wealth”, AJIL, 75/1981, pp. 437 y ss.

- 1 La expropiación de bienes patrimoniales por parte de un Estado presupone, como el ejercicio de toda potestad normativa nacional, que existe una relación con la soberanía territorial o personal del Estado expropiante. En principio, cada Estado, con base en su soberanía territorial, es competente para expropiar bienes que estén situados en su territorio. El concepto de expropiación abarca toda privación de derechos patrimoniales realizada por medio de un acto soberano individual o de una ley. No obstante, una expropiación también puede derivarse de una limitación jurídica o de hecho del disfrute de la propiedad, que equivalga a una privación de derechos. La noción de “nacionalización” se aplica, sobre todo, si se trata de medidas expropiatorias que tienen por objeto todo un ramo empresarial (por ejemplo, el sector bancario o minero). Las expropiaciones sin indemnización se designan frecuentemente con el término “confiscación”.

De acuerdo con el Derecho consuetudinario internacional, la expropiación de bienes a nacionales de otros Estados está sometida a restricciones especiales. Según el Derecho consuetudinario (reglas generales del Derecho de extranjería), la noción de “propiedad” engloba todos los derechos patrimoniales de personas privadas susceptibles de enajenación. Esto incluye, especialmente, la propiedad de bienes muebles e inmuebles, pero también derechos reales (como, por ejemplo, derechos de prenda), créditos, participaciones en sociedades y derechos de propiedad intelectual. Hoy se considera también parte de la propiedad el denominado *goodwill*, esto es, las relaciones comerciales que influyen en el valor de una empresa (la clientela, entre otros) así como en su posición en el mercado.¹ En cambio, las oportunidades volátiles de mercado no se incluyen en la propiedad.²

- 2 Respecto de la privación de la propiedad a los propios nacionales, los Estados gozan de una amplia libertad de reglamentación. Ello depende, en primer término, de la protección de la propiedad conforme al Derecho constitucional, tal y como la garantiza, por ejemplo, el Artículo 14 de la Constitución Alemana (con la obligación de indemnizar del artículo 14.3). De los Convenios para la protección de los derechos humanos pueden derivarse restricciones a la intervención de la propiedad de los propios nacionales. Así, en virtud del Artículo 1 del primer Protocolo Adicional al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la protección de la propiedad incluye, por regla general, un derecho a indemnización en caso de expropiación. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la remisión a

¹ Para una opinión contraria, v. el Tribunal Permanente Internacional, The Oscar Chinn Case, *PCIJ Reports Serie A/B*, núm. 63, p. 25. Respecto de la consideración del *good will* en la debida indemnización, v. American International Group, Inc. c. Iran, *Iran-U. S. C. T. R.* 4 (1983 III), p. 96 (esp. p. 106).

² Tribunal Permanente Internacional, The Oscar Chinn Case (*supra*, nota anterior), p. 25.

los principios generales del Derecho internacional contenida en el Artículo 1.1 de dicho Convenio limita su aplicación a la expropiación de extranjeros. En los casos de expropiación a los propios nacionales, el Tribunal deriva un derecho general a indemnización a partir del principio de proporcionalidad y de la regla de que una expropiación no indemnizada supone, con carácter general, un “sacrificio especial” inaceptable (*unzumutbare Sonderopfer*).³ En esta materia, la jurisprudencia del TEDH le concede al legislador un amplio margen para fijar los términos de la indemnización –especialmente en el marco de programas de nacionalización sectorial–.⁴ En el marco del Derecho de la Unión Europea, la protección de la propiedad es un principio general del Derecho que el TJUE ha desarrollado recurriendo a las tradiciones constitucionales nacionales de los Estados miembros y al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.⁵ La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea garantiza el derecho a la propiedad y prevé una “justa” indemnización “en un tiempo razonable” en caso de expropiación (artículo 17).

El Derecho consuetudinario internacional somete la expropiación a extranjeros a determinados requisitos, en el sentido de un estándar legal mínimo. La justificación para la protección especial de los extranjeros a través del Derecho internacional se halla en que, a diferencia de los nacionales del Estado expropiante, los extranjeros están excluidos de la formación de la voluntad política y no están vinculados por el “destino común” estatal, al cual hay que atribuirle tanto los beneficios de una reordenación económica con expropiaciones como los riesgos ligados a ésta.⁶

Por lo tanto, la expropiación a extranjeros sólo es admisible si sirve a una finalidad pública, no tiene carácter discriminatorio y está vinculada a una indemnización. El deber de indemnizar y su alcance ocupan un puesto muy destacado en las controversias de Derecho internacional relativas al Derecho expropiatorio.

³ Sent. TEDH, de 8 de julio de 1986, As. *Lithgow et al. v. United Kingdom*, serie A, t. 102, § 112 y ss.

⁴ *Ibid.*, p. 122: “A decision to enact nationalization legislation will commonly involve consideration of various issues on which opinions within a democratic society may reasonably differ widely. Because of their direct knowledge of their society and its needs and resources, the national authorities are in principle better placed than the international judge to appreciate what measures are appropriate in this area and consequently the margin of appreciation available to them should be a wide one. It would, in the Court’s view, be artificial in this respect to divorce the decision as to the compensation terms from the actual decision to nationalise, since the factors influencing the latter will of necessity also influence the former”.

⁵ Sent. TJUE 44/79, As. *Hauer*, Rec., 1979, pp. 3727 y ss., esp. p. 3745.

⁶ TEDH, As. *Lithgow v. United Kingdom* (*supra*, nota 959), § 116: “Especially as regards a taking of property effected in the context of a social reform or an economic restructuring, there may well be good grounds for drawing a distinction between nationals and non-nationals as far as compensation is concerned. To begin with, non-nationals are more vulnerable to domestic legislation: unlike nationals, they will generally have played no part in the election of designation of its authors nor have been consulted on its adoption. Secondly, although a taking of property must always be effected in the public interest, different considerations may apply to nationals and non-nationals and there may well be legitimate reasons for requiring nationals to bear a greater burden in the public interest than non-nationals”.

- 5 También se puede generar expropiación que requiera indemnización si el titular de un derecho patrimonial es desposeído de su situación de propietario, a través de limitaciones del disfrute (por ejemplo, mediante la designación de administradores) o a través de medios físicos. De este modo, se verían afectadas en lo esencial sus posibilidades de disfrute. Para referirse a este tipo de expropiación se ha acuñado el término *expropiación de facto* o, en caso de un proceso muy gradual, “expropiación furtiva” (*creeping expropriation*). En el ámbito anglo-americano, se habla también de “expropiación indirecta” (*indirect expropriation*) (una noción que incluye también la privación de participaciones sociales).⁷ Una expropiación de facto de este tipo se caracteriza por socavar la capacidad de disposición, reduciéndola a un mero caparazón formal.

El tribunal de arbitraje iraní-estadounidense de La Haya reconoció la existencia de una expropiación de este tipo en un caso en que una empresa estadounidense, en el marco de un proyecto conjunto de construcción de viviendas en un terreno adquirido por ella, fue suplantada por un administrador nombrado por el gobierno iraní.⁸ En este contexto, el tribunal declaró:

it is recognized in international law that measures taken by a State can interfere with property rights to such an extent that these rights are rendered so useless that they must be deemed to have been expropriated, even though the State does not purport to have expropriated them and the legal title to the property formally remains with the original owner.

El tribunal iraní-estadounidense se pronunció de manera similar en el caso de la asunción de los negocios de una empresa mixta iraní-estadounidense, a través de la administración forzosa de las acciones iraníes:

A deprivation or taking of property may occur under international law through interference by a state in the use of that property or with the enjoyment of its benefits, even where legal title to the property is not affected. While assumption of control over property by a government does not automatically and immediately justify a conclusion that the property has been taken by the government, thus requiring compensation under international law, such a conclusion is warranted whenever events demonstrate that the owner was deprived of fundamental rights of ownership and it appears that this deprivation is not merely ephemeral. The intent of the government is less important

⁷ Dolzer, R.: “Indirect Expropriation of Alien Property”, *ICSID Review* 1/1986, pp. 41 y ss.; Fortier, L.Y., Drymer, S. L.: “Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I know It When I See It, or Caveat Investor”, *ICSID Review*, 19/2004, pp. 293 y ss.

⁸ Iran-United States Clams Tribunal, *Starrett Housing Corp. v. Islamic Republic of Iran*, Iran-U.S C.T.R., 4/1983, t. III, pp. 122 y ss., esp. p. 154. V. también el laudo del caso *Biloune and Marine Drive Complet LTD v. Chana Investments Centre and the Government of Ghana*, ILR, 95/1994, pp. 183 y ss., esp. pp. 207 y ss.

*than the effects of the measures on the owner, and the form of the measures of control or interference is less important than the reality of their impact.*⁹

La práctica reciente de los tratados internacionales de protección de inversiones incluye 6 intervenciones que, medidas por sus efectos, equivalen a una expropiación. Así, el TLCAN (Capítulo XI) somete a su régimen expropiatorio toda medida que equivalga a una expropiación de una inversión protegida (Artículo 1110: *a measure tantamount to nationalization or expropriation*). El tribunal arbitral, en el asunto *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, se refirió al efecto equivalente de la medida estatal en cuestión, para concluir que se trataba de una expropiación:

*Thus, expropriation under NAFTA includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favour of the host State, but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State.*¹⁰

Este amplio concepto de expropiación abarca no sólo intervenciones soberanas *de facto*, sino también intervenciones “regulatorias” (tanto por medio de leyes como por medidas administrativas) que cambian las condiciones marco de una inversión en curso, bien anulando las perspectivas de rendimiento de la misma, o bien causando un perjuicio grave a su sustancia económica (*regulatory taking*).¹¹ Así, pueden dar lugar a una indemnización las medidas del Estado de acogida que, contra acuerdos previos, retiran la base jurídica o económica de una inversión.¹² El deber de indemnización en caso de medidas con efecto equivalente a una expropiación no sólo se deriva de acuerdos especiales de protección de inversiones, sino también del Derecho consuetudinario internacional.

El significado de la noción de *expropiación de facto* o de una medida “con efecto equivalente a una expropiación” es un problema clave del moderno Derecho de la expropiación y de la protección de inversiones. Esto es particularmente relevante en el caso

⁹ Iran-United States Claims Tribunal, *Tippets et al. v. TAMS-AFFA, Iran-U.S.C.T.R.* 6 (1984 II), pp. 219 y ss. (esp. p. 225-226).

¹⁰ CIADI, *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, Case No. ARB(AF)/97/1, *ILM* 40/2001, pp. 36 ss., n. marg. 103.

¹¹ V. Newcombe, A.: “The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law”, *ICSID Review*, 20/2005, pp. 1 ss.; Ratner, S. R.: “Regulatory Takings in Institutional Context: Beyond the Fear of Fragmented International Law”, *AJIL*, 102/2008, pp. 475 y ss.

¹² Respecto de la negativa a una licencia de construcción, v. CIADI, *Metalclad Corp. v. United Mexican States*, Case No. ARB(AF)/97/1, *ILM*, 40/2001, pp. 36 y ss. (esp. p. 50-51). Esta sentencia arbitral fue anulada más tarde por exceso de competencia, ya que el tribunal arbitral aplicó un estándar de transparencia no cubierto por el capítulo 11 del NAFTA: Supreme Court of British Columbia, 2001 B. C. S. C. 664. Respecto de los requisitos de planeación en el Derecho urbanístico, v. CIADI, *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile SA. v. Republic of Chile*, Case No. ARB/01/7, *ILM* 44/2005, pp. 190 y ss.

de las intervenciones “regulatorias”, que no causan transferencias de patrimonio a favor del Estado de acogida ni tampoco sirven como instrumentos de gestión de la economía.

Así es en el supuesto de medidas para proteger el medio ambiente u otros bienes de interés general, en el que la diferencia entre una expropiación de hecho (con efecto equivalente a una expropiación) y una regulación en interés de funciones estatales del ordenamiento social (que no le impone al Estado los deberes propios de la expropiación) es, a la vez, difícil y relevante para la práctica. El tribunal arbitral, en el asunto *Tecmed v. México*, resaltó que también una regulación encaminada a proteger el medio ambiente u otros bienes de interés general puede constituir una medida equivalente a una expropiación.¹³

Para la ponderación en el marco del examen de la proporcionalidad de la inferencia patrimonial, de, por un lado, regulaciones soberanas motivadas por intereses de Estado y, por otro lado, derechos económicos y expectativas legítimas del propietario, el tribunal arbitral remitió a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos sobre el Artículo 1 del primer Protocolo adicional a la Convención Europea de Derechos Humanos.¹⁴ Según esta jurisprudencia, las resistencias políticas a un proyecto no son suficientes para justificar que se prive del valor económico de una inversión, sin indemnizar por ello.¹⁵

Para determinar si se trata de una medida expropiatoria (o de una expropiación *de facto*), es decisivo determinar si la intervención afecta al derecho patrimonial en cuestión, de tal forma que constituye una disminución sustancial o una privación completa de su utilidad económica. Así es como el tribunal arbitral en el asunto *Tecmed v. México* analizó el efecto perjudicial de una medida estatal:

...it is understood that the measures adopted by a State, whether regulatory or not, are an indirect de facto expropriation if they are irreversible and permanent and if the assets or rights subject to such measure have been affected in such a way that ‘... any form of exploitation thereof...’ has disappeared; i.e. the economic value of the use, enjoyment or disposition of the assets or rights affected by the administrative action or decision have been neutralized or destroyed. Under international law, the owner is also deprived of property where the use or enjoyment of benefits related thereto is exacted or interfered with to a similar extent, even where legal ownership over the assets in question is not affected, and so long as the deprivation is not temporary. The government’s intention is less important than the effects of the measures on the owner of the assets or on the benefits arising from such assets affected by the measures, and the form of the deprivation measure is less important than its actual effects.¹⁶

¹³ *ILM*, 43/2004, p. 133, n. marg.121.

¹⁴ *ILM*, 43/2004, p. 133, n. marg. 122 y ss.

¹⁵ *ILM*, 43/2004, p. 133, n. marg. 127 ss.

¹⁶ *ILM*, 43 /2004, p. 133, n. marg. 116.

Además, han de tomarse en consideración las expectativas legítimas del propietario, y debe llevarse a cabo una debida ponderación del interés del propietario y de los fines perseguidos por el Estado de acogida de la inversión.¹⁷

La protección frente a la expropiación *de hecho* entraña una problemática especial en caso de perjuicios a proyectos de inversión causados por limitaciones que protegen, real o supuestamente, el medio ambiente.¹⁸

En el asunto *Ethyl Corporation v. Government of Canada*,¹⁹ una empresa estadounidense, cuya filial canadiense producía y distribuía en Canadá un aditivo para gasolina sin plomo (MMT), impugnó una ley federal canadiense que prohibía la importación y el comercio interprovincial de MMT en Canadá. Dicha ley fue motivada por las emisiones nocivas de MMT y tenía el efecto de que aquella sustancia debía producirse y distribuirse de manera separada en cada una de las provincias canadienses. *Ethyl Corporation* inició un procedimiento arbitral contra Canadá, alegando que la restricción de acceso al mercado canadiense equivalía a una expropiación. Tan pronto como el tribunal arbitral se declaró competente, Canadá derogó la legislación impugnada y pagó una indemnización.

Algunos críticos temen que con ello se socave la protección ambiental a causa del temor a deberes indemnizatorios.²⁰ En algunos tratados recientes relativos a la protección de inversiones y en algunas interpretaciones también recientes de preceptos del TLCAN, tales inquietudes son tomadas en consideración.²¹

A los bienes susceptibles de ser expropiados pertenecen, por ejemplo, los bienes muebles e inmuebles, cuentas bancarias, participaciones en sociedades o determinados derechos de uso como las concesiones petrolíferas. Se discute hasta qué punto la violación de un contrato privado entre un Estado y una empresa extranjera puede suponer una expropiación. En primer lugar, el derecho expropiatorio internacional no protege toda pretensión contractual de un acreedor extranjero frente al Estado. De no ser así, toda lesión del deber de pago de un Estado en un contrato de suministro de determinadas mercancías representaría una expropiación. Una situación distinta es que el extranjero, confiando en una estipulación contractual, lleve a cabo determinadas disposiciones patrimoniales (por ejemplo, la construcción de instalaciones en el marco de una *joint-venture*) en el Estado extranjero receptor. Según un planteamiento desarrollado por la doctrina estadounidense, un incumplimiento contractual mediante un acto de soberanía frente a un acreedor

¹⁷ V. en mayor detalle, *infra*, tema 23, nota al margen 2, letra h.

¹⁸ Al respecto Wälde, T., Kolo, A.: "Environmental Regulation, Investment Protection and 'Regulatory Taking' in International Law", *ICLQR* 50/2001, pp. 811 y ss. Respecto de la operación de una planta de eliminación de basuras, v. CIADI, *Tecmed SA v. The United Mexican States*, Case No. ARB(AF)/00/2, *ILM*, 43/2004, pp. 133 y ss.

¹⁹ V. la sentencia en el asunto *Ethyl Corp. v. Government of Canada*, *ILM*, 38/1999, pp. 700 y ss., comentada por Swan, A. C., *AJIL*, 94/2000, pp. 159 y ss.

²⁰ Sands, P.: *Lawless World*, 2005, pp. 136 y ss.

²¹ V. *infra*, tema 23, nota al margen 2, letra h.

extranjero representa una violación del Derecho internacional cuando el Estado actúe de forma discriminatoria o arbitraria.²²

- 9 La expropiación de bienes extranjeros que, independientemente de la indemnización, sea contraria al Derecho internacional (por ejemplo, porque se dirige discriminatoriamente sólo contra ciertos nacionales de un determinado Estado o porque viola un convenio internacional) genera una pretensión compensatoria conforme a los principios generales del Derecho internacional sobre la responsabilidad de los Estados. Se trata de una obligación de reparación completa, que apunta al restablecimiento de la situación anterior a la infracción o al pago de una compensación financiera.²³ Esta obligación de restitución comprende, junto a la indemnización por la pérdida patrimonial actual (*damnum emergens*), el resarcimiento por la ganancia dejada de obtener (*lucrum cessans*). En el Derecho internacional de la expropiación, esta compensación plena adquiere relevancia, sobre todo, cuando un Estado viola un acuerdo de protección de inversiones²⁴ o un acuerdo de concesión internacionalmente vinculante con una empresa extranjera.²⁵
- 10 La cuantía de la indemnización es un tema central del Derecho internacional sobre expropiaciones. El planteamiento desarrollado a finales del siglo XIX por el internacionalista argentino Calvo, según el cual los extranjeros y su patrimonio no requieren de una protección más amplia que los nacionales, no se ha impuesto en la comunidad de Estados.²⁶ La doctrina internacional clásica se ha plasmado en la fórmula Hull, cuya denominación proviene de un Secretario de Estado estadounidense. Según ésta, la indemnización debe ser inmediata, adecuada en valor y efectiva (esto es, en divisa convertible) (*prompt, adequate and effective*). No obstante, en la década de los sesenta y setenta ganó terreno la pretensión de los países en vías de desarrollo de una mayor libertad en expropiaciones a extranjeros y del abandono del estándar de indemnización total. La reivindicación de una indemnización amplia, según el arbitrio de cada Estado, presenta una relación estrecha con la discusión sobre un nuevo orden económico y ha encontrado reflejo, por ejemplo, en la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados de 1974, que fue adoptada por la Asamblea General de la ONU, con una amplia mayoría, pero sin los votos o con

²² V. American Law Institute, Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States, t. 2, 1987, § 712 (2).

²³ Tribunal Permanente Internacional, Case Concerning the Factory at Chorzów, *PCIJ Reports* (serie A), nº 17, 1928, p. 47: "The essential principle contained in the actual notion of an illegal act... is that reparation must, as far as possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed. Restitution in kind or, if this is not possible, payment of the sum corresponding to the value which restitution in kind could bear (must be made)...".

²⁴ V. *infra*, tema 23, nota al margen 2.

²⁵ V. *infra*, tema 22.

²⁶ V. *supra*, tema 6, nota al margen 4 y sent. de la Corte Constitucional alemana de 23 de abril de 1991, BVerfGE, t. 84, pp. 90 y ss., esp. p. 123.

la explícita voluntad en contra de los países industriales más importantes.²⁷ En relación con la nacionalización de propiedades extranjeras, la Carta prevé una indemnización no completa, sino adecuada (*appropriate compensation*) (artículo 2.2, letra c). Simultáneamente, la doctrina “occidental” ha seguido defendiendo la exigencia de la compensación plena. Esta evolución ha generado una considerable inseguridad jurídica.²⁸

A partir de la Segunda Guerra Mundial, juegan un papel destacado en la práctica estatal 11 los denominados convenios de indemnización global (*lump sum agreements*),²⁹ que tienen por objeto una indemnización a tanto alzado, frente al Estado de origen de los extranjeros afectados, por un conjunto de expropiaciones. La cuantía de la indemnización que el Estado expropiante se compromete a pagar oscila, en la mayoría de estos casos, entre un 20% y un 80% del valor de mercado. En el pasado, estos convenios se citaban con frecuencia en apoyo a la idea de que el Derecho internacional no exigía la indemnización plena. Pero ha de tenerse en cuenta que estos acuerdos bilaterales tienen carácter transaccional y que se encuentran fundamentados en consideraciones de conveniencia política.³⁰ Muchos de estos convenios conciernen a actos de expropiación llevados a cabo décadas atrás, o a actos realizados en el marco de convulsiones revolucionarias que condujeron a algunos Estados, por motivos ideológicos, a negar rotundamente cualquier deber de indemnizar.

Entre tanto, la cuestión relativa al estándar indemnizatorio del Derecho consuetudinario 12 internacional ha perdido importancia. Desde el punto de vista de los países en vías de desarrollo, la necesidad de capital extranjero y los esfuerzos por lograr un clima apropiado para las inversiones hacen que la expropiación de empresas extranjeras se considere cada vez más como un instrumento inadecuado para la reestructuración económica. Además, la caída del sistema socialista ha cambiado la balanza e pesos en la comunidad internacional. Finalmente, una serie de importantes decisiones arbitrales ha subrayado recientemente que el Derecho consuetudinario internacional parte del principio de la indemnización plena en materia expropiatoria.³¹ Un buen ejemplo de esto es la jurisprudencia del Tribunal arbitral iraní-estadounidense de La Haya, respecto a las nacionalizaciones de bienes estadounidenses en Irán.³² En esta jurisprudencia, el *obiter dictum*, según el cual en la nacionalización de todo un sector económico se podía conceder una cantidad menor que la indemnización plena, constituye una declaración aislada.³³ Actualmente, la opinión de

²⁷ UNYB, 1974, pp. 402 y ss.

²⁸ V. el laudo en el caso LIAMCO (Libyan American Oil Co. v. Libyan Arab Republic), ILM, 20/1981, pp. 1 y ss., esp. pp. 53 y ss.

²⁹ Lillich, R.B., Weston, B. H.: *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements*, dos tomos, 1999.

³⁰ Compárese con el laudo en el caso TOPCO/CALASIATIC v. Libyan Arab Republic, ILM, 17/1978, pp. 1 y ss., esp. p. 24.

³¹ V. Norton, P. M.: “A Law of the Future or a Law of the Past? Modern Tribunals and the International Law of Expropriation”, AJIL, 85/1991, pp. 474 y ss.

³² American International Group, Inc v. Iran, Iran-U.S. C.T.R., 4/1983, III, pp. 96 y ss., esp. pp. 105 y ss.

³³ INA Corporation v. Iran, Iran-U.S. C.T.R., 8/1985, I, pp. 373 y ss., esp. p. 378. La práctica arbitral posterior

que el Derecho consuetudinario internacional exige (en el sentido de la doctrina clásica) una indemnización completa en la expropiación a extranjeros,³⁴ tiene unos fundamentos más firmes que hace una o dos décadas.

- 13 Por regla general, el importe de la indemnización plena se debe orientar al valor de mercado del bien expropiado. En el caso de una empresa que participa activamente en la vida económica, la práctica arbitral moderna no se inclina por tomar como base el valor neto contable (*net book value* - valor de inversión descontando las amortizaciones), sino que opta por el actual valor comercial en el mercado (*fair market value*), que incluye, por ejemplo, el *good will*.³⁵ Según la jurisprudencia del Tribunal de arbitraje iraní-estadounidense de La Haya, la fijación del precio de mercado adecuado depende de lo que un comprador interesado y bien informado estuviese dispuesto a ofrecer como precio: “*the price that a willing buyer would pay to a willing seller in circumstances in which each had good information, each desired to maximize his financial gain, and neither was under duress or threat*”.³⁶

En la valoración de una “empresa en funcionamiento” (*going concern*), encuentran cabida, además del activo actual, los beneficios previstos para el futuro. De esto modo, la indemnización plena por la expropiación en el *going concern* se aproxima a la indemnización de los perjuicios por expropiaciones ilegales, que también abarca el lucro cesante.³⁷ El denominado método del flujo de caja descontado (*discounted cash flow*) juega un papel importante en la valoración. Este método parte de los rendimientos de capital futuros, descontando los costes y los riesgos económicos.³⁸

2. Eficacia de las expropiaciones en el extranjero

Bibliografía recomendada: Behrens, P.: *Multinationale Unternehmen im Internationalen Enteignungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 1980; Böckstiegel, K. -H.: “Enteignungs- oder Nationalisierungsmaßnahmen gegen ausländische Kapitalgesellschaften”, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, t. 13, 1974, pp. 7 y ss.; Flume, W.: “Juristische Person und Enteignung im internationalen Privatrecht”, *AA. VV.: Festschrift für F. Mann*, 1977, pp. 143 y ss.; Großfeld, B.: “Zeiss’ in Frankreich”,

del tribunal iraní-estadounidense no adoptó esta consideración y en su lugar se declaró partidario repetidamente del estándar de indemnización total del Derecho consuetudinario internacional. *V. Sola Tiles Inc. v. Islamic Republic of Iran*, Iran-U.S. C.T.R., 14/1987, I, pp. 223 y ss., esp. pp. 234 y ss.; *Amoco International Finance Corp. v. Islamic Republic of Iran*, Iran-U.S. C.T.R., 15/1987, II, pp. 189 y ss., esp. p. 223.

³⁴ En este sentido, *v. Restatement (v. supra*, nota 978), § 712 (1).

³⁵ *American International Group, Inc. v. Iran*, Iran-U.S. C.T.R. 4/1983, III, pp. 96 y ss., esp. p. 106 y *Restatement (v. supra*, nota 978), § 712, d. Las Directrices del Banco Mundial referidas al tratamiento de las inversiones extranjeras directas también se refieren al valor de mercado (sección III. 3). *ILM*, 31/1992, pp. 1379 y ss.

³⁶ *Starrett Housing Corp. v. Islamic Republic of Iran*, Iran-U.S. C.T.R. 16/1987. III. pp. 112 y ss., esp. p. 201.

³⁷ *V. el laudo Phillips Petroleum Company of Iran v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, Iran-U.S. C.T.R., 21/1989, I, pp. 79 y ss., esp. p. 122.

³⁸ *V. la decisión del Tribunal arbitral iraní-estadounidense en el as. Starrett Housing Corp. v. Islamic Republic of Iran*, Iran-U.S. C.T.R. 16/1987. III. pp. 112 y ss., esp. pp. 126 y 201 y ss.

IPRax, 1985, pp. 303 y ss.; *id.*: Internationales und Europäisches Unternehmensrecht, 2.^a ed., 1995; Hahn, H. J.: “Konfiskation von Mitgliedschaftsrechten”, AA. VV.: Festschrift für Günther Beitzke, 1979, pp. 491 y ss.; Herdegen, M.: “Die extraterritoriale Wirkung der Enteignung von Mitgliedschaftsrechten an Gesellschaften in der Bundesrepublik Deutschland”, ZGR, 1991, pp. 547 y ss.; Koppensteiner, H. -G.: “Enteignungs- oder Nationalisierungsmaßnahmen gegen ausländische Kapitalgesellschaften”, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, 13/1974, pp. 65 y ss.; Lederer, M.: Die internationale Enteignung von Mitgliedschaftsrechten, 1989; Mann, F.: “Die Konfiskation von Gesellschaften, Gesellschaftsrechten und Gesellschaftsvermögen im Internationalen Privatrecht”, RabelsZ, 27/1962, pp. 1 y ss.; *id.*: “The Effect in England of the Compulsory Acquisition by a Foreign State of the Shares in a Foreign Company”, LQR, 102/1986, pp. 191 y ss.; Seidl-Hohenveldern, I.: Internationales Konfiskations- und Enteignungsrecht, 1972; *id.*: Corporations International in and under International Law, 1987; Sornarajah, N.: The Pursuit of Nationalized Property, 1986; Wiedemann, H.: *Gesellschaftsrecht*, t. I, 1980, pp. 841 y ss.

Si un bien patrimonial se encuentra en el Estado expropiante, la soberanía del Estado abarca la regulación de la propiedad. Desde la perspectiva del Derecho internacional, es menos relevante la cuestión de la eficacia de una expropiación que la de su admisibilidad (por ejemplo, en relación con la cuantía de la indemnización en la expropiación a extranjeros). En su propio territorio, un Estado no sólo puede regular la transmisión de la propiedad sino también imponerla efectivamente. Otra situación se plantea si un bien expropiado se traslada al extranjero, por ejemplo, si un cargamento de petróleo crudo expropiado y que proviene de Oriente se lleva hasta el puerto de Hamburgo y allí una empresa petrolera reclama que es de su propiedad. Aquí, todo depende del reconocimiento de la expropiación que hagan otros Estados; la expropiación de bienes que se encuentran fuera del Estado expropiador (por ejemplo, el patrimonio de una sociedad expropiada en el extranjero) no se puede llevar a cabo sin el reconocimiento del otro Estado. Se trata del denominado efecto “extraterritorial” de las expropiaciones. Si un Estado extranjero, en cuyo territorio se encuentra el patrimonio extranjero de la empresa expropiada, niega su reconocimiento, la expropiación queda sin efecto. 14

a) Traslado de bienes expropiados al extranjero

En principio, las expropiaciones realizadas por Estados extranjeros serán reconocidas por otros Estados si los objetos expropiados se encuentran en el Estado expropiante (“principio de territorialidad positivo”). Si el objeto afectado es desplazado al extranjero tras haberse ejecutado la expropiación, ésta se reconocerá con base en el citado principio. El anterior propietario ya no puede reclamar el objeto expropiado en el extranjero. En Derecho internacional privado, el principio de territorialidad positivo se traduce en la aplicación del Derecho del Estado en el que esté situado el bien expropiado (*lex rei sitae*). 15

- 16 Se plantean especialidades si la expropiación viola el Derecho internacional público, por ejemplo, porque tiene carácter discriminatorio o porque no se pagó la debida indemnización. El Derecho internacional deja al arbitrio de los demás Estados si reconocen o no una expropiación de este tipo (contraria al Derecho internacional público). Por tanto, no existe para un Estado la obligación de denegar el reconocimiento a las medidas expropiatorias de otro Estado, porque no se hayan cumplido los presupuestos de Derecho internacional público para una expropiación válida (especialmente, la indemnización). Por otro lado, un Estado que expropia violando el Derecho internacional no tiene derecho a que otros Estados acaten este tipo de expropiaciones.
- 17 Los tribunales alemanes examinan la compatibilidad entre las medidas expropiatorias de otros Estados y el Derecho internacional público cuando –y sólo cuando– la expropiación presente un vínculo suficiente (personal o material) con Alemania. Una relación nacional y actual con el territorio (*Inlands- und Gegenwartsbeziehung*³⁹) de este tipo se presenta, por ejemplo, en la expropiación a un nacional alemán en el extranjero. En tal caso, el examen de los actos de expropiación extranjeros se realiza atendiendo a los parámetros del *ordre public* alemán, el cual se refiere a los principios fundamentales del Derecho alemán (Artículo 6 EGBGB). El orden público alemán está sustancialmente influenciado por las reglas generales del Derecho internacional (Artículo 25 GG). Por consiguiente, si existe una conexión nacional suficiente con Alemania, las autoridades y tribunales alemanes no reconocen expropiaciones extranjeras que violen el Derecho internacional.
- 18 El significado de un vínculo nacional como límite a la aplicación del orden público nacional se aprecia en la denominada “disputa del cobre chileno”. El caso trataba de la expropiación de unas minas de cobre chilenas que estaban en manos de sociedades estadounidenses. Cuando se envió cobre de una de estas minas a una empresa alemana a Hamburgo, una sociedad estadounidense exigió, en calidad de anterior propietaria, el embargo del cobre. Ésta alegaba que el Gobierno chileno le había denegado una indemnización. El Landgericht de Hamburgo se basó, en primer lugar, en el principio de que la expropiación de bienes que se encuentran en el territorio del Estado expropiante es eficaz.⁴⁰ El tribunal rechazó el no reconocimiento de la expropiación, a causa de una posible violación del Derecho internacional y la consiguiente infracción del orden público, argumentando que en este caso faltaba un vínculo esencial con Alemania. No es suficiente a este respecto el mero traslado a Alemania de un objeto expropiado y no indemnizado. Esta opinión refleja la preocupación por posibles complicaciones políti-

³⁹ Expresión utilizada en la sent. de la Corte Constitucional alemana de 23 de abril de 1991, BVerfGE, t. 84, pp. 90 y ss., esp. p. 123.

⁴⁰ Sent. LG Hamburgo, RIW/AWD, 1973, pp. 163 y ss. y ILM, 12/1973, pp. 251 y ss. En esta materia, v. también Weil, P., Rambaut, P.: “Chilean Copper Nationalization, Review by Courts of Third States”, EPIL, t. Y, 1992, pp. 577 y ss.

cas y económicas.⁴¹ Estas consideraciones también se han plasmado en la decisión del *Oberlandesgericht de Bremen* en un caso similar, la denominada “contienda sobre tabaco indonesio”.⁴² En este supuesto, una sociedad holandesa, cuyas plantaciones de tabaco en Indonesia habían sido nacionalizadas, quería recuperar una carga de tabaco que había sido enviada a Bremen, aduciendo ser la anterior propietaria. El tribunal mostró aquí una clara reserva frente a una denegación del reconocimiento de la expropiación por motivos de Derecho internacional.⁴³

(...) suponiendo que los tribunales de todos los Estados concediesen de forma generalizada al antiguo propietario acciones de restitución por nulidad de la ley de nacionalización, se lograría ciertamente el bloqueo del Estado confiscador que no podría comerciar con la mercancía expropiada. No obstante, mediante una sanción de este tipo, a la vez se afectaría y perturbaría gravemente todo el comercio mundial (...).

En cualquier caso, con esta sentencia, se hizo un gran favor a la posición de Bremen como 19
lugar de tránsito de tabaco.

En Estados Unidos, la doctrina del Act of State protege ampliamente los actos de sobe- 20
ranía extranjeros, frente a un examen por parte de los tribunales americanos en materia de compatibilidad con el Derecho internacional.⁴⁴ Sin embargo, se excluyen de este privilegio los actos de expropiación contrarios al Derecho internacional público (a no ser que exista una declaración del Presidente en otro sentido).⁴⁵

b) Expropiación directa e indirecta de bienes extranjeros

En relación con el reconocimiento de efectos en el extranjero, el segundo tema importante 21
es la extensión de la expropiación a bienes que, en el momento de la misma, se encuentran en un Estado extranjero. Una extensión de este tipo puede considerarse si, con base en la soberanía personal, (también) se nacionaliza el patrimonio extranjero de un nacional del Estado expropiante o de una sociedad establecida en el mismo. En este caso, la efectividad de la expropiación depende de que el Estado extranjero en el que se encuentra el bien reconozca la expropiación. No obstante, la práctica estatal en esta materia sigue mayoritariamente el principio de no reconocer tales expropiaciones (principio de territorialidad negativo). Según él, los Estados deniegan el reconocimiento de los actos de expropiación extranjeros con respecto a los bienes que se encuentran en su propio territorio estatal. De

⁴¹ Sent. LG Hamburgo, *RIW/AWD*, 1973, pp. 163 y ss.

⁴² AVR, 9/1961-1962, p. 318.

⁴³ *Ibid.*, p. 352.

⁴⁴ V. *supra*, tema 3, nota al margen 5, letra e.

⁴⁵ V. Restatement, (v. *supra*, nota 798) § 444.

esta forma, fracasa el intento del Estado extranjero de intervenir “extraterritorialmente” sobre bienes localizados en otro Estado. La jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán coincide en que la expropiación de sociedades llevada a cabo por un Estado extranjero no puede desplegar efectos sobre bienes situados en Alemania.⁴⁶ Si una sociedad extranjera es disuelta por su Estado de origen en el marco de una expropiación, se plantea la duda de quién es el dueño del patrimonio de la sociedad situado en Alemania.⁴⁷ En relación con la extensión de las medidas expropiatorias extranjeras sobre bienes situados en Alemania, ha de tomarse también en consideración un aspecto importante de Derecho constitucional: la protección del propietario mediante el derecho fundamental a la propiedad, consagrado en el Artículo 14 de la *Grundgesetz* (GG). La expropiación directa de bienes en territorio alemán requiere la existencia de una ley alemana y una regulación de la indemnización conforme con los requisitos del artículo 14. 3 GG.

- 22 Si se trata del patrimonio extranjero perteneciente a una sociedad, un Estado puede intentar intervenir sobre esos bienes por vías indirectas. En este caso, no se expropia a la sociedad en sí, sino a los socios. Por medio de la expropiación de las participaciones de éstos, el Estado consigue el dominio sobre la sociedad y, con ello, el control indirecto de su patrimonio. El “caparazón” de la sociedad permanece intacto. La adscripción formal del patrimonio de la sociedad –subsistente, pero ahora dominada por el Estado–, permanece sin cambios. Así, por medio de mecanismos de control del Derecho societario, el Estado logra el poder de disponer sobre el patrimonio societario, incluyendo los bienes situados en el extranjero.

- 23 En general, la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán trata la intervención “indirecta” (a través del Derecho societario) de un Estado extranjero sobre bienes situados en Alemania, de la misma forma que el intento de expropiación directa.⁴⁸ El Estado extranjero no debe poder conseguir el dominio de bienes situados en el interior del país utilizando el mecanismo indirecto de la expropiación de los derechos de los socios. Las limitaciones derivadas del principio de territorialidad deben aplicarse, en todo caso, si el Estado extranjero consigue el control sobre la persona jurídica mediante la expropiación a extranjeros:

las restricciones derivadas del principio de territorialidad se aplican (...) sólo si se expropia el patrimonio de una persona jurídica. Éstas constituyen el límite externo también para la confiscación de los derechos de los socios de una persona

⁴⁶ Sent. Tribunal Supremo alemán de 11 de julio de 1957, BGHZ, t. 25, pp. 134 y ss., esp. p. 143: “las medidas expropiatorias de un Estado, revestidas de forma de ley, adoptadas mediante un acto administrativo o basadas en el poder, abarcan... sólo aquellos bienes que se hallen en el territorio soberano del Estado y no se extienden más allá de sus fronteras”.

⁴⁷ Sent. Tribunal Supremo alemán de 11 de julio de 1957, BGHZ, t. 25, pp. 134 y ss., esp. p. 143-144.

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 144-145 y sent. Tribunal Supremo alemán de 21 de mayo de 1974, BGHZ, t. 62, pp. 340 y ss., esp. p. 343.

jurídica, al menos cuando estos derechos (...) se encuentran total o parcialmente en manos extranjeras (...). En estos casos, según una convicción jurídica general, basada en un modo natural de ver las cosas, hay que equiparar la intervención de los derechos de los socios a la del patrimonio de la persona jurídica. Por tanto, ésta no puede ir más allá de una confiscación normal de bienes extranjeros. De lo contrario, no se observaría en estos casos el principio de territorialidad y se excluiría la aplicación de dicho principio a través de una mera artimaña de construcción jurídica, como es la confiscación de los derechos sociales que se encuentran total, o casi totalmente, en manos extranjeras en vez de la expropiación del patrimonio de la sociedad.⁴⁹

Para los casos de expropiación de participaciones sociales por parte de un Estado extranjero, el Tribunal Supremo alemán ha desarrollado la denominada “teoría del desdoblamiento” (*Spaltungstheorie*), con el fin de suprimir los efectos extraterritoriales sobre los bienes de la sociedad en Alemania. Según ésta, los bienes en Alemania de dicha sociedad deben corresponder a una nueva sociedad desgajada de la anterior.⁵⁰ Mediante una “sociedad desdoblada” de este tipo, los socios expropiados por el Estado extranjero conservan los bienes situados en Alemania de forma indirecta. 24

Desde hace mucho tiempo, la teoría alemana del desdoblamiento es objeto de una viva controversia.⁵¹ La existencia ficticia de una “sociedad escindida” desarticula a la empresa como unidad económica y jurídica. Hay que tener en cuenta, sobre todo, respecto de la privación de los derechos sociales, que el principio de territorialidad, por sí solo, no puede dar una respuesta concluyente respecto de los efectos sobre el patrimonio extranjero de la sociedad. Ello es debido a que el “país de origen” de una persona jurídica (el Estado de sede real o lugar de constitución) puede alegar que los derechos sociales se encuentran localizados en su territorio. En este sentido, la expropiación de tales derechos de participación está cubierta por la soberanía territorial del “país de origen”. Visto de esta forma, el reconocimiento de la expropiación por parte de Estados extranjeros en relación con los bienes extranjeros no es constitutivo, ya que el “país de origen” puede ejecutar por sí mismo la expropiación de los derechos societarios en su territorio estatal. Quien constituye una sociedad con sede en un Estado extranjero, o regida por un Derecho extranjero de constitución, o adquiere participaciones sociales de ésta, no puede esperar que otros Estados, donde se hallen bienes de la sociedad, lo liberen del riesgo de una expropiación. En definitiva, se trata de un conflicto de poder normativo concurrente entre el “Estado 25

⁴⁹ Sent. Tribunal Supremo alemán de 21 de mayo de 1974, BGHZ, t. 62, pp. 340 y ss., esp. p. 343.

⁵⁰ Sent. Tribunal Supremo alemán de 11 de julio de 1957, BGHZ, t. 25, pp. 144 y ss. y Sent. Tribunal Supremo alemán de 21 de mayo de 1974, BGHZ, t. 62, pp. 340 y ss., esp. p. 343.

⁵¹ V. Herdegen, M.: “Die extraterritoriale Wirkung der Enteignung von Mitgliedschaftsrechten an Gesellschaften in der Bundesrepublik Deutschland”, ZGR, 1991, pp. 547 y ss., esp. pp. 550 y ss. y las referencias citadas en este artículo.

de origen” de la sociedad y otros Estados donde hay patrimonio societario. Por lo demás, el desconocimiento total de medidas de expropiación extranjeras en relación con bienes situados en el interior de otro país, puede generar perturbaciones en las relaciones con el Estado expropiante. Estas consideraciones hablan a favor de un modelo de ponderación de intereses, más flexible que la solución radical de la “teoría del desdoblamiento”. Según ello, la cuantía de la indemnización dependería, por ejemplo, de si los derechos societarios se encuentran preponderantemente en manos de nacionales del “Estado de origen” expropiante. La “teoría del desdoblamiento” del Tribunal Supremo alemán sólo se ha aplicado, hasta el momento, en casos en los que se había producido una expropiación sin indemnización (confiscación) o en los que los derechos societarios expropiados se encontraban en su mayoría en manos extranjeras. Por lo demás, desde el punto de vista del Derecho de sociedades, parece digna de reflexión la propuesta de atender a los intereses de los socios expropiados respecto de los bienes situados en otros Estados mediante un derecho a indemnización. Esta solución permite una adecuada ponderación de intereses, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto. En este sentido, se muestra superior a la misteriosa duplicación de personas jurídicas mediante la formación de una “sociedad separada”, que niega al acto de expropiación extranjero cualquier efecto sobre los bienes nacionales de la sociedad.

- 26 Desde el punto de vista del Derecho constitucional alemán, hay que tener en cuenta que la garantía de propiedad del Artículo 14 GG también condiciona el reconocimiento de la expropiación de derechos societarios respecto de los bienes situados en el territorio nacional. A raíz de la nacionalización de industrias, bancos y sociedades financieras llevada a cabo en Francia mediante una ley de 1982,⁵² se ha generado un intenso debate en torno al alcance del Artículo 14 GG respecto del reconocimiento de expropiaciones extranjeras. La ley francesa de 1982 hizo que subsistiese el “caparazón” societario de las empresas nacionalizadas y se limitó a trasladar la propiedad de los derechos societarios al Estado; las filiales y participaciones en el extranjero –por ejemplo, en Alemania– se vieron afectadas de forma indirecta por la nacionalización. La indemnización, orientada por la cotización bursátil, se debía pagar por medio de obligaciones a largo plazo y con reducidos intereses. Los intentos por parte de accionistas individuales expropiados de hacer valer ante tribunales belgas y suizos sus pretensiones en relación con el patrimonio de las empresas francesas situadas en el extranjero no tuvieron éxito. En Alemania se discute si las expropiaciones francesas de 1982 podrían o no ser reconocidas en lo que respecta a los bienes sitos en Alemania. Según una concepción estricta, el Artículo 14 GG requiere, para el reconocimiento de una expropiación extranjera, que su base legal prevea una indemnización (en el sentido del Artículo 14.3 GG). Existen, sin embargo, buenas razones a favor de una opinión contraria más generosa. A diferencia de lo que

⁵² Coing, H.: “Zur Nationalisierung in Frankreich”, *WM*, 1982, pp. 378 y ss.; Lederer, M.: Die internationale Enteignung von Mitgliedschaftsrechten, 1989; Wölker, U.: “Die Nationalisierungen in Frankreich 1981/1982”, *ZaöRV*, 43/1983, pp. 214 y ss.

ocurre con la expropiación directa de bienes extranjeros, el “Estado de origen” de una sociedad puede “ejecutar” por sí mismo, en su territorio, la expropiación de los derechos societarios. En estos casos, el reconocimiento tiene un significado distinto al de la intervención directa de los bienes situados en Alemania. Sobre la base del Artículo 14.3 GG, que es expresión de un valor constitucional fundamental, la expropiación indirecta de bienes situados en Alemania a través de la privación de derechos de participación, sólo puede obtener un reconocimiento pleno si se otorga una indemnización por una cuantía superior a la mitad del valor comercial.⁵³ Al mismo tiempo, la localización de los derechos de participación en el “Estado de origen” de una sociedad y el riesgo vinculado de una expropiación reducen el estándar indemnizatorio. Evidentemente, ello no afecta al mandato de Derecho internacional de indemnizar a los extranjeros.

La tendencia a reconocer la expropiación “extraterritorial” de derechos societarios si 27 existe una congruencia de intereses entre los Estados afectados, ha hallado reflejo en la decisión de la House of Lords británica en el asunto Rumasa.⁵⁴ Este caso trataba, entre otras cuestiones, de la pretensión de la filial inglesa de la sociedad española Rumasa en relación a los derechos de propiedad industrial de una conocida marca de jerez (*sherry*). La sociedad anónima Rumasa fue nacionalizada en España, a través de la expropiación a sus accionistas. Por ello, en última instancia, tras la demanda de la filial inglesa se encontraba el Estado español. La pretensión sólo podía tener éxito si los tribunales británicos reconocían por completo, en relación con los efectos en el Reino Unido, la expropiación de los derechos societarios en la empresa española por parte de España.⁵⁵ La House of Lords rechazó la alegación de los demandados de que se trataba de un intento infructuoso de España de expropiar bienes situados en el Reino Unido. El tribunal británico partió de que la expropiación ya se había ejecutado en España. Mediante la referencia a la (por entonces inminente) entrada de España en la Comunidad Europea, la máxima instancia judicial británica se declaró partidaria del reconocimiento ilimitado de la expropiación española, también en relación con filiales inglesas de la empresa nacionalizada:

(...) an English court will recognise the compulsory acquisition law of a foreign state and will recognise the change of title to property which has come under the control of the foreign state and will recognise the consequences of that change of title. The English court will decline to consider the merits of compulsory acquisition. In their pleadings the appellants seek to attack the motives of the Spanish legislators, to allege oppression on the part of the Spanish government and to question the good faith of the Spanish administration in connection with the enactment, terms and implementation of the law of 29 June 1983. No English judge could properly entertain such an attack laun-

⁵³ V. Herdegen, *op. cit.* (*supra*, nota 1007), esp. pp. 567-568.

⁵⁴ Williams & Humbert Ltd. v. W. & H. Trade Mark (Jersey) LTD, A. C., 1986, pp. 368 y ss.

⁵⁵ Al respecto, v. Quiñones Escámez, A.: Eficacia internacional de las nacionalizaciones: nombre comercial y marcas, 1988.

*ched on a friendly state which will shortly become a fellow member of the European Economic Community.*⁵⁶

- 28 La decisión de la House of Lords ha sido fuertemente criticada por algunos autores. Sin embargo, parece convincente la idea de que, al menos en relación con los Estados miembros de la Unión Europea, el respeto de las expropiaciones extranjeras debe ser de carácter general. No obstante, es problemático que en el asunto *Rumasa*, la House of Lords no haya profundizado más en la cuestión de la indemnización.

Tema 21

Inversiones extranjeras: relevancia y preceptos nacionales

1. Relevancia de las inversiones extranjeras

Bibliografía selecta: Dolzer, R., Herdegen, M., Vogel, B. (eds.): *Auslandsinvestitionen*, 2006; Muchlinsky, P., Ortino, F., Schreuer, C.: *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 2008; UNCTAD: *World Investment Report*, 2011.

- 1 La atracción de inversiones extranjeras es un instrumento clave para el desarrollo económico, el crecimiento sostenido de la economía y la lucha contra la pobreza. La Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo de Monterrey de 2002 resaltó, en el denominado “consenso de Monterrey”, la importancia de las inversiones extranjeras directas y de otros flujos de capital:

Las corrientes internacionales de capitales privados, en particular las de inversiones extranjeras directas, así como la estabilidad financiera internacional, constituyen un complemento fundamental de las actividades nacionales e internacionales de desarrollo. Las inversiones extranjeras directas contribuyen a financiar el crecimiento económico sostenido a largo plazo. Son particularmente importantes por las posibilidades que ofrecen de transferir conocimientos y tecnologías, crear puestos de trabajo, aumentar la productividad general, estimular la competitividad y el espíritu de empresa y, en última instancia, erradicar la pobreza mediante el fomento del desarrollo y el crecimiento económico. Por lo tanto, un gran desafío es crear las condiciones internas e internacionales necesarias para facilitar las corrientes de inversiones directas —que contribuyan al logro de los objetivos prioritarios de desarrollo de los países— hacia los países en desarrollo, en particular de África, así como a los países menos adelantados, los pequeños

⁵⁶ V. Williams & Humbert Ltd. v. W. & H. Trade Mark (Jersey) LTD, A. C., 1986, esp. p. 431 (por Lord Templeman). En ella, el tribunal partió de una regulación de la indemnización a favor de los accionistas no verificada con mucho detalle (p. 426).

Estados insulares en desarrollo, los países en desarrollo sin litoral y los países con economías en transición (núm. 20).

Desde esta perspectiva, la protección de las inversiones extranjeras como elemento de un buen clima de inversión está estrechamente relacionada con el desarrollo económico y una posible mejoría de las estructuras sociales.

Conviene distinguir entre las denominadas inversiones directas, por un lado, y, por otro lado, las denominadas inversiones “de portafolio”. Las inversiones extranjeras directas (*foreign direct investment*) se caracterizan fundamentalmente por la influencia directa del inversor en la gestión de la compañía, respecto de la cual adquiere propiedad (en forma de participaciones sociales). Así lo establece de manera ejemplar la siguiente definición de inversiones extranjeras directas del Fondo Monetario Internacional.⁵⁷

Direct investment is the category of international investment that reflects the objective of a resident entity in one economy obtaining a lasting interest in an enterprise resident in another economy. (The resident entity is the direct investor and the enterprise is the direct investment enterprise). The lasting interest implies the existence of a long-term relationship between the direct investor and the enterprise and a significant degree of influence by the investor on the management of the enterprise. Direct investment comprises not only the initial transaction establishing the relationship between the investor and the enterprise but also all subsequent transactions between them and among affiliated enterprises, both incorporated and unincorporated.

En cambio, en el caso de las inversiones “de portafolio”, la participación directa o indirecta en el capital de una empresa no trae consigo el control determinante sobre la dirección de la misma. Su finalidad no es adquirir el control, sino la participación en la renta del capital, sin mayores oportunidades de influencia, como sucede, por ejemplo, con las participaciones en fondos de capital o la compra de acciones.

La gran mayoría de las inversiones directas extranjeras tiene como destino determinados países industrializados (como Estados Unidos, Reino Unido, Luxemburgo, Australia y Hong Kong), así como países emergentes (como China, Brasil y México).

Las inversiones extranjeras realizadas por fondos soberanos (*Sovereign Wealth Funds*) han adquirido una importancia creciente. Los fondos soberanos son empresas controladas por un Estado y alimentadas por excedentes presupuestarios (particularmente de la venta de materias primas), que invierten en diversas clases de títulos-valor a escala internacional. Dentro de la noción de fondos soberanos conviene distinguir entre fondos de ahorro o generacionales, que persiguen inversiones a largo plazo, y fondos de estabilización, que

⁵⁷ <http://www.iwg-swf.org/pubs/gapplist.htm>.

buscan oportunidades a corto plazo, para compensar fluctuaciones en los ingresos estatales. Los fondos soberanos más importantes (con un capital fijo de más de cien mil millones de dólares) provienen de los Emiratos Unidos Árabes (*Abu Dhabi*), Singapur, Noruega, Arabia Saudita, Kuwait, República Popular China, Rusia y Hong Kong. El patrimonio total de los fondos soberanos asciende a varios billones de dólares.

En mayo de 2008, los representantes de los fondos soberanos más importantes adoptaron unos principios para sus participaciones de capital en empresas extranjeras (Principios y Prácticas Generalmente Aceptados –PPGA– *Generally Accepted Principles and Practices* –GAPP– o *Santiago Principles*⁵⁸). Estos principios son expresión de un cierto nivel de autovinculación y apuntan a una mayor transparencia de sus actividades de inversión. Además, está previsto que las actividades de los fondos soberanos se adecúen a los intereses macroeconómicos del Estado receptor.

2. Restricciones a las inversiones extranjeras directas

Bibliografía selecta: Kern, S.: “Staatsfonds – Staatliche Auslandsinvestitionen im Aufwind”, *Deutsche Bank Research, Aktuelle Themen*, 405/2007; Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE): *OECD Regulatory Restrictiveness Index*, 2006.

- 5 Entre las reglas aplicables a inversiones extranjeras directas, es de especial interés en qué medida el respectivo Estado de acogida permite inversiones extranjeras y a qué tipo de condiciones las somete. Con el desmantelamiento de la gran mayoría de los monopolios de producción y comercio, muchos de los antiguos sistemas comunistas se han abierto a participaciones de capital extranjeras. No obstante, en muchos países subsisten amplias restricciones aplicables en general a participaciones de capital privado o, más específicamente, a participaciones extranjeras en los denominados “sectores estratégicos”. Entre estos se cuentan, por ejemplo, sectores políticamente sensibles como la industria de armamento, pero también la extracción de materias primas, el abastecimiento de energía y agua, las telecomunicaciones y la aeronáutica civil. En los sectores considerados como “estratégicos”, no se permiten inversiones extranjeras, o sólo se permiten en cierta medida (por ejemplo, como participaciones minoritarias que no excedan de un 49% del capital social). En particular, existen amplias restricciones a las inversiones extranjeras directas (en general o en cuanto a sectores “estratégicos”) en la República Popular de China, la India o la Federación Rusa.⁵⁹ Pero también algunos Estados industrializados occidentales (como Francia, Japón, o Estados Unidos) someten las inversiones extranjeras directas en algunos sectores a controles estatales y restricciones de gran alcance.

Así, existe un comité adscrito al Ministerio de Finanzas de los Estados Unidos (*U.S. Department of the Treasury*) que vela por la compatibilidad con intereses de la “se-

⁵⁸ Accesible en <http://www.iwg-swf.org/pubs/esl/gaplists.pdf>

⁵⁹ Respecto del Derecho ruso, v. Stoljarskij, A.: “Russland: Ausländische Investitionen in strategischen Branchen”, *RIW*, 2009, pp. 587 y ss.

guridad nacional” de las inversiones extranjeras en empresas que actúan comercialmente en Estados Unidos. Este comité (*Committee on Foreign Investments in the US-CFIUS*), tiene su base legal en una enmienda a la ley que regula la protección de la industria del armamento (*Exon-Florio Amendment de la Defense Protection Act*, en la versión modificada por la *Foreign and National Security Act* de 2007). La decisión final en materia de restricciones o prohibiciones de inversiones extranjeras incumbe al Presidente de los Estados Unidos. Sin embargo, en la práctica se hace un uso muy escaso de estas competencias de intervención. En la República Federal de Alemania, tras la modificación de unos preceptos de Derecho de comercio exterior, puede prohibirse la adquisición de empresas domiciliadas en Alemania, o de participaciones en ellas, por parte de inversores extranjeros, si ello constituye un peligro para el orden o la seguridad públicos. El umbral de intervención en materia de participaciones sociales es la adquisición de un 25% (§ 7. 2 núm. 6 *Außenwirtschaftsgesetz*, § 53 *Außenwirtschaftsverordnung*).⁶⁰

Tema 22

Contratos de inversión entre Estados y empresas extranjeras

Bibliografía recomendada: Baur, J. F., Hobe, S. (eds.): *Rechtsprobleme von Auslandsinvestitionen. Konzessionen, Vertragsanpassung, Vergabeverfahren*, 2003; Behrens, P.: “Towards the Constitutionalization of of International Investment Protection”, *AVR* (2007), pp. 152 ss.; Bishop, R. D., Crawford, J., Reisman, W. M.: *Foreign Investment Disputes*, 2005; Böckstiegel, K. -H.: *Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen*, 1971; Buxbaum, R. M., Riesenfeld, S. A.: “Investment Codes”, *EPIL*, tomo II, 1995, pp. 1439 y ss.; Fischer, P.: *Die internationale Konzession*, 1974; Gao, Z.: *International Petroleum Contracts: Current Trends and New Directions*, 1994; Görs, B.: *Internationales Investitionsrecht*, 2005; Gramlich, L.: *Rechtsgestalt, Regelungstypen und Rechtsschutz bei grenzüberschreitenden Investitionen*, 1984; Lalive, J. -F.: “Contrats entre Etats et entreprises étatiques et personnes privées – Développements récents”, *RdC*, 181/1983, t. III, pp. 9 y ss.; Merkt, H.: *Investitionsschutz durch Stabilisierungsklauseln*, 1990; Nicklisch, F. (ed.), *Rechtsfragen privatfinanzierter Projekte- Nationale und internationale BOT-Projekte*, 1994; Riesenfeld, S. A.: “Foreign Investments”, en *EPIL*, t. II, 1995, pp. 433 y ss.; Salacuse, J. W.: *The Law of Investment Treaties*, 2010; Schanze, E.: *Investitionsverträge im internationalen Wirtschaftsrecht*, 1986; Stoll, J.: *Vereinbarungen zwischen Staat und ausländischem Investor*, 1982; M. Valasek/P. Dumberry, “Developments in the Legal Standing of Shareholders and Holding Corporations in Investor-State Disputes”, *ICSID Review*, 2011, pp. 34 y ss.; de Vareilles-Sommières, P., Fekini, A.: “Les nouveaux contrats internationaux d’exploration et du partage de production pétrolière de Lybie”, *JDI* 2008, pp. 3 ss.; Velten, R.: *Die Anwendung des Völkerrechts auf State Contracts in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, 1987.

⁶⁰ Al respecto, Roth, W. -H.: “Investitionsbeschränkungen im deutschen Außenwirtschaftsrecht” *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft*, 2009, pp. 257 y ss.

- 1 Las empresas que invierten en un Estado extranjero pretenden darle la mayor seguridad posible a su inversión. Las reglas del Derecho consuetudinario internacional sobre la expropiación de extranjeros sólo ofrecen una protección limitada frente a la privación de bienes patrimoniales.⁶¹ El estándar clásico de la indemnización plena está otra vez ganando terreno tras las controversias del pasado, pero aún sigue adoleciendo de una cierta inseguridad. Las disposiciones legales a favor de las inversiones extranjeras previstas en el Derecho del Estado de acogida, incluidas las garantías constitucionales, pueden verse alteradas por un cambio de la situación política interna. El mismo problema existe con el compromiso contractual de un Estado frente a un inversor extranjero, si el contrato se somete al Derecho de ese Estado. En este ámbito, la promesa contractual del Estado sólo tiene valor en la medida que éste se muestre fiel al contrato. Por otro lado, no se puede esperar de los Estados que, en pactos realizados con una empresa extranjera, se sometan al Derecho de otro Estado.

- 2 Este dilema impulsa los esfuerzos por proteger la posición jurídica del inversor privado frente a la intervención del poder normativo del Estado como contraparte contractual. La remisión al “Derecho transnacional” (o a los principios generales del Derecho contractual⁶²) plantea inconvenientes: aparte de los problemas generales de reconocer fuentes jurídicas de esta naturaleza, se estima que un contrato de este tipo, a medio camino entre el Derecho internacional público y el Derecho nacional, no puede limitar la libertad de decisión del Estado de acogida y su violación no supone un acto ilícito desde la perspectiva del Derecho internacional público. Otra vía para dar cobertura al inversor extranjero es la inclusión en el contrato de una “cláusula de estabilización”, que prohíbe al Estado de acogida modificar unilateralmente las pretensiones contractuales. Una cláusula de estabilización de este tipo sólo puede desplegar eficacia como limitación del poder normativo estatal, si se añade al Derecho internacional público. Es decir, si fundamenta una obligación internacional del Estado. Por ello, en ocasiones, una regla de estabilización va acompañada de una “cláusula de internacionalización”, que remite al Derecho internacional y, así, “internacionaliza” las relaciones entre el Estado y la empresa extranjera.

- 3 El efecto de cláusulas de estabilización e internacionalización de este tipo es extraordinariamente controvertido. Las posibles interpretaciones se plasman en los diversos laudos arbitrales que derivan de la controversia sobre el petróleo libio.⁶³ Se trataba de conflictos referidos a contratos sobre concesiones petrolíferas, que Libia había celebrado con diversas empresas petroleras occidentales. En la década de los setenta, Libia nacionalizó su industria petrolera y, con ello, privó a las empresas petroleras extranjeras de los derechos de

⁶¹ V. *supra*, tema 20, nota al margen 1.

⁶² V. *supra*, tema 3, nota al margen 4.

⁶³ Al respecto, v. Dolzer, R.: “Libya-Oil Companies Arbitrations” en: EPIL, t. III, 1997, pp. 215 y ss.

explotación reconocidos en los contratos de concesión. Los concesionarios afectados por estas medidas (*British Petroleum*, *Texaco Overseas Petroleum Company*—Topco—, *California Asiatic Oil Company*—Calasiatic— y la *Libyan American Oil Company*—Liamco—) iniciaron procedimientos arbitrales contra Libia (sobre la base de una cláusula arbitral contenida en los contratos) y alegaron que Libia había violado sus derechos contractuales. Libia apeló a su soberanía estatal, que no habría sido limitada por los contratos.

Frente a este argumento, las empresas petroleras se basaron en una “cláusula de estabilización”, que prohibía la revocación unilateral de derechos contractuales. Además, según otra disposición contractual, los acuerdos de concesión únicamente se regían por el Derecho libio en la medida en que éste fuese compatible con los principios del Derecho internacional, debiendo aplicarse, para los demás aspectos, los principios generales del Derecho. Esta cláusula de internacionalización establecía que:

*This concession shall be governed by and interpreted in accordance with the principles of the law of Libya common to the principles of international law and in the absence of such common principles then by and in accordance with the general principles of law, including such of those principles as may have been applied by international tribunals.*⁶⁴

Libia defendió sin éxito el planteamiento de que, como Estado soberano, podía desvincularse de un pacto arbitral con empresas privadas. Los tres laudos arbitrales dictados en este conflicto partieron de la eficacia de la cláusula de elección de derecho y, con ello, obtuvieron un parámetro de análisis de la legalidad de las medidas de nacionalización no dependiente del Derecho libio. Sin embargo, los tres laudos siguieron distintos caminos, tanto en la línea de pensamiento como en el resultado final.

En el caso de la *British Petroleum*, el árbitro Lagergren dictó un laudo en Copenhague⁵ en el que se aplicaba el Derecho danés (en calidad de Derecho aplicable al procedimiento arbitral) y se admitía la autonomía de la voluntad en cuanto a la remisión al Derecho internacional (reconocida en el Derecho danés).⁶⁵ En el laudo, se condenó a Libia a indemnizar a BP por haberle expropiado de forma arbitraria y discriminatoria.

En cuanto a la consecuencia jurídica de la violación del contrato de concesión, el árbitro rechazó una pretensión de cumplimiento contractual (*restitution, restitio in integrum*), admitiendo en vez de ello una acción por compensación de daños:

when by the exercise of sovereign power a State has committed a fundamental breach of a concession agreement by repudiating it through a nationalisation of the enterprise

⁶⁴ *Texas Overseas Petroleum Co. & California Asiatic Oil Co. v. Libyan Arab Republic, ILM*, 17/1978, pp. 1 y ss., n. marg. 23.

⁶⁵ *British Petroleum Exploration Co. c. Libyan Arab Republic, ILR*, 53/1979, pp. 297 y ss.

*and its assets in a manner which implies finality, the concessionaire is not entitled to call for specific performance by the Government of the agreement and reinstatement of his contractual rights, but his sole remedy is an action for damages.*⁶⁶

En el caso *Liamco*,⁶⁷ el laudo se refirió a los principios generales del Derecho internacional privado y también tomó como base la cláusula de elección de ley del contrato de concesión. El árbitro *Mahmassani* condenó a Libia a pagar una indemnización, basándose en una fundamentación no muy clara, que contenía consideraciones de equidad. Por lo demás, el árbitro consideró que una obligación a cumplir el contrato constituiría una violación de la soberanía del Estado expropiante.⁶⁸

- 6 El laudo del caso *Topco/Calasiatic* calificó de una forma distinta la relación de Libia con sus co-contratantes extranjeros.⁶⁹ Desde el principio, el árbitro *Dupuy* incardinó el contrato entre las compañías petroleras estadounidenses y el Estado libio en el plano del Derecho internacional (es decir, sin dar el rodeo de acudir al Derecho nacional o a algún principio general del Derecho contractual). De esta forma, consiguió dar cobertura internacional a la posición contractual de los inversores. En coherencia con esa argumentación de Derecho internacional, en opinión del árbitro, las normas nacionalizadoras libias no podían anular las concesiones de las empresas petroleras estadounidenses. El árbitro condenó a Libia, apoyándose en los principios de la restitución en especie (*restitutio in integrum*), al restablecimiento de la posición jurídica de las compañías fijada en los contratos de concesión.⁷⁰
- 7 El laudo del caso *Topco/Calasiatic* ha dado un apoyo decisivo a la concepción de que un Estado, en un contrato con un particular extranjero, puede contraer obligaciones de naturaleza internacional y que, con fundamento en una relación contractual de este tipo, una empresa privada puede obtener una “subjetividad internacional limitada”. La doctrina del “contrato de Derecho internacional limitado” es bastante controvertida, pero desde que se dictó el laudo citado ha adquirido mucha relevancia. Por supuesto, hay que tener en cuenta que los acuerdos entre un Estado y un inversor extranjero adscritos al Derecho internacional, al igual que ocurre con los convenios entre Estados, se ven afectados por la reserva de un cambio esencial de las circunstancias (cláusula *rebus sic stantibus*).

⁶⁶ *British Petroleum Exploration Co. v. Libyan Arab Republic*, ILR 53 (1979), pp. 354 y ss.

⁶⁷ *Libyan American Oil Co. c. Libyan Arab Republic*, ILM, 20/1981, pp. 1 y ss.

⁶⁸ *Libyan American Oil Co. v. Libyan Arab Republic*, ILM 20 (1981), pp. 1 y ss. (esp. p. 64-65).

⁶⁹ *Texas Overseas Petroleum Co. & California Asiatic Oil Co. c. Libyan Arab Republic*, ILM, 17/1978, pp. 1 y ss.

⁷⁰ *Texas Overseas Petroleum Co. & California Asiatic Oil Co. v. Libyan Arab Republic*, ILM 17/1978, pp. 1 y ss., n. marg. 92 y ss.

Según algunos laudos arbitrales, una “cláusula de estabilización” en un contrato de concesión que tiene una duración prevista de varias décadas no significa que el Estado de acogida haya renunciado a una expropiación.⁷¹

Independientemente de cómo se califiquen los contratos entre el inversor y el Estado de acogida, se reconoce que un Estado no puede retractarse de un pacto arbitral con una empresa extranjera alegando su soberanía (a no ser que los contratos se sometan directamente al Derecho del Estado de acogida). La posibilidad o imposibilidad de revocar unilateralmente los derechos contractuales frente al Estado no afecta a la validez de una cláusula arbitral (*doctrine of severance*). En este sentido, los pactos de arbitraje entre un Estado y su contraparte extranjera se “estabilizan” mediante el Derecho internacional.⁷²

Por lo demás, atendiendo al estado actual de la dogmática internacional en este punto, la mejor forma de asegurar las pretensiones contractuales de un inversor frente a un Estado extranjero es que éste se apoye en un acuerdo internacional entre el Estado de origen del inversor y el Estado de acogida.⁷³

Los contratos referidos a la construcción y a la explotación de instalaciones (por ejemplo, instalaciones de transporte como aeropuertos o puertos marítimos), en los que, con base en un acuerdo de concesión con el Estado correspondiente, el inversor obtiene los derechos de explotación durante un determinado tiempo y, transcurrido éste, debe entregarle la instalación al Estado, merecen una consideración especial. El periodo de tiempo determinado contractualmente durante el cual se conceden al inversor los derechos de explotación es claramente inferior a la previsible vida útil de la instalación. En este tipo de proyectos BOT (*Build-Operate-Transfer*), el contrato con el gobierno del Estado constituye la base de una complicada red de contratos sobre la financiación del proyecto y su ejecución técnica.⁷⁴ Los proyectos BOT, debido a su estructura extraordinariamente compleja y a la concurrencia de muchos partícipes, son especialmente propensos al incumplimiento de prestaciones contractuales. El sentido concreto de algunas obligaciones contractuales sólo se revela de manera gradual. La colaboración leal de los órganos estatales participantes tiene gran importancia en esta materia. Los impedimentos administrativos pueden dar lugar a una expropiación “furtiva”,⁷⁵ o causar otras infracciones contra los estándares de

⁷¹ Aminoil v. Kuwait, ILM, 21/1982, pp. 976 y ss., n. marg. 88 y ss., esp. p. 95.

⁷² V. *supra*, tema 9, nota al margen 2.

⁷³ V. *infra*, tema 23, nota al margens 2 y 5.

⁷⁴ V. por ejemplo, Nicklisch, F.: “The BOT Model - The Contractor’s Role as Builder - Contract Structure Risk Allocation and Risk Management”, *International Construction Law Review*, 9/1992, pp. 425 y ss.; id.: “BOT - Projekte - Vertragsstrukturen, Risikoverteilung und Stretibeilegung”, *BB*, 1998, pp. 2 y ss.; De Cazalet, B.: “Le contrat de construction dans le cadre des projets en BOT”, *RDAI*, 1998, pp. 405-415.

⁷⁵ V. *supra*, tema 20, nota al margen 1.

la protección convencional de las inversiones.⁷⁶ Por regla general, una intervención por parte del Estado en los derechos de explotación pactados deberá considerarse como una expropiación que debe ser indemnizada.

- 11 El proyecto BOT más conocido es, probablemente, la construcción del túnel del Canal de la Mancha entre Francia y Reino Unido.⁷⁷ El proyecto de este túnel halla su fundamento de Derecho internacional en el Convenio internacional que celebraron Francia y Reino Unido en el año 1986. Este Convenio establece un marco jurídico interestatal para un canal permanente y para una concesión a favor de empresas privadas. Por su parte, el otorgamiento de la concesión tiene su base en un Acuerdo entre los Gobiernos francés y británico, por un lado, y, por otro, los concesionarios británicos y franceses (*France Manche S.A.* y *Channel Tunnel Group Ltd.*). Según éste, la concesión debe tener una duración de sesenta y cinco años (antes cincuenta y cinco). En la implementación del proyecto, debe aplicarse el principio de la libertad empresarial. Además, se prevé la creación de un órgano de vigilancia y de una autoridad de seguridad. En el ámbito interno, una ley británica (*Channel Tunnel Act 1987*) y un decreto francés (junto a una declaración especial sobre la utilidad pública del proyecto) apoyan el Convenio y el Acuerdo de concesión. Estas normas nacionales establecen también las bases jurídicas en cuanto a la planificación y a la propiedad para la ejecución del proyecto del túnel. Los concesionarios estaban obligados a realizar acuerdos sobre la utilización del túnel con las compañías ferroviarias nacionales. La base de la financiación del proyecto era el probable beneficio derivado de la concesión.

Tema 23

Mecanismos de protección en el Derecho de inversiones

1. Sinopsis

Bibliografía recomendada: Dolzer, R., Schreuer, C.: *Principles of International Investment Law*, 2.^a ed., 2012; Dolzer, R., Herdegen, M., Vogel, B.: *Foreign Investment*, 2006; Esser, J., Meessen, K. M. (ed.): *Kapitalinvestitionen im Ausland-Chancen und Risiken*, 1984, pp. 10 y ss.; Fach Gómez, K.: “Latin America and ICSID: David versus Goliath?”, *Law and Business Review of the Americas* 17 /2011, pp. 195 y ss.; Griebel, J.: *Internationales Investitionsrecht*, 2008; Herdegen, M.: “Investitionsschutz in Lateinamerika. Neuere Entwicklungen im Verfassungs- und Völkervertragsrecht”, *ZVglRWiss*, 94/1995, pp. 341 y ss.; Knahr, C., Reinisch, A.: *Aktuelle Probleme und Entwicklungen im Internationalen Investitionsrecht*,

⁷⁶ Metje, T.M.: *Der Investitionsschutz im internationalen Anlagenbau. Eine Untersuchung mit besonderer Berücksichtigung internationaler BOT-Projekte*, 2008, pp. 55 y ss.

⁷⁷ Al respecto, v. Goy, R.: “Le tunnel sous la Manche”, *AFDI*, 32/1986, pp. 741 y ss.; Herdegen, M.: “Der Konzessionsvertrag aus öffentlich-rechtlicher Sicht: das Beispiel des Kanaltunnelprojekts”, en Nicklisch, F. (ed.): *Rechtsfragen privatfinanzierter Projekte*, 1994, pp. 41 y ss.; “Konzessionsvertrag zum Ärmelkanaltunnel von 1986”, *Command Papers*, núm. 9726, en Nicklisch, *op. cit.*, pp. 93 y ss.

2008; Muchlinski, P., Ortino, F., Schreuer, C.: *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 2008; Ortino, F. / Sheppard, A./Warner, H. (ed.): *Investment Treaty Law: Current Issues*, vol. I, 2006; *id.* (eds.): *Investment Treaty Law: Current Issues*, vol. II, 2007; Newcombe, A., Paradell, L.: *Law and Practice of Investment Treaties*, 2008; Reinisch, A.: Standards of investment protection, 2008; Schill, S.: “Der Schutz von Auslandsinvestitionen in Deutschland im Mehrebenensystem: deutsches, europäisches und internationales Recht“, *AöR*, 135/2010, pp. 498 y ss.; Sornarajah, M.: *The International Law of Foreign Investment*, 3.^a ed., 2010; v. también la bibliografía del tema 21.

La protección tradicional de las inversiones extranjeras se rige por las reglas del Derecho de extranjería, especialmente las previstas en el Derecho internacional de la expropiación. El Estado de origen del inversor únicamente puede hacer valer reclamaciones, frente al Estado receptor de la inversión, por la vía de la protección diplomática.⁷⁸ Desde la perspectiva de la empresa afectada, no sólo hay que tener en cuenta posibles conflictos respecto a los estándares de protección del Derecho consuetudinario (especialmente, en relación con la cuantía de la indemnización), sino también las inseguridades políticas y los riesgos relativos a la relación entre el Estado de origen y el Estado de acogida, o a la disposición del propio gobierno para la protección diplomática. Los intentos por equilibrar las relaciones entre el inversor y el Estado de acogida a través de contratos internacionalizados (mediante “cláusulas de estabilización” y pactos de arbitraje⁷⁹) se ven dificultados por dudas jurídicas y de hecho. Únicamente un pequeño círculo de potentes empresas multinacionales puede alcanzar por la vía contractual una mayor “igualdad de armas” (*Waffengleichheit*).

Estos problemas han alimentado los esfuerzos para mejorar la protección de las inversiones extranjeras mediante convenios internacionales en los que participe el Estado de origen. Los convenios bilaterales para proteger las inversiones (*Bilateral Investment Treaties*, BITs) deben eliminar las dudas sobre la posición jurídica de los inversores y la protección de sus inversiones patrimoniales. Entre tanto, se encuentran estándares de protección de inversiones en el TLCAN y en otros acuerdos de comercio preferencial (*Preferential Trade Agreements*), cuyo alcance es tan amplio como para cumplir la misma función que los tratados bilaterales sobre protección de inversiones. Esto es válido, en particular, para los recientes acuerdos de comercio preferencial celebrados por Estados Unidos.⁸⁰ Las negociaciones de un Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI) en el marco de la OCDE, en las que participaron los Estados miembros de la OCDE y ter-

⁷⁸ V. *supra*, tema 6, nota al margen 4.

⁷⁹ V. *supra*, tema 22.

⁸⁰ Hoeckmann, B., Newfarmer, R.: “Preferential Trade Agreements, Investment Disciplines and Investment Flows”, *JWT*, 39/2005, pp. 949 y ss.

ceros Estados, deben considerarse, por lo pronto, fracasadas.⁸¹ La Carta europea de la energía de 1994 constituye un marco de regulación multilateral en el sector energético.

- 3 Con el Convenio del Banco Mundial sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados se creó un foro para realizar procedimientos de solución de diferencias que presentan similitudes con un proceso judicial: el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones - CIADI (International Centre for the Settlement of Investment Disputes - ICSID). El carácter vinculante de las decisiones se asegura, aquí, a través de un convenio internacional. El procedimiento arbitral del CIADI sustituye a la protección diplomática, moderando de esta forma el componente político de los conflictos sobre inversiones. También contribuyen a la “despolitización”, las soluciones proporcionadas por el Derecho de seguros. En el contexto del Banco Mundial, se estableció la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (*Multilateral Investment Guarantee Agency - MIGA*), que asegura los riesgos no comerciales en relación con inversiones en países en vías de desarrollo, y debe incentivar la actividad inversora en estos países. Además, junto a los seguros privados, existen en algunos países industrializados sistemas de seguros estatales para las inversiones en el extranjero.
- 4 La noción de “inversión” debe concretarse en cada caso sobre la base de los textos legales aplicables. Claramente, las inversiones no se limitan al uso de capital para adquirir la propiedad de bienes muebles e inmuebles o de participaciones sociales. Por regla general, una inversión de capital se caracteriza por una cierta duración, una expectativa de rendimiento que coincida con la asunción de riesgos empresariales y una contribución al desarrollo económico del Estado de acogida. Esta concepción se ha recogido también en el laudo arbitral del asunto *Salini Costruttori*.⁸²

The doctrine generally considers that investment infers contributions of a certain duration, of performance of the contract and a participation in the risks of the transaction ... [and] the contribution to the economic development of the host State of the investment.

- 5 No obstante, el denominado *test Salini* no recoge los requisitos generales para que una inversión se encuentre protegida por el Derecho internacional público. Más bien, la definición tiene un carácter descriptivo y tipificador. El criterio decisivo es por tanto la noción de “inversión” que se utilice en el contexto del respectivo convenio internacional. Pueden darse casos en los que una inversión no implique que el inversor asuma el riesgo empresarial (por ejemplo, cuando la inversión se encuentra respaldada por bonos de Estado).

⁸¹ V. *infra*, tema 23, nota al margen 3.

⁸² *Salini Costruttori S. p. A. and Italstrade S. p. A. v. Kingdom of Morocco*, *ILM* 42/2003, pp. 609 y ss., n. marg. 52; Hoeckmann, B./Newfarmer, R.: “Preferential Trade Agreements, Investment Disciplines and Investment Flows”, *JWT* 39/2005, pp. 949 y ss.

En el asunto FEDAX N.V. v. República de Venezuela, el tribunal arbitral consideró que unas pretensiones de pago que se fundamentaban en flujos de capital a largo plazo (más precisamente, en la adquisición de bonos estatales), constituían una inversión en el sentido del Artículo 25.1 del Convenio del CIADI (que define el concepto de inversión de manera amplia).⁸³

La protección de las inversiones por el Derecho internacional público abarca tanto las inversiones directas como las inversiones de portafolio. A través de la inclusión de las inversiones de portafolio, la protección se extiende también a los accionistas minoritarios de sociedades de capital. Esto hace que la cuestión en torno a una posible protección diplomática por el Estado de origen de la sociedad afectada pierda relevancia.

La OCDE entabló negociaciones con Estados miembros y con terceros Estados respecto de la elaboración un Acuerdo Multilateral de Inversiones –AMI– (*Multilateral Agreement on Investment - MAI*). Existía unanimidad en torno a la adopción de un concepto amplio de las inversiones a proteger (incluyendo a participaciones en sociedades, derechos contractuales y propiedad intelectual). El nivel de protección frente a expropiaciones debía corresponderse con el recogido en los más recientes tratados bilaterales sobre protección de inversiones. El principio fundamental debía ser el de no discriminación (trato nacional y principio de la nación más favorecida). Este concepto debía también englobar la facilitación del acceso al mercado mediante la eliminación de obstáculos especiales para los inversores extranjeros. Debido a la insuperable contraposición de intereses (especialmente, respecto de las excepciones en el sector cultural o de la no aplicación del principio de no discriminación a favor de organizaciones de integración económica regional), el proyecto AMI, por lo pronto, ha fracasado.⁸⁴

2. Acuerdos bilaterales de protección de las inversiones y protección de inversiones en tratados de comercio

Bibliografía recomendada: Bischoff, J. A.: “Just a little bit of ‘mixity’? The EU’s role in the field of international investment protection law”, *Common market law review*, vol. 48, 2011, pp. 1527-1569; Dolzer, R., Schreuer, C.: *Principles of International Investment Law*, 2.ª ed., 2012; Dolzer, R., Stevens, M.: *Bilateral Investment Treaties*, 1995; Dolzer, R.: *Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Bilateral Investment Treaties*, 1995; Krajewski, M., Ceysens, J.: “Internationaler Investitionsschutz und innerstaatliche Regulierung”, *AVR* 45/2007, pp. 180 ss.; Neumayer, E., Spess, L.: “Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?”, *World Development*, 33/2005, pp. 1567 ss.; Salacuse, J. W.: *The Law of International Investment Treaties*, 2010;

⁸³ Respecto de la adquisición de bonos de Estado como inversión en el sentido del art. 25.1 del Convenio CIADI, v. CIADI, FEDAX N. V. v. Republic of Venezuela, Decision on Jurisdiction, *ILM*, 37/1998, pp. 1378 y ss., n. marg. 21 y ss.

⁸⁴ En el año 1998, cesaron las negociaciones (<http://wwwl.OECD.org/daf/mai/intro.htm>).

Sauvant, K. P., Sachs, L. (eds.): *The Effects of Treaties on Foreign Direct Investment*, 2009; Sornarajah, M.: "State Responsibility and Bilateral Investment Treaties", *JWT*, 20/1986, pp. 79 y ss.; Vandeveld, K.: *Investment Treaties: History, Policy and Interpretation*, 2010.

a) Consideraciones generales

- 7 Los tradicionales Tratados de amistad, comercio y navegación,⁸⁵ que los países industrializados occidentales celebraron con frecuencia en el pasado, suelen contener disposiciones sobre la admisión y la protección de las inversiones. Todavía hoy, las cláusulas de protección de este tipo de tratados juegan un papel importante para Estados Unidos y Japón. El Tribunal de arbitraje iraní-estadounidense de La Haya recurrió reiteradamente a las disposiciones del Tratado de amistad entre ambos Estados para juzgar las medidas expropiatorias contra ciudadanos y sociedades estadounidenses.⁸⁶

En el asunto ELSI, Estados Unidos basó su demanda por las medidas concursales adoptadas contra la filial italiana de una empresa estadounidense en el Tratado de amistad italo-estadounidense.⁸⁷ En este caso, la garantía del capital prevista convencionalmente se aplicó también a las participaciones (dominantes) en una sociedad extranjera, ampliándose así el campo de la protección diplomática por parte del Estado de origen del inversor.⁸⁸

- 8 Desde hace algunas décadas, se ha venido desarrollando otra modalidad de protección convencional de las inversiones. Se trata de convenios especiales de protección de inversiones, que ofrecen un mayor grado de precisión que los ya mencionados Tratados de amistad generales. Alemania y otros países industrializados han creado una amplia red de tratados bilaterales de este tipo, celebrados con países en vías de desarrollo y otros Estados.

Últimamente se ha celebrado una multitud de convenios de protección de inversiones, incluso entre países en vías de desarrollo. Actualmente existen casi 2700 tratados bilaterales de protección de inversiones.

Además, muchos convenios de comercio como el TLCAN contienen amplias disposiciones respecto de la protección de inversiones (capítulo XI). Chile ha celebrado un tratado de libre comercio con Estados Unidos cuyas disposiciones en materia de protección de inversiones son comparables a las del TLCAN.⁸⁹

Desde el Tratado de Lisboa, las competencias de la Unión Europea en materia de política comercial se extienden a la celebración de acuerdos en materia de inversiones extran-

⁸⁵ Blumenwitz, D.: "Treaties on Friendship, Commerce and Navigation", en *EPIL*, tomo IV, 2000, pp. 953 y ss.

⁸⁶ Al respecto, v. por ejemplo, Crook, J. R.: "Applicable Law in International Arbitration: The Iran-U. S. Claims Tribunal Experience", *AJIL*, 83/1989, pp. 278 y ss., esp. pp. 300 y ss. (y las referencias aquí incluidas).

⁸⁷ *ICJ Reports*, 1989, pp. 15 y ss.

⁸⁸ *V. supra*, tema 6, nota al margen 4.

⁸⁹ Biggs, G.: "The Latin American Treatment of International Arbitration and Foreign Investments and the Chile-U. S. Free Trade Agreement", *ICSID Review*, 19/2004, pp. 61 y ss.

teras directas (Artículo 207. 1, primera frase, del TFUE).⁹⁰ En este contexto, deben tenerse en cuenta las competencias residuales de los Estados miembros en materia de inversiones de portafolio.⁹¹ La continuación de los preexistentes acuerdos de protección de inversiones de los Estados miembros de la Unión Europea es problemática.⁹²

Un gran número de Estados de Latinoamérica ha superado su tradicional aversión frente a la garantía convencional de las inversiones extranjeras y ha concluido tratados de protección de inversiones con Alemania, los Estados Unidos, España y otros Estados. En ocasiones aisladas rebrotan actitudes hostiles ancladas en una concepción del Derecho internacional público propia del siglo XIX (la doctrina Calvo),⁹³ lo que produce efectos negativos en la dura competencia por atraer inversiones extranjeras.⁹⁴ Algunos países de América Latina (Bolivia, Ecuador, Venezuela) han denunciado tratados de protección de inversiones o el Convenio del CIADI, y han insistido en la renegociación de contratos de concesión celebrados con inversores extranjeros. Efectivamente, en muchas ocasiones, la renegociación es una mejor alternativa para los inversores extranjeros que un procedimiento arbitral por incumplimiento del contrato.

Los tratados de protección de inversiones de algunos países industrializados, como Alemania y Estados Unidos, se basan en tratados modelo.⁹⁵ Así, los Tratados de protección de inversiones de Alemania contienen, junto a un mandato general para favorecer la ad-

⁹⁰ Al respecto, v. Terhechte, J.: "Art. 351 AEUV, das Loyalitätsgebot und die Zukunft mitgliedstaatlicher Investitionsschutzverträge nach Lissabon", *EuR*, 2010, pp. 517 y ss.

⁹¹ Comisión Europea, "Hacia una política global europea en materia de inversión internacional", *COM* (2010) 343 final.

⁹² Un proyecto de la Comisión Europea para la elaboración de un Reglamento de la Unión Europea (2010/0197 [COD]) prevé una facultad general de los Estados miembros de continuar sus convenios bilaterales de protección de inversiones, pero le atribuye a la Comisión Europea el derecho de revocarlos bajo ciertas condiciones. Con respecto a la primacía de acuerdos de protección de inversiones celebrados antes de la adhesión a la Unión Europea frente a disposiciones contrarias en el Derecho de la Unión Europea (art. 351. 1 TFUE), y el deber de los Estados miembros de tomar medidas para eliminar incompatibilidades (art. 351. 2 TFUE), v. sent. TJUE, As. C-264/09, *Comisión/ República Eslovaca*, *Rec.* 2011, t. I.

⁹³ V. *supra*, tema 6, nota al margen 4, y tema 23, nota al margen 1.

⁹⁴ V. por ejemplo, el art. 301 de la Constitución de la República bolivariana de Venezuela de 1999: "El Estado se reserva el uso de la política comercial para defender las actividades económicas de las empresas nacionales públicas y privadas. No se podrá otorgar a empresas y organismos o personas extranjeros regímenes más beneficiosos que los establecidos para los nacionales. La inversión extranjera está sujeta a las mismas condiciones que la inversión nacional". Los decretos bolivianos para nacionalizar la industria del gas están recogidos en *ILM*, 45/2006, pp. 1018 y ss. Al respecto v. también el art. 422 de la Constitución boliviana así como Fach Gómez, K.: "Latin America and ICSID: David versus Goliath?", *Law and Business Review of the Americas* 17 /2011, pp. 195y ss.

⁹⁵ Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, *Tratado modelo de Alemania relativo al fomento y la protección mutua de inversiones de capital*, 2009. Para un ejemplo, v. el Tratado entre la República Federal de Alemania e Indonesia relativo al fomento y la protección mutua de inversiones de capital, *Bundesgesetzblatt*. 2005, serie II, pp. 514 y ss.; *US Model Bilateral Investment Treaty* de 2004, http://www.ustr.gov/assets/Trade_Sectors/Investment/Model_BIT/asset_upload_file847_6897.pdf; un ejemplo muy cercano a este Tratado modelo es el Tratado de protección de inversiones entre los Estados Unidos y Uruguay, *ILM*, 44/2005, pp. 268 y ss. Sobre el Tratado modelo estadounidense, v. Kantor, M.: "The New Draft Model BIT: Noteworthy Developments", *Journal of International Arbitration*, 21/2004, pp. 383 y ss.

misión y tratamiento de inversiones patrimoniales y empresas (Artículo 2.1 del Tratado modelo), una prohibición general de discriminación frente a los nacionales y una cláusula de nación más favorecida (artículo 3.1 y 3.2). Reglas similares se encuentran también en tratados de protección de inversiones de otros países.

Una cláusula estándar garantiza la “protección y seguridad plenas” (*full protection and security*) de las inversiones.⁹⁶ La garantía de un trato “justo y equitativo” (*fair and equitable treatment*) juega un papel extremadamente importante.⁹⁷ Finalmente, las reglas sobre la expropiación y el estándar de indemnización tienen también una relevancia clave.⁹⁸

Muchos tratados de protección de inversiones protegen sólo a las inversiones ya realizadas y remiten al Derecho del Estado de acogida respecto de la admisibilidad de inversiones nuevas (modelo *post-establishment*).⁹⁹ Por el contrario, los tratados modelo de Estados Unidos, Canadá y Japón (entre otros) también desean asegurar el acceso al mercado en condiciones de trato nacional y trato de nación más favorecida (modelo *pre-entry*).¹⁰⁰ Pero hasta en los tratados que conceden un acceso no discriminatorio al mercado, suelen encontrarse restricciones más o menos amplias en cuanto al alcance de la apertura de los mercados a inversores extranjeros. Dichos tratados, bien enumeran los sectores abiertos (sistema de la “lista positiva”), o bien enumeran determinados sectores que quedan excluidos del acceso al mercado (sistema de “lista negativa”).

b) **Ámbito personal de protección**

- 10 Los convenios de protección de inversiones se aplican, en primer lugar, a personas naturales y jurídicas que tienen la nacionalidad de un Estado parte del convenio y realizan inversiones en otro Estado parte. En segundo lugar, el ámbito de protección de dichos convenios suele extenderse también a personas de un Estado parte que realizan inversiones en el Estado de acogida mediante una sociedad filial controlada por ellas, bajo la condición de que estas filiales se hayan establecido con base en el Derecho del otro Estado parte o que tengan su sede social allí. En términos de técnicas de reglamentación, dicha protección se extiende:

- a través de una amplia definición de las personas protegidas, incluyendo entre los inversores protegidos a personas jurídicas directa o indirectamente contro-

⁹⁶ V., por ejemplo, el art. 4.1 del Tratado modelo de la República Federal de Alemania y el art. 5.1 del Tratado modelo de los Estados Unidos (v. *supra*, nota anterior).

⁹⁷ V., por ejemplo, el art. 2.2 del Tratado modelo de la República Federal de Alemania y el art. 5.2 del Tratado modelo de los Estados Unidos.

⁹⁸ V., por ejemplo, el art. 4.2 del Tratado modelo de la República Federal de Alemania y el art. 6 del Tratado modelo de los Estados Unidos.

⁹⁹ V., por ejemplo, el art. 2.1 del Tratado modelo de la República Federal de Alemania: “*Each Contracting State shall in its territory promote as far as possible investments by investors of the other Contracting State and admit such investments in accordance with its legislation*”.

¹⁰⁰ V., por ejemplo, el art. 3.1 del Tratado modelo de los Estados Unidos.

ladas por un inversor de un Estado parte y que poseen la nacionalidad del otro Estado parte (el Estado de acogida),¹⁰¹ o

- a través una amplia definición de las inversiones protegidas, incluyendo a inversiones en un Estado parte controladas por un inversor de otro Estado parte en su capacidad de socio o accionista.¹⁰²

Según el Artículo 25.2, letra b, del Convenio del CIADI, una persona jurídica que tiene la nacionalidad del Estado de acogida, pero está efectivamente controlada por nacionales de otro Estado, se considera como nacional del otro Estado si las partes de una diferencia hubieren acordado atribuirle tal carácter. En este sentido, el control sobre una sociedad con la nacionalidad del Estado de acogida por inversores de otro Estado parte conlleva la aplicabilidad del Convenio a dicha sociedad:

Se entenderá como ‘nacional de otro Estado contratante’ [...]:

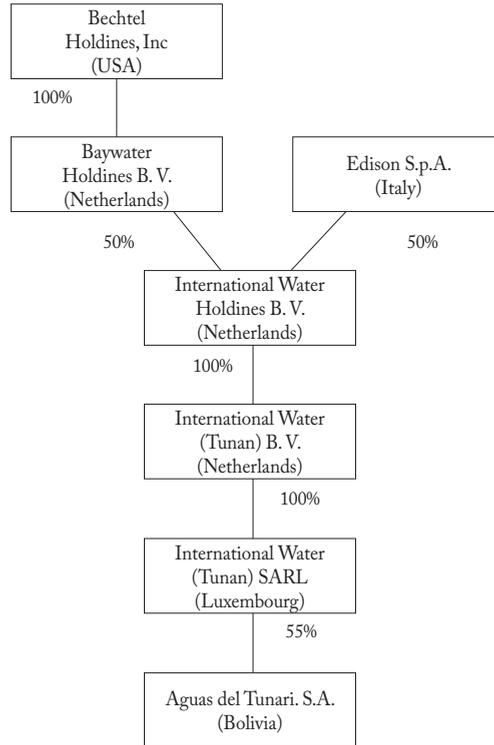
(b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometida a control extranjero.

Donde existen participaciones sociales de varios niveles, se plantean interesantes opciones de configuración en caso de que un convenio de protección de inversiones proteja también inversiones realizadas por una sociedad establecida en el Estado de acogida y sometida al control “indirecto” de un nacional de un Estado parte. Por un lado, es posible entrar en el disfrute de la protección de inversiones a través de la nacionalidad de la sociedad madre (*Muttergesellschaft*) que controla al inversor inmediato (la “sociedad nieta” – *Enkelunternehmen*) mediante una filial. Por otro lado, en cuanto a inversores del mismo Estado de acogida o de países terceros no firmantes del convenio de inversiones, éstos pueden, con frecuencia, beneficiarse de la protección concedida por el convenio si establecen una sociedad en un Estado extranjero que cuente con un convenio de protección de inversiones con el Estado de acogida. En este caso, la protección por el Tratado es resultado de que la filial tenga la nacionalidad de un Estado parte. A través de ciertas construcciones de Derecho de sociedades es posible obtener acceso a un determinado convenio de inversiones (*treaty shopping*).

¹⁰¹ V. CIADI, *Aguas del Tunari, S. A. v. Republic of Bolivia*, Case No. ARB/02/3 (2005), *ICSID Review*, 20/2005, pp. 450 y ss.

¹⁰² V. CIADI, *Siemens AG v. Argentine Republic*, Case No. ARB/02/8, *Decision on Jurisdiction* (2004). *ILM*, 44 /2005, pp. 138 y ss.

El asunto *Aguas del Tunari S. v. Republic of Bolivia* es ilustrativo en este sentido.¹⁰³ En este caso, la inversora inmediata, una sociedad boliviana, estaba sometido al control indirecto (a través de sociedades intermediarias) de una sociedad holandesa. Por encima de ésta, en la pirámide control, se encontraba otra sociedad holandesa, sujeta a su vez al control de una empresa estadounidense y de una empresa italiana.



Relaciones de control en el asunto *Aguas del Tunari S. v. Republic of Bolivia*, Case No. ARB/02/3 (2005), en el laudo arbitral no. 318 del CIADI.

La sociedad boliviana (la inversora inmediata) hizo valer el tratado de protección entre Bolivia y los Países Bajos. Según este tratado, una persona jurídica del Estado de acogida controlada directa o indirectamente por un nacional del otro Estado parte se considera nacional de éste. El tribunal arbitral aceptó este planteamiento, considerando que el control de la sociedad boliviana por parte de la sociedad neerlandesa era suficiente:

The Tribunal, by majority, concludes that the phrase 'controlled directly or indirectly' means that one entity may be said to control another entity (either directly, that is

¹⁰³ ICSID, *Aguas del Tunari S. v. Republic of Bolivia*, Case No. ARB/02/3 (2005), *ICSID Review*, 20/2005, pp. 450 y ss.

without an intermediary entity, or indirectly) if that entity possesses the legal capacity to control the other entity. Subject to evidence of particular restrictions on the exercise of voting rights, such legal capacity is to be ascertained with reference to the percentage of shares held. In the case of a minority shareholder, the legal capacity to control an entity may exist by reason of the percentage of shares held, legal rights conveyed in instruments or agreements such as the articles of incorporation or shareholders' agreements, or a combination of these. In the tribunal's view, the BIT does not require actual day-to-day or ultimate control as part of the 'controlled directly or indirectly' requirement contained in Article 1(b) (iii). The tribunal observes that it is not charged with determining all forms which control might take. It is the Tribunal's conclusion, by majority, that, in the circumstances of this case, where an entity has both majority shareholdings and ownership of a majority voting rights, control as embodied in the operative phrase 'controlled directly or indirectly' exists (par. 264).

Algunos tratados efectúan una restricción del ámbito personal a través de una denominada cláusula de “denegación de beneficios” (*denial of benefits*). Según esta cláusula, se puede denegar la protección convencional a una sociedad controlada por nacionales de otro Estado parte, o de un tercer Estado, cuando dicha sociedad no haya desplegado actividades comerciales sustanciales en su Estado de constitución.¹⁰⁴

En el caso de participaciones intrínsecamente relacionadas, se plantea la pregunta de en qué medida las sociedades controladas por nacionales del Estado de acogida podrán disfrutar de la protección concedida por el tratado (de la que se beneficiarían, a fin de cuentas, dichos nacionales del Estado de acogida). La respuesta a esta pregunta depende, en lo esencial, del ámbito de protección que establezca el tratado en cuestión.

En el asunto Yukos (*Yukos Universal Ltd. v. Rusia*), unas sociedades constituidas con arreglo a los Derechos de Malta y Chipre, accionistas de la sociedad Yukos (en aquel entonces, la mayor empresa petrolera de Rusia), incoaron un procedimiento arbitral contra Rusia con base en el Tratado sobre la Carta Europea de la Energía. El objeto de la demanda fueron las medidas de Rusia contra Yukos que, al final, llevaron al colapso de dicha empresa. Rusia se opuso a la competencia del tribunal arbitral, alegando que las sociedades demandantes, a la vista de su control por nacionales rusos, constituían meras “sociedades pantalla” (*shell companies*). Las inversiones protegidas por el Artículo 1.6 del Tratado sobre la Carta Europea de la Energía abarcan, de la manera más amplia posible, las participaciones en el capital de una sociedad. El Tratado no prevé requerimientos más específicos en cuanto a quién controla el inversor extranjero (en este caso, las sociedades constituidas en Malta y Chipre). Con base en este argumento, el tribunal arbitral afirmó su competencia.¹⁰⁵

¹⁰⁴ V., por ejemplo, el art. 17. 1 de. Tratado sobre la Carta Europea de la Energía, y art. 17. 2 del Tratado modelo de los Estados Unidos (*supra*, nota 1051).

¹⁰⁵ V. la sentencia arbitral en el asunto Yukos Universal Ltd. c. Rusia, Interim award on jurisdiction and admissibility vom 30. November 2009, PCA Case No. AA 227, <http://www.encharter.org>

c) Inversiones protegidas

- 11 La práctica convencional moderna define las inversiones protegidas de manera muy amplia. Así, la noción de “inversión” protegida que se emplea en el Tratado modelo alemán de 2009 abarca:

every kind of asset which is directly or indirectly invested by investors of one Contracting State in the territory of the other Contracting State. the investments include in particular:

- a) movable and immovable property as well as any other rights in rem, such as mortgages, liens and pledges;*
- b) shares of companies and other kinds of interest in companies;*
- c) claims to money which has been used to create an economic value or claims to any performance having an economic value,*
- d) intellectual property rights, in particular copyrights and related rights, patents, utility-model patents, industrial designs, trademarks, plant variety rights;*
- e) trade-names, trade and business secrets, technical processes, know-how and goodwill;*
- f) business concessions under public law, including concessions to search for, extract or exploit natural resources...*

Adicionalmente, el Tratado modelo alemán establece que:

...any alteration of the form in which assets are invested shall not affect their classification as investment. In the case of indirect investments, in principle only those indirect investments shall be covered which the investor realizes via a company situated in the other Contracting State (...) (artículo 1.1).

Por regla general, la inclusión de participaciones accionarias protege también a accionistas minoritarios y a otros propietarios de participaciones sin influencia determinante.

Como se puede apreciar en la sentencia arbitral en el asunto *CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic*,¹⁰⁶ no importa, en principio, quién ejerce el control:

There is indeed no requirement that an investment, in order to qualify, must necessarily be made by shareholders controlling a company or owning the majority of its shares. It is well known incidentally that, depending on how shares are distributed, controlling shareholders can in fact own less than the majority of shares (núm. 51).

¹⁰⁶ CIADI, *CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic*, Case No. ARB/01/8, Decision on Jurisdiction, *ILM* 42/2003, pp. 788 y ss.

La noción de participaciones sociales en el Tratado modelo alemán (artículo 1 núm. 1, letra b) también incluye meras inversiones de portafolio.

Por el contrario, algunos tratados limitan la protección a inversiones directas.

Así, el Tratado de protección de inversiones entre Alemania y la República Popular China,¹⁰⁷ protege solamente inversiones que se realicen “para crear relaciones económicas duraderas con respecto a empresas, en particular, las que faciliten una influencia efectiva sobre la dirección de las empresas” (Nota Protocolaria al artículo 1).

En principio, los bonos y empréstitos estatales deberían también considerarse incluidos en el ámbito de los tratados de protección de las inversiones.¹⁰⁸

La protección de accionistas y otros propietarios de participaciones sociales no se limita a su posición como tales, según el Derecho de sociedades. La protección de accionistas se extiende también a medidas contra una sociedad que reducen el valor de la misma, afectándoles de manera indirecta.¹⁰⁹

La mayoría de los tratados recientes de protección de inversiones extiende su ámbito de inversiones protegidas también a derechos contractuales referidos al pago de determinadas sumas de dinero u a otros derechos que tienen algún valor económico.¹¹⁰ De esta forma, los bonos estatales se incluyen también entre las inversiones protegidas. En este sentido, el tribunal arbitral en el asunto *Abaclat v. The Argentine Republic*¹¹¹ calificó de inversión, en términos del tratado de protección de inversiones entre Argentina y los Estados Unidos, la adquisición de bonos estatales argentinos, remitiéndose para ello al artículo 1. 1, letra c, del tratado: “*obligations, private or public titles or any other right to performances or services having economic value, including capitalized revenues*”.

El tribunal arbitral también puso énfasis en el amplio ámbito de aplicación de este precepto:

It is true that the term ‘obligations’ is a broad term and can refer to any kind of contractual obligation, i.e., debt, and it is also true that the term ‘title’ is also very broad. However, put in the context of the further terms listed in lit. (c) such as ‘economic value’ or ‘capitalized revenue’ as well as considering that lit. (f) already deals with the more general concept of ‘any right of economic nature,’ lit. (c) is to be read as referring to the financial meaning of these terms. Thus, the term ‘obligation’ may be understood as referring to an economic value incorporated into a credit title representing a loan. This

¹⁰⁷ *Bundesgesetzblatt*, serie II, 2005, pp. 732 y ss.

¹⁰⁸ Para la clasificación de bonos de Estado como inversiones en el sentido del art. 25. 1 del Convenio CIADI, v. CIADI, FEDAX N. V. v. Republic of Venezuela, Decision on Jurisdiction, *ILM*, 37/1998, pp. 1378 ss., n. marg. 29.

¹⁰⁹ CIADI, CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic, Case No. ARB/01/8, Decision on Jurisdiction, *ILM* 42/2003, pp. 788 y ss., n. marg. 59, 66 y ss.; CIADI, Siemens AG v. Argentine Republic, Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction (2004), *ILM* 44/2005; pp. 138 y ss., n. marg. 142.

¹¹⁰ Con respecto a bonos estatales como inversiones en términos del art. 25. 1 del Convenio del CIADI, v. ICSID, FEDAX N. V. v. Republic of Venezuela, Decision on Jurisdiction, *ILM*, 37/1998, pp. 1378 y ss., n. marg. 29.

¹¹¹ CIADI, *Abaclat and Others v. The Argentine Republic*, Case No. ARB/07/5 (2011).

*kind of obligations would in the English language more commonly be called 'bond,' rather than 'obligation.' Similarly, the term 'title' in Spanish and Italian would be more accurately translated into the English term of 'security,' which means nothing more than a fungible, negotiable instrument representing financial value.*¹¹²

- 12 Según la práctica reciente de los tribunales arbitrales, los derechos adquiridos por medio de actos de corrupción no gozan generalmente de ninguna protección.¹¹³ Además, algunos tratados de protección de inversiones limitan la protección a inversiones realizadas de conformidad con los preceptos del Derecho nacional (cláusulas de conformidad). También por esta vía es posible excluir pretensiones adquiridas mediante actos de corrupción o de otra forma ilegal.¹¹⁴

El tribunal arbitral de CIADI en el asunto *Fraport AG Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines* hizo unas declaraciones fundamentales sobre el cumplimiento de las leyes del Estado de acogida. Aunque el laudo fue anulado más tarde por razones procesales, estas declaraciones siguen siendo de gran interés.

Aquí, una empresa alemana reclamó una compensación financiera por la frustración de sus inversiones en el contexto de la construcción de un aeropuerto. La demanda de Fraport ante el tribunal arbitral de CIADI no tuvo éxito, porque el Tratado filipino-alemán de protección de inversiones sólo protegía aquellas admisibles con arreglo a las leyes y otras reglamentaciones de los Estados parte (artículo 1.1). Fraport había adquirido participaciones en la sociedad a la que el gobierno filipino había otorgado la concesión para la construcción y operación de un aeropuerto. En este contexto, de acuerdo a las (controvertidas) constataciones en la sentencia arbitral (que entre tanto ha sido anulada), Fraport habría desatendido intencionalmente las restricciones aplicables a las participaciones extranjeras, adquiriendo el control sobre la concesionaria filipina mediante acuerdos secretos. Por consiguiente, el tribunal arbitral negó la existencia de una inversión protegida por el tratado y, finalmente, subrayó las obligaciones recíprocas de transparencia del Estado de acogida y del inversor.¹¹⁵

As for policy, BITs oblige governments of conduct their relations with foreign investors in a transparent fashion. Some reciprocal, if not identical, obligations lie on the foreign investor. One of those is the obligation to make the investment in accordance with the host state's law. It is arguable that even an investment which is not made in accordance with host state law may import economic value to the host state. But that

¹¹² CIADI, *Abaclat and Others v. The Argentine Republic*, Case No. ARB/07/5 (2011), n. marg. 355.

¹¹³ CIADI, *World Duty Free Co. Ltd. v. Kenia*, Case No. ARB/00/7, *ILM*, 46/2007, pp. 339 y ss.

¹¹⁴ CIADI, *Inceysa Vallisoletana S. L. v. Republic of El Salvador*, Case No. ARB/03/26, Decision on Jurisdiction (2006).

¹¹⁵ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, Case No. ARB/03/25, n. marg. 300 y ss. Entre tanto, esta sentencia arbitral ha sido anulada por un Comité *ad hoc* de revisión por razones de Derecho procesal (violación del derecho a una audiencia imparcial). No obstante, las afirmaciones fundamentales de la sentencia arbitral respecto de la finalidad de la protección de las inversiones siguen teniendo interés.

is not the only goal of this sector of international law. Respect for the integrity of the law of the host state is also a critical part of development and a concern of international investment law. That said, the Tribunal's decision in this matter does not rest on policy. It is the language of the BIT which is dispositive and it is unequivocal in this matter (núm. 402).

En el asunto *Alasdair Ross Anderson and Others v. Republic of Costa Rica*,¹¹⁶ un tribunal arbitral de CIADI denegó la protección convencional a unas inversiones en forma de participación en un proyecto estructurado como un “sistema de bola de nieve” (*Schneeballsystem*). El tribunal fundamentó su decisión en una cláusula de conformidad, teniendo en cuenta que el Derecho del Estado de acogida prohibía empresas de este tipo. Al respecto, el tribunal enfatizó el deber del inversor de aplicar la diligencia debida (*due diligence*), para asegurarse de que el uso del capital sea conforme al orden jurídico del Estado de acogida.¹¹⁷

En el caso de infracciones del Derecho nacional por parte de órganos del propio Estado de acogida (por ejemplo, en la celebración de acuerdos de concesión), éste generalmente pierde el derecho a alegar el desacato de su orden jurídico por parte del inversor.¹¹⁸ Si el inversor comete infracciones menores del Derecho nacional, con carácter más bien técnico, tampoco pierde sin más la protección convencional.¹¹⁹

Existe una controversia en torno a la cuestión de si una infracción relevante del ordenamiento jurídico del Estado de acogida hace que una demanda interpuesta por el inversor sea inadmisibile y que el tribunal arbitral no tenga competencia, o si, por el contrario, es una cuestión que debe examinarse al evaluar el fondo del asunto. En la práctica reciente de los tribunales arbitrales, se aprecia una tendencia a considerar que las infracciones al Derecho del Estado de acogida en materia de cláusulas de conformidad inciden en la competencia del tribunal arbitral.¹²⁰

d) “Cláusula paraguas” (*umbrella clause*)

Bibliografía recomendada: Dolzer, R., Schreuer, C.: “Schirmklauseln in Investitionsschutzverträgen”, en: AA. VV.: *Festschrift für Christian Tomuschat: Common Values in International Law*, 2006, pp. 281 ss.; Shany, Y.: “Contract Claims vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts Between ICSID Decisions on Multisourced Investment Claims”, *AJIL* 99/2005, pp. 835 ss.

¹¹⁶ CIADI, *Alasdair Ross Anderson and Others v. Republic of Costa Rica*, Case No. ARB(AF)/07/3.

¹¹⁷ CIADI, *Alasdair Ross Anderson and Others v. Republic of Costa Rica*, Case No. ARB(AF)/07/3, n. marg. 58.

¹¹⁸ CIADI, *Kardassopoulos v. Georgia*, Case No. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction (2007), n. marg. 182

¹¹⁹ CIADI, *Tokio Tokelés v. Ukraine*, Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction (2004), n. marg. 183

¹²⁰ CIADI, *Alasdair Ross Anderson and Others v. Republic of Costa Rica*, Case No. ARB(AF)/07/3, n. marg. 47, 59.

- 13 Los tratados bilaterales de protección de inversiones a menudo contienen una denominada “cláusula paraguas” (*umbrella clause*¹²¹), según la cual las partes tienen que cumplir los compromisos que hayan contraído fuera del tratado con inversores individuales. El significado de tales cláusulas es extremadamente controvertido. La práctica reciente de los tribunales arbitrales da muestras de un amplio espectro de opiniones, explicándose éste no sólo por la formulación de las cláusulas específicas, sino también por una incertidumbre fundamental sobre su significado. Según la opinión prevalente durante mucho tiempo y reafirmada en varios fallos recientes, una cláusula paraguas eleva a cualquier pacto entre el inversor y el Estado de acogida al rango de una obligación de Derecho internacional público, con la consecuencia de que cada incumplimiento del pacto constituye una vulneración del Derecho internacional público.¹²² El laudo arbitral en el asunto *SGS v. Republic of Pakistan (Decision on Jurisdiction)*¹²³ se apartó de esta opinión, creando un cierto nivel de inseguridad. Por otro lado, varias decisiones arbitrales se han mostrado inclinadas a atribuir a las cláusulas paraguas un perfil obligacional de Derecho internacional público que cuenta con características propias. Según esta teoría, es posible que la vulneración de compromisos contractuales y de otro tipo de obligaciones del Estado de acogida constituya una vulneración tanto del Derecho nacional como del tratado de protección de inversiones.¹²⁴ Sin embargo, conviene examinar en cada caso si la competencia acordada a los tribunales nacionales o a otro foro específico cubre también la vulneración de obligaciones basadas en el Derecho nacional.¹²⁵ Los compromisos del Estado de acogida, que

¹²¹ V. por ejemplo, el art. 7.2 del Tratado modelo de la República Federal de Alemania (*supra*, nota 1051): “(2) *Each Contracting State shall fulfil any other obligations it may have entered into with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting State*”.

¹²² No obstante, volvió a juzgar en este sentido favorable al inversor el tribunal arbitral en el asunto *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, Case No. ARB/01/11 (Award) 2005, n. marg. 46 y ss. Respecto del art. II (2), letra c, del Tratado de protección de inversiones entre los Estados Unidos y Rumania, v. n. marg. 51: “*Considering that Art. II (2)(c) BIT uses the term ‘shall’ and that it forms part of the Article which provides for the major substantial obligations undertaken by the parties, there can be no doubt that the Article was intended to create obligations, and obviously obligations beyond those specified in other provisions of the BIT itself. Since States usually do not conclude, with reference to specific investments, special international agreements in addition to existing bilateral investment treaties, it is difficult to understand the notion ‘obligation’ as referring to obligations undertaken under other ‘international’ agreements. And given that such agreements, if concluded, would also be subject to the general principle of pacta sunt servanda, there would certainly be no need for a clause of that kind*”.

¹²³ V. CIADI, *SGS v. Republic of Pakistan*, Case No. ARB/01/13, Decision on Jurisdiction, *ILM*, 42/2003, pp. 1290 y ss., n. marg. 172.

¹²⁴ Según una opinión ampliamente difundida, el desacato a acuerdos entre el inversor extranjero y el Estado de acogida que están sometidas al Derecho nacional, pueden constituir una violación de la “cláusula paraguas”, v. CIADI, *SGS v. Republic of the Philippines*, Case No. ARB/02/6, n. marg. 127: “*To summarize, for present purposes Article X(2) includes commitments or obligations arising under contracts entered into by the host State. The basic obligation on the State in this case is the obligation to pay what is due under the contract, which is an obligation assumed with regard to the specific investment (the performance of services under the CISS Agreement). But this obligation does not mean that the determination of how much money the Philippines is obliged to pay becomes a treaty matter. The extent of the obligation is still governed by the contract, and it can only be determined by reference to the terms of the contract*”.

¹²⁵ CIADI, *SGS v. Republic of the Philippines*, Case No. ARB/02/6, n. marg. 128: “*To summarize the Tribunal’s conclusions on this point, Article X(2) makes it a breach of the BIT for the host State to fail to observe binding commitments, including contractual commitments, which it has assumed with regard to specific investments. But it does not convert the*

definen la base y el valor de la inversión, deberían poder alcanzar eficacia internacional-publicista a través de una cláusula paraguas. Contra una opinión ampliamente difundida, cabe afirmar que la protección concedida por una cláusula paraguas no solamente abarca las intervenciones soberanas en derechos del inversor, sino que también abarca el mero impago u otro incumplimiento de obligaciones contractuales. Sin embargo, la práctica de los tribunales arbitrales todavía está precisando las condiciones en las que una cláusula paraguas cubre los compromisos que el Estado de acogida haya contraído conforme a su Derecho nacional.¹²⁶

e) Principio de trato justo y equitativo (*fair and equitable treatment*)

Bibliografía recomendada: Dolzer, R.: “Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties”, *The International Lawyer* 39/2005, pp. 87 ss.; Yannaca-Small, C.: “Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law”, *OCDE Working Paper on International Investment* 3/ 2004, Kläger, R.: *Fair and Equitable Treatment in International Law*, 2010; Orakhelashvili, A.: “The Normative Basis of ‘Fair and Equitable Treatment’: General International Law on Foreign Investment?”, *AVR* 46/2008, pp. 74 ss.; Tudor, I.: *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, 2008.

Una garantía fundamental en la práctica moderna de la protección convencional de las inversiones se refiere al trato justo y equitativo (*fair and equitable treatment*) de las inversiones en el territorio del Estado de acogida.¹²⁷ En su esencia, esta garantía es idéntica al estándar mínimo del Derecho internacional consuetudinario aplicable a todos los Estados en materia de trato de extranjeros.¹²⁸ La formulación clásica de este estándar

issue of the extent or content of such obligations into an issue of international law. That issue (in the present case, the issue of how much is payable for services provided under the CISS Agreement) is still governed by the investment agreement. In the absence of other factors it could be decided by a tribunal constituted pursuant to Article VIII(2). The proper law of the CISS Agreement is the law of the Philippines, which in any event this Tribunal is directed to apply by Article 42(1) of the CIADI Convention. On the other hand, if some other court or tribunal has exclusive jurisdiction over the Agreement, the position may be different.”

¹²⁶ Respecto de la estabilización de rendimientos para proteger al inversor de una pérdida del valor externo de la moneda doméstica, v., por un lado, CIADI, CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic, Case No. ARB/01/8, *ILM*, 44/2005, pp. 1205 y ss., n. marg. 269 y ss. Por otro lado, v. la anulación parcial de esta sentencia arbitral por el Comité de revisión (*Ad Hoc Committee*), *ILM*, 46/2007, pp. 1136 ss., n. marg. 86 y ss.

¹²⁷ V. por ejemplo, art. 2.2 del Tratado modelo de la República Federal de Alemania y art. 5.1 del Tratado modelo de los Estados Unidos (*supra*, nota 1051); art. 4. 1 del Tratado de protección de inversiones entre España y México; y art. 1105.1 del NAFTA.

¹²⁸ V. la sentencia arbitral bajo el NAFTA en el procedimiento S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, *ILM*, 40/2001, pp. 1408 y ss., n. marg. 262 ss. La sentencia arbitral del CIADI (Additional Facility) en el asunto Waste Management, Inc. v. United Mexican States, Case No. ARB(AF)/98/2, *ILM*, 43/2004, pp. 9 y ss., n. marg. 98 establece lo siguiente respecto del estándar mínimo a la luz de la jurisprudencia arbitral hasta la fecha: “*The minimum standard of treatment of fair and equitable treatment is infringed by conduct attributable to the State and harmful to the claimant if the conduct is arbitrary, grossly unfair, unjust or idiosyncratic, is discriminatory and exposes the claimant to sectional or racial prejudice, or involves a lack of due process leading to an outcome which offends judicial propriety – as might be the case with a*

mínimo es la recogida en el laudo arbitral del asunto *Neer Claim* en 1926.¹²⁹ De acuerdo con ella, una violación (de mala fe - *bad faith*) de aquel estándar mínimo presupone un comportamiento arbitrario, indignante y malévolo, o un incumplimiento grosero de los deberes de diligencia.

Existe una gran conexión entre el estándar del “trato justo y equitativo” (*fair and equitable treatment*) y la garantía de “protección y seguridad completas” (*full protection and security*) que tiene sus raíces en la práctica convencional de Estados Unidos, y con la que se pretende sobre todo proteger frente a intromisiones físicas.

En una declaración formal acerca de la interpretación del deber de “trato justo y equitativo” en el sentido del Artículo 1105.1 del TLCAN, la Comisión de Libre Comercio del TLCAN ha equiparado este deber al estándar mínimo del Derecho internacional consuetudinario para el trato de extranjeros, resaltando que de éste no se pueden derivar obligaciones ulteriores del Estado de acogida frente a inversores extranjeros.

En la más reciente práctica convencional de los Estados Unidos,¹³⁰ y de Canadá, en materia de protección de inversiones, los dos estándares se consideran idénticos. Con esta identificación, se aspira no sólo a una restricción de la protección convencional de las inversiones, sino también a fomentar una evolución dinámica de los estándares de Derecho internacional consuetudinario con miras a ajustarlos a las necesidades modernas de protección de las inversiones. Así, es ampliamente reconocido que durante el siglo pasado los requisitos que conforman el estándar mínimo se han vuelto más sutiles y más estrictos. Se discute en este contexto si lo que ha evolucionado son los estándares abstractos, o si la concreción de los parámetros tradicionales es solamente expresión de una mayor sensibilidad en comparación con tiempos anteriores.

El tribunal arbitral en el asunto *Mondev v. United States of America*¹³¹ se mostró partidario, en el marco del TLCAN, de una ampliación de los estándares mínimos en

manifest failure of natural justice in judicial proceedings or a complete lack of transparency and candour in an administrative process. In applying this standard it is relevant that the treatment is in breach of representations made by the host State which were reasonably relied on by the claimant”.

¹²⁹ US-Mexican General Claims Commission, *United States v. Mexico*, *RIAA*, 4/1926, p. 60; al respecto, v. también *supra*, tema 6, nota al margen 4.

¹³⁰ V. art. 5.1 y 5.2 del Tratado modelo de protección de inversiones bilaterales (*supra*, nota 1051):

“Article 5: Minimum Standard of Treatment

1. Each Party shall accord to covered investments treatment in accordance with customary international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.

2. For greater certainty, paragraph 1 prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to covered investments. The concepts of ‘fair and equitable treatment’ and ‘full protection and security’ do not require treatment in addition to or beyond that which is required by that standard, and do not create additional substantive rights. The obligation in paragraph 1 to provide:

(a) ‘Fair and equitable treatment’ includes the obligation not to deny justice in criminal, civil, or administrative adjudicatory proceedings in accordance with the principle of due process embodied in the principal legal systems of the world; and

(b) ‘full protection and security’ requires each Party to provide the level of police protection required under customary international law”.

¹³¹ CIADI, *Mondev International Ltd. v. United States of America*, *ILM*, 42/2003, pp. 85 y ss.; v. también *supra*, tema 6, nota al margen 4.

materia de derechos sustantivos y procesales de los individuos, partiendo de una noción de trato injusto que fuese menos estricta que la de trato indignante. De acuerdo con ese tribunal, un trato injusto no presupone una intención malévolamente del Estado de acogida: “*To the modern eye, what is unfair or inequitable need not equate with the outrageous or the egregious. In particular, a State may treat foreign investment unfairly and inequitably without necessarily acting in bad faith (para 116)*”.

Por el contrario, el tribunal arbitral en el asunto *Glaims Gold Ltd. v. United States of America*,¹³² parece defender una visión estática según la cual, los estándares desarrollados en el asunto *Neer* siguen manteniendo su validez y sólo deben ser concretados a la luz de una perspectiva moderna. No obstante, incluso esta opinión no exige una actuación de mala fe (*in bad faith*):

It therefore appears that, although situations may be more varied and complicated today than in the 1920s, the level of scrutiny is the same. The fundamentals of the Neer standard thus still apply today: to violate the customary international law minimum standard of treatment codified in Article 1105 of the NAFTA, an act must be sufficiently egregious and shocking —a gross denial of justice, manifest arbitrariness, blatant unfairness, a complete lack of due process, evident discrimination, or a manifest lack of reasons— so as to fall below accepted international standards and constitute a breach of Article 1105(1). The Tribunal notes that one aspect of evolution from Neer that is generally agreed upon is that bad faith is not required to find a violation of the fair and equitable treatment standard, but its presence is conclusive evidence of such. Thus, an act that is egregious or shocking may also evidence bad faith, but such bad faith is not necessary for the finding of a violation. The standard for finding a breach of the customary international law minimum standard of treatment therefore remains as stringent as it was under Neer; it is entirely possible, however that, as an international community, we may be shocked by State actions now that did not offend us previously (para 616).

El ejercicio de presión ilegal por medio de vejaciones, o amenazas físicas o económicas, es incompatible con el deber de un trato “justo y equitativo”.

Es así como el tribunal arbitral de CIADI en el asunto *Desert Line Projects LLC v. Republic of Yemen* consideró inválido un acuerdo por el cual el gobierno del Yemen había coaccionado a un inversor de Omán a aceptar la reducción de un derecho reconocido en un laudo definitivo de un tribunal arbitral, a través de presiones intolerables, como la detención arbitraria de empleados y amenazas (*financial and physical duress*).¹³³

¹³² CIADI, *Glamis Gold Ltd. v. United States of America*, sentencia arbitral del 8 de junio de 2009, <http://www.state.gov/documents/organization/125798.pdf>.

¹³³ CIADI, *Desert Line Projects LLC v. Republic of Yemen*, Case No. ARB/05/17, *ILM*, 48/2009, pp. 82 y ss.; n. marg. 162 y ss.

- 15 Según la reciente práctica arbitral, el deber de trato justo y equitativo protege, por un lado, la confianza del inversor basada en expectativas legítimas y la firmeza de las decisiones administrativas definitivas. Por otro lado, obliga al Estado de acogida a cooperar lealmente con el inversor en el procedimiento administrativo y a revelar los criterios relevantes de decisión. En la práctica arbitral, sobre todo en el marco de CIADI, el estándar de “trato justo y equitativo” se interpreta fundamentalmente como expresión del principio de buena fe (*good faith principle*) y de protección de la confianza legítima. El precedente principal es el laudo arbitral en el asunto *Tecmed v. México*.¹³⁴

En el asunto *Tecmed*, las autoridades mexicanas habían reducido el alcance de una autorización ilimitada para la operación de una planta de procesamiento de basuras que la filial de un inversor español había adquirido de la empresa antecesora, dejándola expirar tras una sola prolongación. El tribunal arbitral constató que la sociedad operadora había consentido, en vista de las resistencias políticas, a una deslocalización de la planta, a condición de que se le proporcionase otro terreno para su operación. Con base en los acuerdos existentes y en el principio de buena fe, la empresa podía confiar en su derecho de operar la planta hasta la deslocalización.

En este contexto, el tribunal arbitral interpretó la cláusula de trato justo y equitativo en el acuerdo hispano-mexicano de protección de inversiones de la siguiente manera:

El Tribunal Arbitral considera que esta disposición del Acuerdo, a la luz de los imperativos de buena fe requeridos por el derecho internacional, exige de las Partes Contratantes del Acuerdo brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión. Como parte de tales expectativas, aquél cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que éste pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no sólo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes. Un accionar del Estado ajustado a tales criterios es, pues, esperable, tanto en relación con las pautas de conducta, directivas o requerimientos impartidos, o de las resoluciones dictadas de conformidad con las mismas, cuanto con las razones y finalidades que las subyacen. El inversor extranjero también espera que el Estado receptor actuará de manera no contradictoria; es decir, entre otras cosas, sin revertir de manera arbitraria decisiones o aprobaciones anteriores o preexistentes emanadas del Estado en las que el inversor confió y basó la asunción de sus compromisos y la planificación y puesta en marcha de su operación económica y comercial. El inversor igualmente confía que el Estado utilizará los instrumentos legales

¹³⁴ CIADI (Additional Facility), *Tecmed S. A. v. The United Mexican States*, Case No. ARB(AF)/00/2, *ILM*, 43/2004, pp. 133 y ss.

que rigen la actuación del inversor o la inversión de conformidad con la función típicamente previsible de tales instrumentos, y en todo caso nunca para privar al inversor de su inversión sin compensación. En realidad, la no observancia por el Estado receptor de la inversión de las pautas apuntadas en su conducta relativa al inversor extranjero o sus inversiones perjudica la posibilidad de éste, tanto de apreciar el nivel de trato y protección realmente brindado por el Estado receptor, como de determinar hasta que punto dicho Estado observa un comportamiento acorde con la garantía de trato justo y equitativo (núm. 154).

El laudo arbitral en el asunto *Tecmed* ha tenido una influencia marcada en la concreción 16 de la noción de trato “justo y equitativo”.¹³⁵ El principio de trato justo y equitativo protege a los inversores extranjeros frente a cambios en el marco jurídico relevante para la inversión ya realizada, cuando el Estado de acogida, —mediante un contrato u otras vías de compromiso—, hubiese sentado las bases para confiar en la estabilidad de un determinado régimen jurídico. En el asunto *CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic*,¹³⁶ un tribunal arbitral de CIADI puso énfasis en este aspecto.

En este caso, un inversor estadounidense había adquirido, en el marco de la privatización del sector de gas natural, una participación en una empresa argentina proveedora de gas. La base de esta inversión era una mezcla entre reglamentaciones legislativas y disposiciones en una licencia estatal, según la cual la tarifa de gas se calculaba en dólares estadounidenses y, ajustándola a la evolución de los precios de acuerdo con determinadas fórmulas, se convertía a moneda argentina. En el transcurso de la crisis económica argentina, el gobierno argentino abandonó este régimen que garantizaba un rendimiento estable, con la consecuencia de que el valor de la participación del inversor estadounidense se redujo dramáticamente. El tribunal arbitral decidió que el inversor podía reclamar que las tarifas se calculasen de la manera inicialmente pactada. Para ello, el tribunal se apoyó también en el preámbulo del tratado de protección de inversiones entre Argentina y Estados Unidos (que contenía un compromiso con condiciones estables para inversiones): “... a stable legal business environment is an essential element of fair and equitable treatment” (núm. 274).

Un tribunal arbitral de CIADI ha especificado con mayor detalle cuáles son las expectativas protegidas en el asunto *LG & E v. Argentine Republic*.¹³⁷

It can be said that the investor's fair expectations have the following characteristics: they are based on the conditions offered by the host State at the time of the investment; they may not be established unilaterally by one of the parties; they must exist and be

¹³⁵ V. la sentencia en el asunto *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN 3467, n. marg. 185.

¹³⁶ CIADI, *CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic*, Case No. ARB/01/8, ILM 44/2005, pp. 1205 y ss.

¹³⁷ CIADI, *LG & E Energy Corp. v. Argentine Republic*, Case No. ARB/02/1, ILM, 46/2007, pp. 36 y ss.

enforceable by law; in the event of infringement by the host State, a duty to compensate the investor for damages arises except for those caused in the event of state of necessity; however, the investor's fair expectations cannot fail to consider parameters such as business risk or industry's regular patterns (núm. 130).

La práctica reciente de los tribunales arbitrales de CIADI interpreta la garantía de un trato “justo y equitativo” como una obligación de llevar a cabo un comportamiento proactivo. Así, el gobierno del Estado de acogida no puede defenderse alegando resistencias por parte de niveles administrativos subordinados.¹³⁸ Objeto de controversia es la medida en que el desarrollo de las condiciones económicas influye en la concreción de qué es trato “justo y equitativo”. En el asunto *National Grid P.L.C. v. Argentine Republic*,¹³⁹ el tribunal arbitral propone una interpretación diferenciada de este estándar en tiempos de crisis económica: “*What is fair and equitable is not an absolute parameter. What would be unfair and inequitable in normal circumstances may not be so in a situation of an economic and social crisis*” (núm. 180).

- 17 El estándar del trato “justo y equitativo” tiene una relevancia especial para el debido proceso (*due process*) ante los tribunales del Estado de acogida. El tribunal arbitral, en el asunto *Mondev International Ltd. v. United States of America*,¹⁴⁰ resumió de la siguiente manera el criterio a aplicar:

...In the end the question is whether, at an international level and having regard to generally accepted standards of the administration of justice, a tribunal can conclude in the light of all the available facts that the impugned decision was clearly improper and discreditable, with the result that the investment has been subjected to unfair and inequitable treatment (núm. 127).

En el asunto *Loewen v. USA*,¹⁴¹ un tribunal arbitral de CIADI concretó el estándar “trato justo y equitativo, así como “protección y seguridad plenas” (Artículo 1105.1 del TLCAN), ante el trato discriminatorio que había recibido un inversor canadiense por parte de un tribunal del Estado de Mississippi:

...we take it to be the responsibility of the State under international law and, consequently, of the courts of a State, to provide a fair trial of a case to which a foreign investor is a party. It is the responsibility of the courts of a State to ensure that litiga-

¹³⁸ V., por ejemplo, CIADI, *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S. A. v. Republic of Chile*, Case No. ARB/01/7, *ILM*, 44/2005, pp. 91 ss., n. marg. 113 ss.

¹³⁹ Grupo de expertos del CNUDMI, *National Grid P.L.C. v. Argentine Republic*, Case No. 1:09-cv00248-RBW.

¹⁴⁰ CIADI, *Mondev International Ltd. v. United States of America*, Case No. ARB(AF)/99/2, Final Award.

¹⁴¹ CIADI, *The Loewen Group Inc. & Raymond Loewen v. United States of America*, Case No. ARB(AF)/98/3, Final Award.

tion is free from discrimination against a foreign litigant and that the foreign litigant should not become the victim of sectional or local prejudice (núm. 123).

Tras un análisis detallado de la actuación de la contraparte en el proceso —caracterizada por incluir elementos racistas y xenófobos, y que fue tolerada por el juez—, el tribunal arbitral llegó a la conclusión de que “...*the whole trial and its resultant verdict were clearly improper and discreditable and cannot be squared with minimum standards of international law and fair and equitable treatment*” (núm. 137).

Por regla general, un inversor extranjero no puede hacer valer una denegación de justicia (*denial of justice, déni de justice*), sino después de agotar la vía legal doméstica (*local remedies rule*). Sólo entonces puede incoar el procedimiento arbitral previsto en un tratado de protección de inversiones. El agotamiento de los recursos legales le da al Estado de acogida la oportunidad de corregir un trato injusto por parte de un tribunal inferior mediante su propio sistema judicial. Con razón, el tribunal en el asunto *Loewen v. USA* enfatizó:¹⁴²

The purpose of the requirement that a decision of a lower court be challenged through the judicial process before the State is responsible for a breach of international law constituted by judicial decision is to afford the State the opportunity of redressing through its legal system the inchoate breach of international law occasioned by the lower court decision (para 156).

El deber de agotar la vía legal no se aplica en caso de un trato injusto por órganos de la rama ejecutiva o de la rama legislativa del Estado de acogida. En estos casos, el inversor puede incoar sin más el procedimiento arbitral previsto. Por lo tanto, el deber de agotar la vía legal contra decisiones judiciales es un problemático cuerpo extraño en la protección convencional de las inversiones.

La vulneración del deber de trato “justo y equitativo” da lugar a un amplio deber de indemnización financiera.¹⁴³ Frente a intervenciones estatales que afecten a la rentabilidad de una inversión, la reciente práctica arbitral muestra una clara tendencia a no fundamentar la indemnización en la expropiación (que a menudo es difícil de comprobar), sino en la vulneración de la confianza legítima y, por ende, del principio del trato “justo y equitativo”. 18

f) Trato nacional

El deber de trato nacional (*national treatment*) es parte del inventario normativo de los modernos tratados de protección de inversiones. Así, el Artículo 3 del Tratado modelo alemán establece: 19

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ CIADI, CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic, Case No. ARB/01/8, ILM 44/2005, pp. 1205 y ss., n. marg. 399 ss.

(1) *Neither Contracting State shall in its territory subject investments owned or controlled by investors of the other Contracting State to treatment less favourable than it accords to investments of its own investors or to investments of investors of any third State.*

(2) *Neither Contracting State shall in its territory subject investors of the other Contracting State, as regards their activity in connection with investments, to treatment less favourable than it accords to its own investors or to investors of any third State. The following shall, in particular, be deemed treatment less favourable within the meaning of this Article:*

- 1. different treatment in the event of restrictions on the procurement of raw or auxiliary materials, of energy and fuels, and of all types of means of production and operation;*
- 2. different treatment in the event of impediments to the sale of products at home and abroad; and*
- 3. other measures of similar effect.*

Measures that have to be taken for reasons of public security and order shall not be deemed treatment less favourable within the meaning of this Article.

(3) ...

En el marco del principio de trato nacional contenido en el tratado de protección de inversiones entre Estados Unidos y Ecuador, el tribunal arbitral, en el asunto *Occidental Exploration and Production Co. v. The Republic of Ecuador*, realizó un análisis muy extenso de las opciones jurídico-políticas del Estado de acogida. Para el tribunal arbitral, constituía una discriminación de los productores extranjeros de petróleo el hecho de que, a diferencia de los exportadores domésticos en otros sectores (por ejemplo, el de las flores), a aquéllos no se les restituían los impuestos de valor añadido que pagaban al exportar sus productos. Con ello, el tribuna no hizo caso del hecho de que a las empresas petroleras domésticas tampoco se les restituían los impuestos de valor añadido, mientras el régimen tributario aplicado en otros sectores se aplicaba tanto a exportadores domésticos como extranjeros.¹⁴⁴

Laudos arbitrales de este tipo son poco idóneos para fomentar la confianza en los tribunales de arbitraje internacional y una actitud favorable del Estado de acogida en relación con la protección convencional de inversiones.

g) Cláusula de la nación más favorecida

- 20 Los tratados de protección de inversiones modernos suelen contener una cláusula por la cual las partes se comprometen a concederse el trato de nación más favorecida.¹⁴⁵ Si

¹⁴⁴ Respecto del debido trato del inversor “*on a basis no less favourable than that accorded in like situations to investment or associated activities of its own nationals and companies*” (art. II. 1 del Tratado de protección de inversiones entre los Estados Unidos y Ecuador), v. la sentencia arbitral en el asunto *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN 3467, n. marg. 167 ss., comentada por Franck, S. D., *AJIL*, 99 /2005, pp. 675 y ss.

¹⁴⁵ V., por ejemplo, el art. 3 del Tratado modelo alemán (*supra*, nota 1051). Para unas consideraciones generales respecto de cláusulas de nación más favorecida, v. *supra*, tema 4, nota al margen 1.

una cláusula de este tipo es aplicable o no depende, en primer lugar, de si los beneficios convencionales otorgados a terceros Estados y a sus nacionales tienen el mismo objeto que el acuerdo de base. Además, puede resultar de la interpretación de este acuerdo base que los beneficios contenidos en él, debido a su carácter específico o a la simetría entre derechos y obligaciones, no sean susceptibles de extensión.¹⁴⁶ Algunos tratados de protección de inversiones excepcionan beneficios otorgados en el marco de uniones aduaneras o tratados de libre comercio,¹⁴⁷ o no extienden el trato de nación más favorecida a determinadas ventajas tributarias.¹⁴⁸

En el asunto *Tecmed*, el tribunal arbitral exceptuó de la cláusula de nación más favorecida aquellas reglas recogidas en convenios con terceros Estados y que estaban vinculadas de manera inseparable a negociaciones bilaterales especiales, –en el sentido de constituir un paquete especial de derechos y obligaciones–, y que, por ende, no eran susceptibles de ser extendidas a los Estados parte del acuerdo base. En este asunto, el laudo consideró que había un “*core of matters that must be deemed to be specifically negotiated by the Contracting Parties*”.¹⁴⁹

En este caso, se trataba de la extensión controvertida de un precepto con eficacia retroactiva, contenido en un tratado con un tercer Estado, cuyo texto también extendía la protección convencional a inversiones realizadas en el pasado.

Por regla general, las cláusulas de trato de nación más favorecida se referirán solamente a preceptos de Derecho material en materia de protección de inversiones. De esta forma, es posible que el trato de nación más favorecida tenga por resultado la extensión de una determinada regla de compensación contenida en un convenio con un tercer Estado.¹⁵⁰

Conviene mostrar mucha precaución a la hora de extender la aplicación de la cláusula de trato de nación más favorecida también a reglas sobre solución de diferencias.¹⁵¹ El escenario más propicio para una extensión de estas reglas sobre solución de diferencias es cuando únicamente se trata de eliminar obstáculos procesales (como, por ejemplo, el

¹⁴⁶ V. Dolzer, R., Myers, T.: “After *Tecmed*: Most-Favoured-Nation Clauses in Investment Protection Agreements”, *JCSID Review*, 19 /2004, pp. 49 ss.

¹⁴⁷ V., por ejemplo, el art. 3.3 del Tratado modelo alemán (*supra*, nota 1051).

¹⁴⁸ V., por ejemplo, los arts. 3.4 y 3.5 del Tratado modelo alemán (*supra*, nota 1051).

¹⁴⁹ *ILM*, 43 /2004, pp. 133 y ss., n. marg. 69.

¹⁵⁰ CNUDMI, *CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v. The Czech Republic (Final Award)*, n. marg. 500: “*The determination of compensation under the Treaty between the Netherlands and the Czech Republic on basis of the ‘fair market value’ finds further support in ‘the most favored nation’ provision of Art. 3 (5) of the Treaty. That paragraph specifies that if the obligations under national law of either party in addition to the present Treaty contain rules, whether general or specific, entitling investments by investors of the other party to a treatment more favourable than provided by the present Treaty, such rules to the extent that they are more favourable prevail over the present Agreement. The bilateral investment treaty between the United States of America and the Czech Republic provides that compensation shall be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriatory action was taken. (...)*”.

¹⁵¹ En este sentido, CIADI, *Salini Construttori S. p. A. and Italstrade S. p. A. v. Jordan*, Case No. ARB/02/13, *ILM*, 44 /2005, pp. 573 y ss., n. marg. 102 ss.; CIADI, *Plama v. Bulgaria*, Case No. ARB/03/24, *ILM*, 44 /2005, pp. 721 y ss., n. marg. 223 y ss.: “[A]n MFN provision in a basic treaty does not incorporate by reference dispute settlement provisions in whole or in part set forth in another treaty, unless the MFN provision in the basic treaty leaves no doubt that the Contracting Parties intended to incorporate them”.

deber de acudir a los tribunales nacionales dentro de un determinado plazo antes de incoar un procedimiento arbitral).¹⁵² Por lo demás, es de suponer que la invocación de reglas sobre solución de diferencias que se encuentren en un convenio con un tercer Estado se oponga a la voluntad objetiva de las partes. Ello sucede especialmente con cláusulas por las que se elige un determinado foro de solución de diferencias (por ejemplo, un tribunal arbitral de CIADI).¹⁵³

h) Protección de expropiaciones e indemnización

- 21 La restricción de posibles expropiaciones y la reglamentación de compensaciones forman parte del núcleo de los tratados de protección de inversiones. El deber de indemnizar no sólo se aplica a expropiaciones formales, sino también a expropiaciones *de facto*. En la práctica convencional, se habla aquí de medidas que equivalen a una expropiación o a una nacionalización (*measures tantamount to a nationalization or expropriation*).¹⁵⁴ Así, el Tratado modelo alemán para el fomento y la protección mutua de inversiones de capital establece en su artículo 4.2:

Investments by investors of either Contracting State may not directly or indirectly be expropriated, nationalized or subjected to any other measure the effects of which would be tantamount to expropriation or nationalization in the territory of the other Contracting State except for the public benefit and against compensation. Such compensation must be equivalent to the value of the expropriated investment immediately before the date on which the actual or threatened expropriation, nationalization or other measure became publicly known. The compensation must be paid without delay and shall carry the usual bank interest until the time of payment; it must be effectively realizable and freely transferable. Provision must have been made in an appropriate manner at or prior to the time of expropriation, nationalization or other measure for the determination and payment of such compensation. The legality of any such expropriation, nationalization or other measure and the amount of compensation must be subject to review by due process of law.

- 22 De acuerdo con la práctica reciente de los tribunales arbitrales, la existencia de una expropiación *de facto*, o de una medida equivalente a una expropiación, se aprecia sólo a través de un análisis casuístico. El punto de partida lo constituye la confianza legítima del inversor en la estabilidad de una determinada situación jurídica que, por su parte, se define por el conjunto de normas preexistentes y por las promesas de los órganos responsables

¹⁵² CIADI, Maffezini v. Spain, Case No. ARB/97/7, ICSID Review 16 /2001, pp. 212 n. marg. 53 ss. (64).

¹⁵³ V. CIADI, Plama v. Bulgaria, Case No. ARB/03/24, *ILM*, 44 /2005, pp. 721 y ss., n. marg. 223.

¹⁵⁴ V. *supra*, tema 20, nota al margen 1.

del Estado de acogida. Para cruzar el “umbral de expropiación”, hay que analizar en qué medida la intervención perjudicial del Estado de acogida reduce, o destruye, la utilidad de una inversión (la base de rendimiento). Existe una controversia sobre si lo que importa es solamente el efecto perjudicial de una medida estatal (la denominada *sole effects doctrine*), o si también importa el objetivo perseguido por el Estado de acogida. En ese sentido, es conveniente ponderar adecuadamente los intereses del propietario (inversor) que han sido perjudicados y el objetivo de la medida estatal (intereses generales). Es así como el tribunal arbitral, en el asunto *Tecmed v. Mexico*,¹⁵⁵ ha exigido una relación proporcionada entre la pérdida infligida al inversor y el objetivo perseguido por el Estado:

El acto o medida no debe imponer una carga o peso excesivo en el inversor extranjero en relación con la finalidad perseguida por el acto reputado como expropiatorio. En la valoración de dicha carga o peso, juega un rol primordial la entidad o dimensión de la privación de propiedad operada por la actuación estatal, y si tal privación fue compensada o no. También debe tenerse en cuenta, en razón de distintos factores legales y prácticos, que el inversor extranjero tiene reducida o ninguna injerencia en la toma de decisiones que le afectan, en parte a raíz de su exclusión del ejercicio de derechos políticos reservados a los nacionales del Estado que las adopta, tales como la elección de las autoridades en las que tales decisiones se originan (núm. 122).

Una medida con efecto equivalente a una expropiación puede también consistir en que un tribunal del Estado de acogida suspenda, o anule, de manera arbitraria un laudo arbitral que obliga al Estado de acogida, o a una empresa en él domiciliada, a hacer un pago a favor del inversor.

Así se pronunció un tribunal arbitral de CIADI en el asunto *SAIPEM S.p.A. v. The People's Republic of Bangladesh*.¹⁵⁶ En el marco de una controversia entre una empresa italiana y una empresa estatal de Bangladesh sobre la construcción de un oleoducto, se había dictado un laudo arbitral según las reglas de la Cámara de Comercio Internacional, que era favorable a la empresa italiana. No obstante, la Corte Suprema de Bangladesh declaró inválido dicho laudo arbitral sin motivo lógico alguno. El tribunal arbitral de CIADI consideró que ello constituía una infracción tanto de la prohibición de abuso de derecho reconocida en el Derecho internacional público, como de la obligación de reconocer un laudo arbitral de acuerdo con la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (artículo II. 3). En consecuencia, el tribunal calificó la decisión de la Corte Suprema de Bangladesh como una medida con efecto equivalente a una expropiación.¹⁵⁷

¹⁵⁵ CIADI, *Tecmed S. A. v. The United Mexican States* Case No. ARB(AF)/00/2, *ILM*, 43 /2004, S. 133.

¹⁵⁶ CIADI Case No. ARB/05/7.

¹⁵⁷ *Ibid.*, n. marg. 124 y ss.

La reciente práctica convencional fija en un nivel bastante alto el “umbral de expropiación”, por cambios en las condiciones normativas-marco en interés de la protección del medio ambiente, de la salud pública u otros intereses generales. Ello trasluce el temor de que, de lo contrario, la protección convencional de inversiones podría convertirse en un obstáculo inapropiado a la realización de opciones políticas legítimas. Los países industrializados también comparten este temor. El TLCAN ya puso énfasis en la libertad de los Estados parte de tomar “cualquier medida que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental” (artículo 1114);¹⁵⁸ no obstante, las medidas para proteger al medio ambiente deben corresponderse con las disposiciones del TLCAN en materia de protección de inversiones. De ello nace una cierta inseguridad jurídica.

Según el Tratado modelo de Estados Unidos sobre la protección de inversiones y la reciente práctica convencional de ese país, las reglas no discriminatorias con base en intereses legítimos generales (en particular, reglas protectoras en materia de salud pública, medio ambiente y seguridad laboral) no se consideran, en principio, como expropiaciones (indirectas): “*Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations*”.¹⁵⁹

El tratado sobre protección de inversiones entre Estados Unidos y Uruguay descarta la creación de incentivos para la inversión “mediante el debilitamiento o reducción de la protección contemplada en su legislación ambiental interna” (artículo 12.1), y pone énfasis en la libertad de los Estados parte para adoptar cualquier medida “que consideren pertinente para asegurar que la actividad de inversiones en su territorio sea realizada en atención a los problemas ambientales” (artículo 12.2).¹⁶⁰

A menudo, es difícil comprobar que se ha realizado una expropiación al inversor extranjero si ésta no destruye la esencia de la inversión protegida (por ejemplo, el control sobre una empresa o una participación en ella), sino que altera su base de rentabilidad (por ejemplo, mediante un cambio de las condiciones normativas marco) sin destruir el núcleo de la inversión.¹⁶¹ Esto es el caso, en particular, de medidas que causan efectos perjudiciales para el inversor sin conferir un beneficio directo al Estado de acogida. En estos casos, es más fácil fundamentar el deber de indemnización en la violación del debido “trato justo y equitativo”.

¹⁵⁸ “*Nothing in this Chapter shall be construed to prevent a Party from adopting, maintaining or enforcing any measure otherwise consistent with this Chapter that it considers appropriate to ensure that investment activity in its territory is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns*”.

¹⁵⁹ Anexo B núm. 4, letra b, del Tratado modelo de los Estados Unidos (v. nota 1051; <http://www.state.gov/e/eb/rls/othr/38602.htm>). V. también Anexo 10-D, art. 4, letra b del Tratado de libre comercio entre Chile y los Estados Unidos del 6 de junio de 2003, http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/Bilateral/Chile_FTA/Final_Texts/Section_Index.html.

¹⁶⁰ *ILM*, 44/2005, pp. 268 y ss.

¹⁶¹ CIADI, *CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic*, Case No. ARB/01/8, *ILM*, 44/2005, pp. 1205, n. marg. 252 ss.

Los modernos tratados de protección de inversiones suelen condicionar la cuantía de la indemnización a la compensación plena del valor del daño, la prestación inmediata de la indemnización y su libre convertibilidad.¹⁶²

Una cuestión controvertida es en qué medida debe influir en la cuantía de la indemnización la persecución de intereses reconocidos por el Derecho internacional público (sobre todo en materia medioambiental, como, por ejemplo, la protección de la biodiversidad).

En el asunto *Santa Elena*, Costa Rica había nacionalizado y convertido en reserva natural un área de selva tropical, cuyos propietarios anteriores, unos inversores estadounidenses, habían adquirido para fines turísticos. En la disputa sobre la cuantía de la indemnización ante un tribunal arbitral de CIADI, Costa Rica invocó varios tratados de Derecho internacional público sobre la protección del medio ambiente, como el Convenio de las Naciones Unidas sobre la Biodiversidad, e hizo valer que los intereses reconocidos en ellos debían reflejarse en la indemnización. No obstante, el tribunal arbitral consideró que la protección del medio ambiente a raíz de las obligaciones pertinentes de Derecho internacional público no tenía relevancia para la cuantía de la indemnización:

*While an expropriation or taking for environmental reasons may be classified as a taking for a public purpose, and thus may be legitimate, the fact that the Property was taken for this reason does not affect either the nature or the measure of the compensation to be paid for the taking. That is, the purpose of protecting the environment for which the Property was taken does not alter the legal character of the taking for which adequate compensation must be paid. The international source of the obligation to protect the environment makes no difference.*¹⁶³

i) Solución de diferencias

Para solucionar diferencias en materia de inversión, la práctica moderna de los tratados 23 de protección de inversiones prevé procedimientos arbitrales,¹⁶⁴ entendiéndose por este concepto un procedimiento ante el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), auspiciado por el Banco Mundial,¹⁶⁵ u otro procedimiento arbitral (por ejemplo, según las reglas de arbitraje del CNUDMI o de la Cámara de Comercio Internacional).¹⁶⁶ Hasta la fecha, la mayoría de los procedimientos para

¹⁶² V., por ejemplo, el art. 4. 2, segunda y tercera frase, del Tratado modelo de la República Federal de Alemania relativo al fomento y la protección mutua de inversiones de capital; art. 6. 2 del Tratado modelo de los Estados Unidos (v. *supra*, nota 1051).

¹⁶³ CIADI, *Compañía Del Desarrollo de Santa Elena, S. A. v. Republic of Costa Rica*, Case No. ARB/96/1, *ILM*, 39 (2000), pp. 1317 y ss., n. marg. 71.

¹⁶⁴ Dugan, C./Rubin, N./Wallace, D./Sabahi, B.: *Investor-State Arbitration*, 2008; McLachlan, C., Shore, L., Weiniger, M.: *International Investment Arbitration*, 2007.

¹⁶⁵ V. tema 23, nota al margen 5.

¹⁶⁶ V., por ejemplo, la variante I (membresía en el CIADI de ambos Estados contratantes) y la variante II (mem-

solucionar diferencias en materia de inversión se ha llevado a cabo ante CIADI (y no según otros mecanismos de arbitraje internacional).¹⁶⁷

En ocasiones los convenios de protección de inversiones prevén que sea definitiva una elección del inversor entre la protección de sus derechos a través un procedimiento arbitral internacional o a través de un tribunal nacional, excluyéndose de esta forma la competencia del otro foro (cláusulas de bifurcación - *fork-in-the-road clauses*).

- 24 A veces las reglas sobre solución de diferencias en tratados de protección de inversiones compiten con convenios atributivos de competencia entre el inversor y el Estado de acogida, que prevén la competencia exclusiva de los tribunales nacionales de este último. En ocasiones, se encuentran cláusulas de sometimiento de este tipo en tratados entre Estados latinoamericanos e inversores extranjeros, sobre todo en materia de concesiones. La práctica reciente de los tribunales arbitrales internacionales restringe muy sensiblemente el ámbito de aplicación de tales cláusulas de sometimiento. Así, un tribunal arbitral de CIADI, en el asunto *Lanco v. Argentine Republic*, rechazó el argumento invocado por Argentina de que un inversor estadounidense se había sometido a la competencia de los tribunales de ese país. Para fundamentar su opinión, el tribunal arbitral sostuvo que el tratado de protección de inversiones entre Argentina y Estados Unidos contenía una oferta unilateral de sumisión a CIADI, sin previo agotamiento de la vía legal nacional (que el inversor estadounidense habría aceptado más tarde). Además, el tribunal arbitral consideró que el alcance de una oferta basada en un tratado de Derecho internacional público no podía verse reducido por un acuerdo entre el inversor y el Estado de acogida.¹⁶⁸

De manera similar, un tribunal arbitral de CIADI en el asunto *Compañía de Aguas del Aconquija S. A. v. Argentine Republic*, decidió que una cláusula en un acuerdo de concesión entre la filial argentina de un grupo de sociedades francés y la República de Argentina, por la que se atribuía competencia exclusiva a los tribunales administrativos de este país, sólo abarcaba diferencias bajo el acuerdo de concesión, pero no diferencias bajo el Tratado de protección de inversiones entre Argentina y Francia.¹⁶⁹ En el marco de un recurso de anulación, esta opinión legal ha sido confirmada por el órgano competente.¹⁷⁰

El acceso inmediato a la protección jurídica a través un tribunal arbitral internacional sin previo agotamiento de las vías legales nacionales es de suma importancia para el inversor en diferencias con un Estado extranjero de acogida. Así, el inversor no sólo evita lentos procedimientos ante los tribunales nacionales, que pueden tener varias instancias, sin que también la protección jurídica a través de un tribunal arbitral internacional le

bresía en el CIADI de sólo uno de los Estados contratantes) para el art. 10. 2 del Tratado modelo de la República Federal de Alemania (*supra*, nota 1051).

¹⁶⁷ V. para los procedimientos arbitrales con base en las reglas arbitrales del CNUDMI, el asunto *CME/Lauder v. Czech Republic*, *supra*, tema 9, nota al margen 2.

¹⁶⁸ *ILM*, 40 /2001, pp. 457 y ss., n. marg. 31 ss.

¹⁶⁹ *ILM*, 40 /2001, pp. 426 y ss.

¹⁷⁰ *ICSID Review*, 19 /2004, pp. 89 y ss., n. marg. 51 ss.

protege de las deficiencias de la jurisdicción nacional que pueden llegar a expresarse en un prejuicio que favorezca al Estado de acogida y a su gobierno. Por otro lado, la solución de diferencias por un tribunal arbitral internacional sin previo agotamiento de la vía legal nacional puede suponer una exclusión total de los tribunales nacionales a la hora de evaluar legalmente decisiones fundamentales de política económica o medidas esenciales de protección del medio ambiente y una valoración directa por parte del tribunal arbitral.

Así, una empresa de energía sueca reaccionó ante el cambio de la política de la energía atómica alemana interponiendo una demanda indemnizatoria ante un tribunal arbitral internacional.¹⁷¹

Entre tanto, la renuncia al requerimiento de agotar la vía legal nacional ha causado escepticismo y resistencia no sólo en países en vías de desarrollo y países emergentes, sino también en países industrializados. Así, el Parlamento Europeo exige que la Unión inserte en los futuros acuerdos de protección de inversiones la condición del agotamiento previo de la vía legal nacional:

El Parlamento Europeo, [...]

La protección del derecho a regular

23. Subraya que los futuros acuerdos de inversión celebrados por la Unión Europea deben respetar la capacidad de intervención pública;

24. Expresa su profunda preocupación por el nivel de discreción del que disfrutaban las instancias de arbitraje internacional para hacer una interpretación amplia de las cláusulas de protección de los inversores, lo que ha llevado a descartar una regulación legítima de carácter público; pide a la Comisión que elabore unas definiciones claras de las normas de protección de los inversores con el fin de evitar estos problemas en los nuevos acuerdos de inversión;

25. Solicita a la Comisión que incluya en todos los acuerdos que se celebren en el futuro cláusulas específicas que prevean el derecho de las partes de un acuerdo a regular, entre otros ámbitos, en los ámbitos de la protección de la seguridad nacional, el medio ambiente, la salud pública, los derechos de los trabajadores y de los consumidores, la política industrial, y la diversidad cultural;

26. Subraya que la Comisión decidirá caso por caso los sectores que no entren en los acuerdos futuros como, por ejemplo, sectores sensibles como la cultura, la educación, la salud pública y aquellos que tienen una importancia estratégica para la defensa nacional, y pide a la Comisión que informe al Parlamento Europeo sobre el mandato que ha recibido en cada caso; señala que la UE también debe ser consciente de las preocupaciones de sus socios en desarrollo y que no debe pronunciarse a favor de un mayor grado de liberalización si éstos consideran necesario para su desarrollo proteger determinados sectores, en particular los servicios públicos;

¹⁷¹ CIADI, Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany, Case No. ARB/09/6.

Inclusión de normas sociales y ambientales

27. Subraya que la futura política de la UE también debe promover inversiones sostenibles, respetuosas del medio ambiente (en particular en el ámbito de las industrias extractivas) y que alienten el establecimiento de unas condiciones de trabajo de calidad en las empresas objeto de la inversión; pide a la Comisión que en todos los futuros acuerdos incluya una referencia a las Directrices actualizadas de la OCDE para las empresas multinacionales;

28. Reitera, en relación con los capítulos en materia de inversión de los acuerdos de libre comercio (ALC) más amplios, su llamamiento a favor de la inclusión de una cláusula sobre la responsabilidad social de las empresas y de unas cláusulas de carácter social y medioambiental eficaces en todos los ALC que celebre la UE;

29. Pide que la Comisión estudie la forma en que este tipo de cláusulas se han incluido en los acuerdos bilaterales de inversión de los Estados miembros, así como el modo en que podrían incluirse en los futuros acuerdos de inversión de carácter autónomo;

30. Acoge con satisfacción el hecho de que en una serie de acuerdos bilaterales de inversión figure en la actualidad una cláusula que impide relajar la legislación social y medioambiental con el fin de atraer inversiones, y pide a la Comisión que examine la posibilidad de incluir una cláusula de esta naturaleza en sus acuerdos futuros.¹⁷²

- 25 El contenido jurídico de los laudos arbitrales basados en tratados de protección de inversiones es problemática; también lo es la construcción de la aceptación (tácita) de una oferta de someter diferencias a arbitraje expresada por el Estado de acogida en un tratado de este tipo. La *Court of Appeal* inglesa ha decidido, en el asunto *Occidental Exploration & Production Company v. Republic of Ecuador*, que aun si un procedimiento arbitral llevado a cabo en Reino Unido se basa en Derecho internacional público, esto no impide que los tribunales británicos revisen la sentencia arbitral sobre la base del Derecho inglés.¹⁷³

3. El Tratado sobre la Carta Europea de la Energía

Bibliografía recomendada: Coop, G., Ribeiro, C.: *Investment Protection and the Energy Charter Treaty*, 2008; Ribeiro, C.: *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, 2006; Wälde, T. W.: "International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty", *JWT*, 29/1995, pp. 5 ss.; *id.*: *International Investment Under the Energy Charter Treaty. An East-West Gateway for Investment and Trade*, 1997.

¹⁷² Resolución del Parlamento Europeo, 6 de abril de 2011, sobre la futura política europea en materia de inversiones extranjeras (2010/2203[INI]).

¹⁷³ Court of Appeal, *Occidental Exploration & Production Company v. Republic of Ecuador*, *ILM*, 45/2006, pp. 246 y ss.

El objetivo del Tratado sobre la Carta Europea de la Energía, de 1994,¹⁷⁴ es la creación de un marco legal general para las inversiones y el comercio en el sector energético. Una de las cuestiones centrales abordadas por este Tratado es la promoción y protección de las inversiones (Parte III). Una parte contratante no puede tratar a los inversores de otro Estado contratante peor que a sus propios nacionales y debe acatar el principio de nación más favorecida (artículo 10). El Tratado vincula las expropiaciones, entre otras cosas, al pago de una indemnización rápida, adecuada y efectiva, que equivalga al justo valor de mercado (artículo 13.1).

De gran interés son las disposiciones sobre la solución de controversias entre un inversor y una parte contratante (artículo 26). Si la controversia no puede resolverse amigablemente en un determinado plazo, un inversor privado puede, entre otras posibilidades, incoar un procedimiento arbitral según las reglas del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI).¹⁷⁵ Para ello, es necesario que el inversor presente su consentimiento por escrito. El consentimiento incondicional de las partes contratantes a someter sus controversias a arbitraje o conciliación internacional se encuentra en el mismo Tratado (artículo 26.3). Entre tanto se han dictado los primeros laudos.¹⁷⁶

Vattenfall, una empresa sueca de energía, había iniciado un procedimiento arbitral contra la República Federal de Alemania sobre esta base, a raíz de las imponentes restricciones a la autorización de una central carboeléctrica en Hamburgo.¹⁷⁷ Entre tanto, esta disputa ha sido conciliada. También con base en el Tratado sobre la Carta Europea de la Energía, Vattenfall ha incoado un procedimiento arbitral contra Alemania por el cierre de centrales nucleares, decidida como parte del cambio de la política energética alemana (*Energiewende*).

Aunque Rusia, en un primer momento, había firmado el Tratado y según su artículo 45.1 tuvo que darle aplicación provisional, en el año 2009 se negó de manera definitiva a ratificarlo.

4. Regulación en el interés general, derechos humanos y protección del medio ambiente en el Derecho internacional de las inversiones

Bibliografía recomendada: Dupuy, P. -M., Francioni, F., Petersmann, E. -U.: (Hrsg.), *Human Rights in Investment Law and Arbitration*, 2009; Krajewski, M., Ceyssens, C.: “Internationaler Investitionsschutz und innerstaatliche Regulierung“, *AVR*, 45/2007, pp. 180 y ss.; Perkams, M.: *Internationale Investitionsschutzabkommen im Spannungsverhältnis*

¹⁷⁴ *ILM*, 33/1995, pp. 360 y ss.; *DO L* 380 de 31 de diciembre de 1994, pp. 24 y ss.; v. también *supra*, tema 11, nota al margen 3.

¹⁷⁵ V. *infra*, tema 23, nota al margen 5.

¹⁷⁶ V. sentencia arbitral del 16 de diciembre de 2001, Case No. 118/2001, Nykomb Synergetics Technology Holding AB (Sweden) v. Latvia; sentencia arbitral del 29 de marzo de 2005, Case No. 126/2003, Petrobart Ltd. (Gibraltar) v. Kyrgyzstan.

¹⁷⁷ Case No. ARB/09/6, Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG & Co. KG v. Federal Republic of Germany.

zwischen effektivem Investitionsschutz und staatlichem Gemeinwohl, 2011; Simma, B.: “Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights”, *ICLQ*, 60/2011, pp. 573 y ss.

a) Protección de inversiones y potencial regulatorio del Estado de acogida

27 La reciente práctica arbitral muestra que la protección convencional de las inversiones puede conllevar cuestionables restricciones en materia de protección del medio ambiente y en otros aspectos del ordenamiento económico y social. Esta tendencia está alimentando tendencias a favor de que, frente a la protección de inversiones, se aumente el margen de actuación política de los Estados, permitiéndose que de esta forma se persiga de forma no discriminatoria la protección de intereses generales universalmente reconocidos. Se pretende subir el “umbral de expropiación” aplicable a medidas no discriminatorias y destinadas a proteger la salud pública, el medio ambiente y el trabajo,¹⁷⁸ y lograr una correspondiente definición del “trato justo y equitativo”.

En su resolución de 2011 sobre la futura política europea en materia de inversiones extranjeras, el Parlamento Europeo aboga por amplios márgenes de regulación.¹⁷⁹ Según esta resolución, el Parlamento:

31. [c]onsidera que deben introducirse modificaciones en el mecanismo existente de resolución de litigios a fin de garantizar una mayor transparencia, la posibilidad de que las partes puedan interponer recursos, la obligación de agotar los recursos judiciales existentes a nivel local si presentan garantías suficientes en relación con un proceso adecuado, la posibilidad de recurrir a la práctica denominada *amicus curiae*, y la obligación de seleccionar un solo lugar de arbitraje entre el Estado y los inversores.

b) Derechos humanos y protección del medio ambiente

Una y otra vez, los intereses de los inversores protegidos por convenios internacionales entran en tensión con los estándares reconocidos de protección de derechos humanos. Ello se puede apreciar, por ejemplo, en la protección de la propiedad o de otros derechos humanos de comunidades indígenas u otras comunidades locales.¹⁸⁰ En algunos tratados de derecho internacional público como el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966, los Estados contratantes se obligaron a hacer esfuerzos para

¹⁷⁸ V. *supra*, tema 23, nota al margen 2, letra h.

¹⁷⁹ Resolución del Parlamento Europeo, 6 de abril de 2011, sobre la futura política europea en materia de inversiones extranjeras (2010/2203[INI]).

¹⁸⁰ Sobre la relación entre la protección de los derechos humanos mediante convenios internacionales y acuerdos de protección de inversiones, v. por ejemplo, Corte Interamericana de Justicia, *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, *Series C*, num. 146/2006, n. marg. 140.

proteger el derecho a la salud o el derecho a la nutrición. La reciente práctica arbitral se muestra cada vez más sensible a estas implicaciones de los derechos humanos. En las diferencias recientes sobre inversiones, cada vez más se hacen valer derechos humanos para justificar determinadas medidas del Estado de acogida.¹⁸¹ La interpretación armonizadora de los acuerdos de protección de inversiones a la luz de los derechos humanos, en tanto aplicables a las partes del respectivo acuerdo (Artículo 31.3, letra c, de la Convención de Viena sobre los tratados) puede ser una solución constructiva para aliviar la tensión entre derechos humanos y protección de inversiones. La misma técnica se ofrece para que se puedan tomar en consideración los estándares convencionales de protección del medio ambiente en la interpretación de acuerdos de protección de inversiones.

5. Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)

Bibliografía recomendada: Broches, A.: “Observations on the Finality of ICSID Awards”, *ICSID Review*, 6/1991, pp. 321 y ss.; Delaume, G. R.: “ICSID-Arbitration and the Courts”, *AJIL*, 77/1983, pp. 784 y ss.; Escher, A. E.: “Weltbank-Schiedsazentrum: Zuständigkeit für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten”, *RIW*, 2001, pp. 20 y ss.; Herdegen, M.: “Wirkungen von Schiedssprüchen in Streitigkeiten zwischen Privatpersonen und fremden Staaten”, *RIW*, 1989, pp. 329 y ss.; Hirsch, M.: *The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, 1993; Pirrung, J.: *Die Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Weltbankübereinkommen für Investitionsstreitigkeiten*, 1972; Schreuer, C., Malintoppi, L., Reinisch, A., Sinclair, A.: *The ICSID Convention: A Commentary*, 2.^a ed., 2009.

El Centro internacional para el arreglo de diferencias relativas a inversiones (*International Centre for Settlement of Investment Disputes* - ICSID) halla su fundamento en el Convenio del Banco Mundial sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, de 1965.¹⁸² El Centro ofrece el marco para el desarrollo de procesos arbitrales entre Estados e inversores, si ambas partes se someten a la competencia del Centro. El Convenio CIADI regula el procedimiento y el efecto vinculante de los laudos dictados por el Centro. Este régimen de Derecho internacional público libera al inversor privado del riesgo al que estaría sometido si se sujetase al Derecho procesal de su contraparte estatal. Se trata de un arbitraje “mixto”, en el sentido de que, por un lado, intervienen en él partes litigiosas privadas y, por otro lado, el procedimiento está asegurado desde la perspectiva del Derecho internacional público. Entre tanto, el Convenio CIADI ha sido ratificado por gran parte de la comunidad de Estados. Sin embargo, hasta ahora, se han llevado relativamente pocos casos ante el CIADI. Ello no sólo se debe a

¹⁸¹ CIADI, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. The Argentine Republic*, Case No. ARB/03/19, Decision on Liability of 30 July 2010.

¹⁸² *ILM*, 4/1965, pp. 532 y ss.

algunas particularidades problemáticas del procedimiento CIADI y a la desconfianza en torno a su efectividad, sino también a que, en algunos casos, la mera posibilidad de un procedimiento ante CIADI contribuye a fomentar un comportamiento de fidelidad contractual de las partes o la terminación consensuada de relaciones contractuales. El Estado de origen del inversor privado sólo podrá conceder protección diplomática, cuando el procedimiento arbitral CIADI acordado haya concluido y el Estado de acogida no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo (artículo 27).

- 29 La competencia del CIADI presupone que tanto la parte estatal (el Estado de acogida) como el Estado de origen del inversor han ratificado el Convenio CIADI (artículo 1.2). Además, las partes en conflicto –esto es, el Estado de acogida y el inversor– deben haber consentido por escrito someter su diferencia al Centro (artículo 25.1).

Aunque la noción de “inversión” del Artículo 25.1 del Convenio del CIADI debe ser interpretada de manera autónoma, ésta tiene no obstante una conexión estrecha con cláusulas sobre protección de inversiones en convenios entre el Estado de origen del inversor y el Estado de acogida. En términos de aquel precepto, constituye una inversión cada uso de capital que los respectivos convenios aplicables califican como inversión protegida.

El tribunal arbitral en el asunto *Abaclat v. The Argentine Republic* también siguió este enfoque:

349. If it is obvious that the definition of Article 1(1) BIT and the criteria developed by a number of arbitral tribunals with regard to Article 25 ICSID Convention do not coincide, this is so because they can be said to focus each on a different aspect of the investment, i.e., they each look at the investment from a different perspective. The two perspectives can be viewed to be complementary, and to merely reflect a two-folded approach of the BIT and the ICSID Convention towards investment: At first, it is about encouraging investments, i.e., creating the frame conditions to encourage foreign investors to make certain contributions, and once such contributions are made, it is about protecting the fruits and value generated by these contributions. ... Be considered as being illustrated in the Preamble of the ICSID Convention as well as in the BIT: [...].¹⁸³

Para el tribunal arbitral, el criterio decisivo es si los Estados parte consideran el aporte financiero como una inversión merecedora de protección:

365. The ... approach consists in verifying that Claimants made contributions, which led to the creation of the value that Argentina and Italy intended to protect under the BIT. Thus the only requirement regarding the contribution is that it be apt to create the value that is protected under the BIT.¹⁸⁴

¹⁸³ CIADI, *Abaclat and Others v. The Argentine Republic*, Case No. ARB/07/5 (2011), n. marg. 347-349.

¹⁸⁴ CIADI, *Abaclat and Others v. The Argentine Republic*, Case No. ARB/07/5 (2011), n. marg. 365.

El Convenio no determina la ley que el tribunal arbitral deberá aplicar a falta de acuerdo entre las partes sobre el Derecho aplicable. Sólo contiene una referencia general al Derecho del Estado de acogida y a las reglas de Derecho internacional público que “pudieren ser aplicables” al caso concreto (Artículo 42.1; *such rules of international law as may be applicable*). Con ello, el Convenio no deja claro si las partes pueden válidamente someter su relación contractual al Derecho internacional público (por ejemplo, mediante “cláusulas de estabilización” en los contratos de inversión).¹⁸⁵ A pesar de estas dudas, no debería ser ignorada la importancia de la aplicación del Derecho –también el del Estado receptor– por parte de una instancia independiente. Por ejemplo, en el marco de procedimientos CIADI, se han enjuiciado medidas del Estado de acogida con arreglo a principios jurídicos no escritos, a los que el propio Estado de acogida atribuía vigencia en su ordenamiento jurídico interno.¹⁸⁶

Una especialidad del procedimiento CIADI la constituye la posibilidad de anular el laudo con base en un vicio grave. Son causas de anulación: la constitución incorrecta del tribunal arbitral, la extralimitación manifiesta del tribunal en sus facultades, la corrupción de algún miembro del tribunal, el quebrantamiento grave de alguna norma de procedimiento o la falta de motivación del laudo (artículo 52.1). La solicitud de anulación debe presentarse dentro de los ciento veinte días siguientes a la fecha de dictarse el laudo (artículo 52.2). La decisión en el proceso de anulación es tomada por una comisión ad hoc, integrada por tres personas (artículo 52.3). La interpretación generosa de algunas causas de anulación que se realizó en algunos de los primeros procedimientos de anulación suscitó la preocupación de que este recurso extraordinario pudiera degenerar en una especie de apelación. Ello ha alimentado fuertes dudas en torno a la eficiencia del procedimiento CIADI, que podrían apaciguarse con la creciente consolidación de la práctica arbitral.¹⁸⁷ En varios casos recientes, el Comité ha dejado entrever reservas bastante acentuadas respecto del ejercicio de la competencia de revisión.¹⁸⁸

La parte estatal de un procedimiento arbitral ante el CIADI está obligada, con base en el Derecho internacional, a acatar el laudo (artículo 53). Todo Estado contratante reconocerá carácter obligatorio al laudo dictado conforme al Convenio y hará ejecutar, dentro de su territorio, las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado (artículo 54.1). No obstante, un Estado condenado puede recurrir a la inmunidad para impedir la ejecución en su

¹⁸⁵ V. supra, tema 22.

¹⁸⁶ V. por ejemplo, la decisión de la Comisión ad hoc en el caso *Amco Asia Corporation c. The Republic of Indonesia*, *ILM*, 25/1986, pp 1441 y ss., esp. pp. 1456-1457.

¹⁸⁷ Al respecto, v. por ejemplo, Broches, A.: “Observations on the Finality of ICSID Awards”, *ICSID Review*, 6/1991, pp. 321 y ss.; Feldman, M. B.: “The Annulment Proceedings and the Finality of ICSID Arbitral Awards”, *ICSID Review*, 2/1987, pp. 85 y ss.

¹⁸⁸ V. la decisión del comité *ad hoc* en el asunto *CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic*, Case No. ARB/01/8 (Annulment Proceeding), *ILM*, 46 /2007, pp. 1136 y ss., n. marg. 136, 158.

patrimonio (artículo 55). Ello no impide, sin embargo, el reconocimiento y la declaración de ejecutabilidad conforme al Derecho nacional,¹⁸⁹ ya que estos no constituyen medidas de ejecución que afecten a la inmunidad estatal. En comparación con otros mecanismos, el procedimiento CIADI ofrece al inversor privado un alto grado de cobertura jurídica en relación con la imposición de obligaciones derivadas del convenio arbitral.

- 32 En controversias en las que el Estado de origen del inversor o el Estado de acogida de la inversión no sean Estados contratantes del Convenio CIADI, es posible que la controversia se solucione a través de un mecanismo complementario (*Additional Facility*) en el marco del CIADI.¹⁹⁰

6. La Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA)

Bibliografía recomendada: Ebenroth, C. T., Karl, J.: Die Multilaterale Investitions-Garantie-Agentur, 1989; *id.*: “Neuere Entwicklungen bei der Multilateralen Investitions-Garantie-Agentur (MIGA)”, RIW, 1990, suplemento 11; Ossman, G.: “Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency”, JIBL, 11/1996, pp. 359 y ss.; Petersmann, H. G.: “Die Multilaterale Investitions-Garantie-Agentur (MIGA)”, ZaöRV, 46/1986, pp. 758 y ss.; Schaufelberger, P.: La Protection juridique des investissements internationaux dans les pays en développement, 1993; Shihata, J. F. I.: “The Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) and the Legal Treatment of Foreign Investment”, RdC, 203/1978, t. III, pp. 97 y ss.; *id.*: MIGA and Foreign Investment, 1988.

- 33 La Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones se creó, con base en un Convenio Constitutivo propuesto por el Consejo de Gobierno del Banco Mundial, con el objeto de asegurar los riesgos de inversión “no comerciales” y de promover la transferencia de capital en países en vías de desarrollo.¹⁹¹ Según este Convenio, son asegurables el riesgo de transferencia (respecto de las restricciones a la conversión monetaria y de la transferencia de divisas por parte del Estado de acogida), el riesgo de expropiación, de incumplimiento contractual por el Estado de acogida sin contar con la adecuada protección jurídica y, finalmente, el riesgo de un conflicto armado o actos de rebeldía en el Estado de acogida (Artículo 11. [a] ii del Convenio). Al margen de los riesgos de expropiación asegurables quedan las limitaciones a la propiedad que no implican discriminación, que son usuales en la práctica estatal para regular el ordenamiento económico (Artículo 11. a. 2 Convenio). Con ello se está aludiendo, por ejemplo, a normas de Derecho fiscal, de

¹⁸⁹ V. por ejemplo, Sent. de la Corte de Casación francesa, SOABI c. Senegal, ILM, 30/1991, pp. 1167 y ss.; Sent. de la Corte de apelación de París, S. A. R. L Benvenuti et Bonfant c. Gouvernement de la République du Congo, Clunet, 108/1981, pp. 843 y ss., con comentario de B. Oppetit.

¹⁹⁰ La “Additional Facility” fue creada el 27 de septiembre de 1978 por el Consejo de Administración del CIADI. V., Doc. ICSID/11, Additional Facility for the Administration of Conciliation, Arbitration and Fact Finding, 1979.

¹⁹¹ ILM, 24/1985, pp. 1598 y ss.

defensa o de protección del medio ambiente. Teniendo en cuenta que en los países en vías de desarrollo se ha reducido la tendencia a privar totalmente de la propiedad a los inversores extranjeros, los seguros de la MIGA tienen relevancia, sobre todo, en el ámbito de las expropiaciones “furtivas”,¹⁹² y de las restricciones cambiarias.

Al sistema de seguros de la MIGA tienen acceso los nacionales de los Estados parte y las sociedades regidas por el Derecho de un Estado parte que tengan allí su sede de administración o en las que la mayoría del capital se encuentre en manos de nacionales de Estados parte (Artículo 13 del Convenio). 34

7. Sistemas de seguros nacionales

Bibliografía recomendada: Dolzer, R.: “Nationale Investitionsversicherung und völkerrechtliches Enteignungsrecht, Bemerkungen zum Revere Copper-Fall”, *ZaöRV*, 42/1982, pp. 480 y ss.; Köpernik, G.: “Das Instrumentarium des Bundes zur Förderung privater Direktinvestitionen in Entwicklungsländern”, *RIW/AWD*, 1979, pp. 669 y ss.; Kolvenbach, W.: *Protection of Foreign Investments: A Private Law Study of Safeguarding Devices in International Crisis Situations*, 1989; Loibl, G.: “Foreign Investment Insurance Systems”, en Dicke, D. Ch. (ed.): *Foreign Investment in the Present and a New International Economic Order*, 1987, pp. 102 y ss.; Meron, T.: *Investment Insurance in International Law*, 1976; Salow, J.: *Bundesgarantien für Kapitalanlagen im Ausland und Internationaler Investitionsschutz*, 1984; Seidl-Hohenveldern, I.: *Versicherung nicht-kommerzieller Risiken und die Europäische Gemeinschaft*, 1977; Siebelt, J.: “Garantien für Kapitalanlagen im Ausland”, *NJW*, 1994, pp. 2860 y ss.; Wurmstich, J.-D.: “Coverage of Political Risk by National Insurance Agencies: The German Investment Guarantee Scheme”, *Außenwirtschaft*, 41/1986 pp. 123 y ss.

La mayoría de los Estados industrializados occidentales han desarrollado programas estatales de seguros para las inversiones que, además de proteger al inversor, también persiguen la ayuda al desarrollo. Se trata de asegurar los riesgos políticos que afectan a las inversiones de los propios nacionales en países extranjeros. El programa de seguros de Estados Unidos es pionero en la creación de garantías estatales a la inversión; su ejecución la lleva a cabo desde hace algún tiempo la Overseas Private Investment Corporation. Las garantías a la inversión más importantes son las del Estado japonés, que cubren cuantitativamente más de la mitad de las inversiones japonesas en el extranjero. 35

El sistema alemán de aseguramiento de inversiones tiene su fundamento en las correspondientes leyes de presupuestos alemanas. La implementación del programa de seguros se ha confiado a un consorcio liderado por *PriceWaterhouseCoopers Wirtschaftsprüfungs-* 36

¹⁹² V. supra, tema 20, nota al margen 1.

gesellschaft AG como mandataria del Estado alemán. Con base en el contrato de garantía con el Estado alemán, el inversor dispone de un derecho a indemnización si se concreta el riesgo de inversión asegurado. Con la liquidación de daños, el Estado alemán se subroga en las pretensiones del inversor frente al Estado de acogida.

- 37 Más allá de las garantías estatales a la inversión, existe un mercado privado que asegura los riesgos de inversión. En este mercado privado existe la posibilidad (a diferencia de lo que suele ocurrir con las garantías de aseguramiento estatales) de asegurar inversiones preexistentes y de adquirir una protección de seguro que no se limita a determinados países. Algunas entidades, como por ejemplo Lloyds (Londres), ofrecen una protección de seguro para riesgos con plazos especialmente largos o excepcionales.

SEXTA PARTE

Sistema monetario y servicios financieros internacionales

Tema 24 Derecho monetario internacional

1. Consideraciones generales

Bibliografía recomendada: Copelovitch, M. S.: *The International Monetary Fund in the Global Economy: Banks, Bonds, and Bailouts*, 2010; Genberg, H.: *The International Monetary System. Its Institutions and its Future*, 1995; Giovanoli, M. (ed.): *International Monetary Law*, 2000; *id.*: “The Reform of the International Financial Architecture after the Global Crisis”, *International Law and Politics*, 42/2009, pp. 81 ss.; *id.*: *International Monetary Law and Financial Law, The Global Crisis*, 2010; Gold, J.: “Capital Movements, International Regulation”, *EPIL*, t. 1, 1992, pp. 528 y ss.; Hahn, H. J., Häde, U.: *Währungsrecht*, 2.ª ed., 1990; Proctor, C.: *Mann on the Legal Aspect of Money*, 7.ª ed., 2012; Savona, P.: *The New Architecture of the International Monetary System*, 2000; Zimmermann, D.: “Exchange Rate Misalignment and International Law”, *American Journal of International Law*, 105/2011, pp. 423 y ss.

El Derecho monetario internacional es un elemento central del ordenamiento económico internacional. El desplazamiento transfronterizo de bienes y servicios requiere la circulación internacional de medios de pago y capital. Para empresas con sucursales o filiales en Estados extranjeros, el Derecho monetario internacional determina la posibilidad de transferir los beneficios. La regulación de las paridades cambiarias incide de forma decisiva sobre las condiciones de la competencia en el comercio internacional. Así, la alteración de los tipos de cambio es una medida recurrente a efectos de poner a un país en posición ventajosa frente a otras zonas monetarias. Por ejemplo, un Estado puede proporcionarle importantes ventajas competitivas a la industria exportadora nacional si devalúa su moneda o si mantiene el valor externo de su moneda en un nivel artificialmente bajo (por ejemplo, mediante compras masivas de divisas).

Aprovechando la libre circulación de capitales para realizar transacciones especulativas, los actores económicos privados también pueden influir de manera muy relevante en la valoración de las monedas. Ejemplo destacado de ello es la alteración de los flujos de capital mediante los denominados *carry trades*. En estos negocios, el inversor toma un préstamo en una moneda con baja tasa de interés e invierte el capital en una moneda con mayor rendimiento.

- 2 Para la regulación de las relaciones cambiarias interestatales, existen dos modelos básicos: la libre convertibilidad de las divisas y el control cambiario. En un sistema de libre convertibilidad de divisas, la moneda nacional o cualquier otra moneda pueden cambiarse por otras divisas sin restricciones. Junto a ello, existen escalas de convertibilidad que van, desde las restricciones para determinadas transacciones, países o personas, hasta la plena convertibilidad libre a favor de nacionales y extranjeros. En el marco de la libre convertibilidad monetaria, se debe diferenciar entre sistemas monetarios con tipos de cambio fijos (por ejemplo, el patrón oro), sistemas monetarios con tipos de cambio principalmente fijos pero variables según los casos (flexibles por niveles), tipos de cambio flexibles pero con una posible intervención de los bancos centrales (*managed floating*) y, finalmente, los tipos de cambio libres y flexibles. En los tipos de cambio flexibles por niveles, es posible que se produzcan movimientos especulativos de capital, si una divisa se encuentra bajo presión devaluadora. El riesgo de especulación se limita, en estos casos, a los costes de transacción. Además, la mayoría de las devaluaciones se producen de forma brusca, para evitar su repetición a corto plazo. Por el contrario, los tipos de cambio libres y flexibles reaccionan de inmediato al desarrollo del mercado; por ello, los especuladores no pueden calcular con certeza si ya se ha alcanzado la tasa más baja.
- 3 En un sistema de control de cambios (como el que caracterizaba a los Estados comunistas del antiguo “bloque oriental” y que sigue imperando hoy en día en países con un comercio de Estado), la conversión monetaria y la tenencia de divisas se encuentran muy reguladas. En estos sistemas, la posesión de divisas en el territorio nacional se regula por asignación y a través de obligaciones de entrega y recepción. Los sistemas de control de cambios suponen un obstáculo de primer orden al comercio internacional.
- 4 El Convenio de *Bretton Woods* constituye la iniciativa más amplia de crear un orden monetario internacional basado en la libre convertibilidad de las divisas y de garantizar una circulación de medios de pago y capitales adaptada a las exigencias del comercio internacional.
- 5 La ley aplicable a los aspectos monetarios de los intercambios de Derecho privado internacionales se determina de acuerdo con el Derecho monetario internacional. En este ámbito, se plantea también la pregunta de en qué medida ha de tomarse en consideración el Derecho monetario extranjero. En este ámbito juegan un papel destacado las reglas

sobre devaluación de moneda y la prohibición de determinadas cláusulas de estabilización. En cuanto a la toma en consideración de restricciones monetarias extranjeras, el Convenio de Bretton Woods reglamentó su reconocimiento; estas normas son de gran importancia práctica, pero de discutida interpretación.

2. Evolución del sistema de Bretton Woods

Bibliografía recomendada: Caspers, R.: *Zahlungsbilanz und Wechselkurse*, 2002; Coing, H.: “Bretton Woods Conference (1944)”, EPIL, t. I, 1992, pp. 494 y ss.; Dam, K. W.: *The Rules of the ‘Game’ – Reform and Evolution in the International Monetary System*, 1982; Edwards, R. W.: *International Monetary Collaboration*, 1985; Genberg, H.: *The International Monetary System. Its Institutions and its Future*, 1995; Gold, J.: “Developments in the International Monetary System, the International Monetary Fund, and International Monetary Law Since 1971”, RdC, 174 (1982 I), pp. 101 y ss.; Haberler, G.: “The International Monetary System: Recent Developments in Historic Perspective”, *Außenwirtschaft*, 42/1987, pp. 373 y ss.; Proctor, C.: *Mann on the Legal Aspect of Money*, 7.^a ed., 2012.

El Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional, hecho en Bretton Woods 6 en 1944,¹ es de importancia capital para el actual ordenamiento monetario mundial. Este Convenio refleja el planteamiento de que el comercio mundial, para funcionar, requiere la existencia de un sistema monetario mundial estable.

Un elemento esencial de este nuevo sistema era la libre convertibilidad de divisas vin- 7 culada a tipos de cambio fijos. Para el dólar, se previó una paridad fija con el oro. Existía la garantía de un canje en oro en cualquier momento (0,88671 gramos de oro por cada dólar). Para las demás monedas, existía una paridad fija frente al dólar como moneda patrón y, con ello, también frente al oro.

Los tipos de cambio fijos se pueden mantener mientras la oferta y la demanda de la 8 respectiva divisa permanezcan equilibradas. Un exceso en la demanda o en la oferta de determinadas divisas genera balanzas de pagos desequilibradas y presiona a las paridades monetarias existentes para que se readapten. El Convenio de 1944 admitía fluctuaciones monetarias dentro de un determinado porcentaje de ancho de banda. Si se producía una fluctuación monetaria superior, los bancos emisores de los Estados miembros afectados en cada caso estaban obligados a intervenir, es decir, los bancos debían intervenir en el mercado de divisas, mediante la compra o venta de dólares, para así equilibrar el exceso en la demanda o en la oferta. Estados Unidos, como titular de la divisa patrón –a la vista de la garantizada convertibilidad del dólar en oro– no estaba obligado a intervenir.

¹ UNTS, 726, pp. 266 y ss.

- 9 Frente a alteraciones graves de los mercados de divisas, se preveía una modificación de los valores paritarios. De esta forma, se originó un sistema de tipos de cambio fijos con una flexibilidad por niveles.
- 10 Este sistema monetario de flexibilidad gradual de Bretton Woods aseguró, durante mucho tiempo, la estabilidad de las relaciones monetarias entre los Estados miembros. A causa de una creciente inflación y de un volumen de dólares que aumentaba mucho más que las existencias de oro, el sistema de flexibilidad gradual de los tipos de cambio con la convertibilidad del dólar en oro no se pudo mantener por más tiempo. En 1971, Estados Unidos se liberó de la obligación de convertir ilimitadamente los dólares en oro. El *Smithsonian Agreement* de diciembre de 1971, que amplió las oscilaciones cambiarias admisibles y fue seguido por una devaluación del dólar, no pudo detener la caída del sistema de Bretton Woods. En lugar de paridades fijas, se establecieron tipos de cambio flexibles (*floating*). En un primer momento, se trataba de una flexibilidad *de facto*; la flexibilidad *de iure* de los tipos de cambio se introdujo mediante una modificación del Convenio en 1976.² A los Estados miembros les fue otorgada una considerable autonomía reguladora a la hora de decantarse por un sistema de tipos de cambio (artículo IV. 2. b). El Convenio se orienta a la libre convertibilidad de las divisas (artículo VIII. 4.a, Art. IV. 1, frase 2). Para garantizar la estabilidad del orden monetario, se confió al Fondo Monetario Internacional (FMI) la supervisión de la política de tipos de cambio (artículo IV. 3). Se trata, sobre todo, de desarrollar principios rectores especiales para la política de tipos de cambio de los Estados miembros.
- 11 La función más importante del FMI es ayudar a los Estados miembros con los déficits en la balanza de pagos y, de esta forma, asegurar la liquidez internacional.³ Para ello, el FMI se constituyó como un “*pool* monetario”, al que cada Estado miembro está obligado a aportar una determinada cuota (artículo III).
- 12 El Convenio Constitutivo del FMI, tras la modificación de 1976, obliga a los Estados miembros a dirigir su política económica y financiera hacia el objetivo de lograr un crecimiento económico ordenado, mediante una razonable estabilidad de los precios y a tender a la estabilidad económica y financiera, para lo cual los Estados miembros se comprometen a establecer regímenes de cambios ordenados y promover un sistema estable de tipos de cambio (artículo IV. 1).

² El texto de la nueva versión está recogido en *BGBL*, 1978, serie II, p. 13; v. también <http://www.imf.org/external/pubs/ft/aa/spa/index.htm>.

³ V. *infra*, tema 26, nota al margen 1.

3. Observancia de disposiciones cambiarias extranjeras

Bibliografía recomendada: Ebenroth, C. T.: *Banking on the Act of State*, 1985; Ebenroth, C. T., Müller, A.: “Der Einfluß ausländischen Devisenrechts auf zivilrechtliche Leistungspflichten unter besonderer Berücksichtigung des IWF-Abkommens”, *RIW* 1994, pp. 269 y ss.; Ebke, W. F.: *Internationales Devisenrecht*, 1991; Ehrlicke, U.: “Die Funktion des Art. VIII des IWF-Vertrages in der Internationalen Schuldenkrise”, *RIW*, 1991, pp. 365 y ss.; Gold, J.: *The Fund Agreement in the Courts*, t. II, 1982; Großfeld, B.: *Internationales und Europäisches Unternehmensrecht*, 2.^a ed., 1995; Mann, F. A.: “Der Internationale Währungsfonds und das Internationale Privatrecht”, *JZ*, 1981, pp. 327 y ss.

En la circulación transfronteriza de capitales y medios de pago, las restricciones monetarias estatales también juegan un papel considerable en los sistemas de libre convertibilidad monetaria. Se está haciendo referencia a limitaciones cuantitativas o a reservas de autorización para la exportación de divisas. Para las partes de un contrato es de gran importancia saber si las disposiciones de control de cambios de otro Estado se tomarán en consideración o no en el ámbito nacional. 13

En principio, los Estados son libres para negar efecto a las restricciones cambiarias extranjeras sobre las transacciones transfronterizas. En la regulación cambiaria de cada Estado, se reflejan en gran medida intereses de carácter específicamente nacional. Por ello, en la práctica de los tribunales nacionales, se aprecia escasa inclinación a conceder vigencia al Derecho extranjero sobre control de cambios, a menos que exista una obligación convencional especial. Así, el Tribunal Supremo alemán generalmente no reconoce las limitaciones cambiarias extranjeras.⁴ 14

El Artículo VIII. 2. b. 1 del Convenio contiene una excepción muy significativa a la discrecionalidad de los Estados en el reconocimiento de restricciones monetarias extranjeras. Este precepto establece: “Los contratos de cambio que comprendan la moneda de un Estado miembro y que sean contrarios a las disposiciones de control de cambios mantenidas o impuestas por dicho Estado miembro, de conformidad con este Convenio, serán inexigibles en los territorios de cualquier Estado miembro”. 15

Tras esta regulación subyace la vigilancia que ejerce el FMI sobre las disposiciones nacionales de control de cambios. Ese mecanismo de fiscalización se apoya, en el sentido de la solidaridad de las políticas cambiarias, en la obligación, recogida en el Artículo VIII. 2. 16

⁴ Al respecto, v. Sent. Tribunal Supremo alemán de 17 de diciembre de 1959, BGHZ, t. 31, pp. 367 y ss. y Sent. Tribunal Supremo alemán de 17 de febrero de 1971, BGHZ, t. 55, pp. 334 y ss. También en la jurisprudencia de otros Estados se niega, en principio, la aplicación de Derecho extranjero sobre divisas. V. Sent. Corte de Casación francesa de 16 de octubre de 1967, *Revue critique de droit international privé*, 57/1968, pp. 661 y ss. y el comentario de J. -P. Eck.

b del Convenio, de que los Estados miembros reconozcan mutuamente sus limitaciones cambiarias.

- 17 La interpretación de esta disposición es extraordinariamente controvertida. La noción de “contrato de cambio” abarca toda relación obligatoria de carácter contractual que, de alguna forma, pueda menoscabar la reserva monetaria de un Estado miembro del FMI o que afecte a la balanza de pagos de un Estado miembro y repercuta sobre ésta.⁵ Según una reciente decisión del Tribunal Supremo alemán, el Artículo VIII. 2. b del Convenio sólo afecta a pagos por transacciones corrientes, no siendo aplicable para las transferencias de capital propias del Derecho de sociedades.⁶

En el caso resuelto por el Tribunal Supremo alemán, se trataba de una demanda frente a un banco búlgaro, socio comanditario de una empresa alemana, a causa del pago pendiente de un capital comanditario incrementado. El banco no pudo invocar aquí las limitaciones a la circulación de divisas contenidas en el Derecho búlgaro. Como expuso de forma convincente el Tribunal Supremo alemán, la obligación de reconocer disposiciones cambiarias extranjeras, contenida en el Convenio, únicamente se refiere a restricciones a los pagos corrientes en el sentido del Artículo XXX, letra d, del Convenio. Ello es consecuencia de que sólo estas restricciones a los pagos corrientes –admitidas de forma excepcional– se someten a la vigilancia del FMI, mientras que los Estados miembros gozan de gran libertad en el tratamiento de las transferencias de capital. Otra interpretación del Convenio del FMI sometería, con frecuencia, a los contratos sobre transferencias de capital transfronterizas a un riesgo difícil de calcular. Con ello, la circulación internacional de capitales se enfrentaría a una difícil prueba.

Los bonos estatales con amplio plazo de vigencia no se consideran contratos de cambio.⁷ Esto es aplicable no sólo a la deuda principal, sino también a los intereses corrientes.

En este sentido se pronunció el *Oberlandesgericht* de Frankfurt, a propósito de bonos estatales de Argentina, puntualizando

(...) que la emisión de bonos de Estado crea obligaciones crediticias a largo plazo y económicamente significativas –para el emitente–, por lo que debe considerarse una transacción de capital. Como tal, no está sometida a la disposición del Convenio Constitutivo del FMI arriba mencionada [artículo XXX *lit.* d] (...). Lo mismo rige para los intereses prometidos, en los términos y condiciones de la emisión. También a este respecto, el Senado se une a lo expuesto por el *Landgericht* de Frankfurt, según lo cual la mencionada disposición del Convenio sólo

⁵ Sent. Tribunal Supremo alemán de 14 de noviembre de 1991, BGHZ, t. 116, pp. 77 y ss., esp. p. 83.

⁶ BGH, RIW, 1994, pp. 151 y ss. (en conexión con la Sent. OLG Hamburg, IPRax, 1993, pp. 170 y ss. v. al respecto, Ebenroth, C. T., Woggon, R.: “Einlageforderungen gegen ausländische Gesellschafter und Art. VIII Abschnitt 2 (b) IWF-Abkommen”, IPRax, 1993, p. 151)

⁷ Sent. LG Frankfurt a. M., WM, 2003, pp. 783 y ss. (esp. p. 785); Sent. OLG Frankfurt a. M., NJW, 2006, pp. 2931 y ss.

abarca el pago de intereses para transacciones crediticias corrientes y a corto plazo, pero no los pagos de intereses acordados en este caso (...).⁸

Según el Artículo VIII. 2., letra b, inciso primero del Convenio, los contratos de cambio 18 que sean contrarios a las disposiciones de control de cambios de un Estado miembro serán inexigibles (en el texto inglés del Convenio, *unenforceable*).

El Tribunal Supremo alemán, en una decisión reciente, se ha ocupado de forma detallada de los efectos jurídicos de este precepto.⁹ En este caso, un banco alemán había concedido un préstamo muy cuantioso a una sociedad anónima con sede en Grecia. Para garantizar el crédito, el demandado, director general de la sociedad anónima, se hizo cargo de la fianza. La autorización de divisas que debía otorgar el Banco de Grecia para poder realizar el préstamo no cubrió por completo el tipo de interés pactado, así que el director general se obligó personalmente a abonar la diferencia. El banco alemán demandó al director general a causa de la fianza. El tribunal de apelación consideró que el negocio de préstamo, en su conjunto, era inexigible, por haberse infringido el Derecho griego de control de cambios y declaró, por tanto, que la reclamación respecto de la fianza era inadmisibile. Esta interpretación fue rebatida por el Tribunal Supremo alemán. Según su opinión, la violación de las disposiciones extranjeras de control de cambios de un Estado miembro a que alude el Artículo VIII. 2. letra b, inciso primero del Convenio no afecta a la eficacia civil de los negocios jurídicos privados e impide el cumplimiento de obligaciones contractuales sólo en la medida en que los intereses cambiarios del otro Estado se vean lesionados:

El Artículo VIII. 2, letra b del Convenio Constitutivo del FMI únicamente establece, de forma general, que no se puede demandar con base en contratos de cambio que contravengan disposiciones de control de cambios. Si el contrato en su conjunto viola una norma dictada por el Estado afectado para proteger su sistema de control de cambios, toda la reclamación será inexigible. No obstante, el tenor literal del precepto no permite establecer si esa consecuencia jurídica también rige si (...) las partes del contrato solicitaron la correspondiente autorización legal, pero acordaron un tipo de interés un poco más elevado que el autorizado. Esta cuestión ha de resolverse atendiendo al sentido y finalidad de la disposición de Derecho internacional público. El Artículo VIII. 2, letra b del Convenio Constitutivo FMI tiene por objeto proteger las reservas de divisas de un Estado miembro, en la misma medida que dicho Estado las protege por medio de disposiciones de control de cambios. Para lograr esto, no es necesario privar al negocio de su eficacia jurídico privada. Es suficiente con que los tribunales y

⁸ Sent. OLG Frankfurt a. M. (*supra*, nota anterior).

⁹ Sent. Tribunal Supremo alemán de 14 de noviembre de 1991, BGHZ, t. 116, pp. 77 y ss.

las autoridades de los Estados miembros no ayuden a las partes al cumplimiento de un negocio cambiario prohibido”.¹⁰

- 19 En este caso, el Tribunal Supremo alemán ha dejado abierta la cuestión de si la “inexigibilidad” de una pretensión constituye una excepción procesal o si se trata de una obligación no exigible judicialmente –obligación natural–, como en el caso de una deuda de juego o una apuesta. El tenor literal del Artículo VIII. 2, letra b del Convenio se inclina por entender que se trata de una obligación eficaz, no exigible judicialmente.
- 20 Según el Artículo VIII del Convenio, la debida toma en consideración del Derecho sobre control de cambios de otro Estado no va tan lejos como para que, con base en este Derecho, debiesen ser reconocidas las demandas de daños y perjuicios u otras reclamaciones del Estado miembro afectado. En este sentido, los tribunales estadounidenses rechazaron una reclamación indemnizatoria ejercitada por el Banco central brasileño, a causa de la participación oclusiva de una empresa estadounidense en la no entrega de una cantidad de dólares, en relación con la exportación de café de Brasil a Estados Unidos.¹¹

4. Eurodivisas

Bibliografía recomendada: Carreau, D., Juillard, P.: *Droit international économique*, 4.^a ed., 1998, pp. 471 y ss.; Hahn, H. J.: *Das Währungsrecht der Euro-Devisen*, 1973; *id.*: *Währungsrecht*, 1990, § 4; Rosenau, H.: “Das Eurodollar-Darlehen und sein anwendbares Recht”, *RIW*, 1992, pp. 879 y ss.

- 21 Los mercados de eurodivisas son el resultado de iniciativas económicas privadas y no de una regulación estatal. Con el concepto “eurodivisa” se designan los depósitos bancarios expresados en una moneda distinta a la nacional. En este sentido, los activos en dólares depositados en un banco en Alemania constituyen eurodólares. A final de los años cincuenta, bancos comerciales y empresas no estadounidenses desarrollaron la práctica de pago consistente en establecer y satisfacer sus créditos en dólares.
- 22 La colocación de activos en una determinada moneda fuera del Estado emisor de esa moneda es un mecanismo para sustraer al activo de la intervención normativa del Estado emisor. La filial parisina del banco estatal soviético, la *Banque Commerciale pour l'Europe du Nord* o abreviadamente *Euro-Bank*, colocó gran cantidad de dólares fuera de Estados Unidos. De esta forma surgió la denominación eurodólar. En la época de la “guerra fría”, los países del bloque del Este quisieron evitar, por esta vía, el riesgo de que el Gobierno estadounidense congelase sus activos en dólares.

¹⁰ *Ibid.*, pp. 84-85.

¹¹ *Banco do Brasil, S. A. v. A. C. Israel Commodity Co.*, N. E. 2d, vol. 190, pp. 235 y ss. (Court of Appeals of New York, 1963).

Para las empresas que actúan en el ámbito internacional, la tenencia de divisas extranjeras 23
facilita la circulación de pagos. Las eurodivisas también permiten aprovechar las diver-
gencias entre tasas de interés en los mercados monetarios internacionales. La reserva de
eurodivisas limita la posible influencia de los bancos centrales nacionales sobre la oferta
monetaria y la tasa de interés. Por el contrario, desde la perspectiva de las empresas priva-
das, la posesión de divisas extranjeras tiene especial interés por la seguridad en el cálculo,
la garantía de su liquidez y la reducción de los costes de transacción.

Es interesante analizar los detalles de la configuración de la relación contractual entre el 24
depositante y el banco en el que están depositadas las divisas extranjeras. En los negocios
de eurodivisas, realmente no se mueven capitales, sino que los bancos participantes com-
pensan los pagos en el Estado de las respectivas divisas negociadas. Por tanto, el banco
en el que se ha constituido una cuenta en divisa extranjera no dispone de estas divisas
extranjeras como saldo en efectivo. Así pues, la obligación del banco no se limita a efec-
tuar transferencias a favor del titular de la cuenta con efectos en el Estado extranjero de
la divisa. Con una obligación limitada de este tipo, se vería frustrada la finalidad origi-
naria de las eurodivisas: la pretensión de sustraer una divisa extranjera a la intervención
del Estado emisor. El Estado de la divisa podría impedir la deseada transferencia a su
territorio. En este sentido, la High Court inglesa ha decidido que el titular de eurodivisas
puede solicitar que su dinero se le pague en efectivo.¹²

Tema 25

Unión Monetaria Europea y otras uniones monetarias regionales

1. La Unión Monetaria Europea

Bibliografía recomendada: Bognar, Z.: *Europäische Währungsintegration und Außen-
wirtschaftsbeziehungen*, 1997; Herdegen, M.: *Europarecht*, 13.^a ed., 2011, § 23; Smits,
R.: *The European Central Bank*, 1997; Stadler, R.: *Der rechtliche Handlungsspielraum des
Europäischen Systems der Zentralbanken*, 1996; v. también la bibliografía para el tema 4,
nota al margen 2.

Los primeros Estados participantes en la Unión Monetaria Europea (la denominada “zona 1
euro”), que se materializó con la entrada en la tercera etapa de la Unión Económica y Mo-
netaria, fueron el Benelux, Alemania, Austria, Francia, Finlandia, Irlanda, Italia, Portugal
y España. Más tarde se unieron Grecia, Eslovenia, Malta, Chipre, Eslovaquia y Estonia.

Actualmente, Dinamarca, Suecia y Reino Unido, así como la mayoría de los Estados que 2
se adhirieron a la Unión Europea en 2004 y 2007, se mantienen fuera de la zona euro. De

¹² Libyan Arab Foreign Bank v. Bankers Trust Company, ILM, 26/1987, pp. 1600 y ss.

acuerdo al Artículo 139 TFUE, estos Estados tienen un estatus especial que, respecto de Dinamarca y Reino Unido, aparece especificado en las disposiciones de un protocolo. Ciertos Estados miembros, que no participan en la zona euro, adoptaron un Mecanismo de Tipos de Cambio, el denominado MTC II, también conocido como SME II. En el marco de este mecanismo, se fija un tipo de cambio rector para una moneda nacional frente al euro, con un margen de fluctuación estándar de 15%. En caso de desviaciones sobre este margen, el Banco Central Europeo y los bancos centrales nacionales están obligados a intervenir.

- 3 Las monedas de los Estados miembros de la zona euro, tras la adopción de tipos de conversión fijos (Artículo 140.3 TFUE), han sido sustituidas por la moneda única. El cambio al euro como moneda de curso legal se realizó al principio del año 2002.
- 4 En el centro de la Unión Monetaria Europea se encuentra el Banco Central Europeo (BCE) que, junto con los Bancos Centrales de los Estados miembros conforma el Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) (Artículos 127 y ss., 282 y ss. TFUE). El TFUE establece que el “objetivo principal” del SEBC es mantener la estabilidad de precios (artículo 127.1, inciso primero). En este sentido, el Tribunal Constitucional alemán ha denominado acertadamente a la Unión Monetaria como “comunidad de la estabilidad” (Stabilitätsgemeinschaft).¹³
- 5 Las decisiones fundamentales sobre política monetaria son adoptadas por el Consejo de Gobierno del BCE. Este Consejo está formado por los miembros del Comité Ejecutivo del BCE y los Gobernadores de los Bancos Centrales nacionales (Artículo 282.1, inciso primero, del TFUE). Según los Estatutos del SEBC, los Gobernadores de los Bancos Centrales de los Estados que no participan en la Unión Monetaria forman parte también del Consejo de Gobierno ampliado del BCE. Este Consejo ampliado goza de facultades limitadas. El BCE y los bancos centrales de los Estados miembros de la zona euro, así como los miembros de sus órganos de decisión, desempeñan de manera completamente independiente las funciones y obligaciones que les asignan los Tratados (Artículo 130.1 TFUE).
- 6 El BCE tiene el derecho exclusivo de autorizar la emisión de billetes de banco en la zona euro (Artículo 128.1, primera frase TFUE). Los billetes emitidos por el Banco Central Europeo y los bancos centrales nacionales serán los únicos billetes de curso legal en la Unión (Artículo 128.1, segundo y tercer incisos TFUE). El BCE puede realizar operaciones de mercado abierto y de crédito (Artículo 18 de los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales - SEBC). Además está facultado para emitir disposiciones en materia de reservas mínimas (Artículo 19 de los Estatutos del SEBC).

¹³ Sent. del Tribunal Constitucional alemán de 12 de octubre de 1993, BVerfGE, vol. 89, pp. 155 y ss., esp. p. 204.

El Consejo de la Unión Europea puede aprobar por unanimidad acuerdos formales relativos a un sistema de tipos de cambio para el euro en relación con las monedas de terceros Estados (Artículo 219.1 TFUE). A título excepcional, el Consejo puede también resolver sobre acuerdos formales en materia de régimen monetario y cambiario con terceros Estados y organizaciones internacionales (Artículo 219.3 TFUE). De esta forma, la “política monetaria exterior” no está en manos del BCE, sino del Consejo.¹⁴ 7

La garantía permanente de estabilidad monetaria en la zona euro está en estrecha relación con la disciplina presupuestaria de los Estados miembros. El Consejo Europeo acordó, en enero de 1997, el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, que contiene un conjunto de medidas para el cumplimiento y el control de la disciplina presupuestaria. En el año 2005, el Pacto fue reformado para proporcionarle una cierta flexibilidad.¹⁵ El compromiso con la disciplina fiscal y los mecanismos de supervisión del “Pacto de estabilidad y crecimiento” no lograron contrarrestar el endeudamiento desbordante de muchos Estados de la Unión Europea.¹⁶ 8

Los Estados miembros de la Unión Europea, pero no la Unión Europea, son miembros del Fondo Monetario Internacional. De acuerdo con las resoluciones del Consejo Europeo, los Estados miembros y la Unión Europea deben sintonizar sus posiciones (tomando en cuenta, en particular, los puntos de vista emitidos por el SEBC). El Banco Central Europeo tiene estatus de observador en el Directorio del Fondo Monetario Internacional. Incumbe al Estado que ejerce la presidencia del “eurogrupo” la presentación las posiciones comunes de la Unión Europea. 9

2. Otras uniones monetarias regionales

Aparte de la Unión Monetaria Europea con la zona euro, existen otras uniones monetarias regionales. En Europa, existe una unión monetaria entre Suiza y el Principado de Liechtenstein (con el franco suizo como moneda común). Otras uniones monetarias regionales encuentran sus raíces en la historia colonial. Así es como la Unión Monetaria de África Occidental y la Unión Monetaria de África Central tienen el franco africano (anteriormente, el franco francés) como moneda común, que se encuentra en relación de paridad fija con el euro. La Unión Monetaria del Caribe Oriental, con el dólar del Caribe Oriental, se apoya en el dólar estadounidense. Existen otros proyectos de uniones monetarias, por ejemplo, entre los Estados del Golfo Árabe. 10

¹⁴ *DO L* 209 de 9 de agosto de 1997, p. 6.

¹⁵ *V. supra*, tema 5, nota al margen 2.

¹⁶ En cuanto a los nuevos mecanismos de asistencia para Estados sobreendeudados cuya moneda es el euro, *v. supra*, tema 5, nota al margen 2.

Tema 26

Servicios financieros internacionales y supervisión de la política monetaria

1. Fondo Monetario Internacional

Bibliografía recomendada: Bergthaler, W., Bossu, W.: “Recent Developments in the International Monetary Fund”, *European Yearbook of International Economic Law*, 2010, pp. 391 y ss.; Denters, E.: *Law and Policy of IMF Conditionality*, 1996; Edwards, R. W.: *International Monetary Collaboration*, 1985; Ferber, M., Winkelmann, G.: *Internationaler Währungsfonds, Weltbank, IFC, IDA*, 3.^a ed., 1985, pp. 17 y ss.; Gianviti, F.: “The International Monetary Fund and External Debt”, *RdC*, 215/1989, vol. III, pp. 205 y ss.; *id.*: “The Reform of the International Monetary Fund (Conditionality and Surveillance)”, *International Lawyer* 34/2000, pp. 107 ss.; Gold, J.: “Conditionality”, *IMF Pamphlet Series*, n.º 31, 1979; *id.*: “International Monetary Fund”, en: *EPIL*, t. II, 1995, pp. 1271 y ss.; *id.*: “Capital Movements, International Regulation”, en: *EPIL*, t. I, 1992, pp. 528 y ss.; Gramlich, L.: “Eine neue ‘Finanzarchitektur’ oder: Der IMF in der Krise?”, *AVR*, 38/2000, pp. 399 y ss.; *id.*: “Internationale Finanzordnung (IMF und IBRD) – Legitimität, Effektivität, Reform“, en Giegerich, T. (ed.): *Internationales Wirtschafts- und Finanzrecht in der Krise*, 2011, pp. 71 y ss.; Grote, R., Marauhn, T.: *The Regulation of International Financial Markets: Perspectives for Reform*, 2006; Kranz, J.: *Entre l’influence et l’intervention*, 1994; Lastra, R. M.: *The Reform of the International Financial Architecture*, 2001; Scott, H.S.: *International Finance: Law and Regulation*, 2004; Zimmermann, C.D.: “Exchange Rate Misalignment and International Law”, *American Journal of International Law*, 105/2011, pp. 423 y ss.

- 1 El Fondo Monetario Internacional aspira a asegurar un sistema monetario internacional viable, que facilite el intercambio de bienes, servicios y capital entre los países, y sirva de base a un crecimiento económico sólido, así como a la conformación de un ordenamiento económico y financiero estable en los países miembros (Artículo IV. 1, primera frase del Convenio Constitutivo del FMI). En particular, el FMI se dedica a la creación de condiciones favorables de inversión.¹⁷

El Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional se remonta a la Conferencia de Bretton Woods de 1944.¹⁸ El Artículo 1 de este Convenio establece que los fines del FMI son:

¹⁷ V. el informe anual sobre inversiones del Fondo Monetario Internacional.

¹⁸ <http://www.imf.org/external/pubs/ft/aa/spa/index.htm> España ratificó el Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional mediante Decreto-Ley de 4 de julio de 1958, BOE núm. 220 de 13 de septiembre de 1958. El texto de la primera enmienda (ratificada por España mediante instrumento de ratificación de 15 de julio de 1969) se encuentra en el BOE núm. 216 de 9 de septiembre de 1969, pp. 14292 y ss., el de la segunda enmienda (ratificada por España mediante instrumento de ratificación de 30 de abril de 1977) en el BOE núm. 305 de 22 de diciembre de 1978, pp. 28942 y ss. Para el texto de la tercera enmienda, v. *ILM*, 31/1992, pp. 1307 y ss. El texto de

- i) Fomentar la cooperación monetaria internacional, por medio de una institución permanente, que sirva de mecanismo de consulta y colaboración en cuestiones monetarias internacionales.
- ii) Facilitar la expansión y el crecimiento equilibrado del comercio internacional, contribuyendo así a alcanzar y mantener altos niveles de ocupación y de ingresos reales y a desarrollar los recursos productivos de todos los países miembros como objetivos primordiales de política económica.
- iii) Fomentar la estabilidad cambiaria, procurar que los países miembros mantengan regímenes de cambios ordenados y evitar depreciaciones cambiarias competitivas.
- iv) Coadyuvar a establecer un sistema multilateral de pagos para las transacciones corrientes que se realicen entre los países miembros, y eliminar las restricciones cambiarias que dificulten la expansión del comercio mundial.
- v) Infundir confianza a los países miembros poniendo a su disposición temporalmente y con las garantías adecuadas los recursos generales del Fondo, dándoles así oportunidad de que corrijan los desequilibrios de sus balanzas de pagos sin recurrir a medidas perniciosas para la prosperidad nacional o internacional.
- vi) De acuerdo con lo que antecede, acortar la duración y aminorar el grado de desequilibrio de las balanzas de pagos de los países miembros.

En la actualidad, el FMI cuenta con 187 miembros. El órgano supremo del FMI es la 2 Junta de Gobernadores, en la cual cada país miembro cuenta con un Gobernador titular (generalmente, el Ministro de Economía o el Presidente del Banco Central) y un suplente (Artículo XII. 2 Convenio FMI). La gestión de las operaciones generales del Fondo corresponde al Directorio Ejecutivo con 24 asientos (Artículo XII. 3 Convenio FMI).

Los derechos de voto de los miembros se determinan en función de los votos de base que corresponden a cada Estado, y unos componentes variables cuya cuantía depende de la cuota asignada a cada miembro. Para algunas decisiones importantes (por ejemplo, las previstas en el artículo XXVIII, letra a, y en el artículo V. 12, letra b), se necesita una mayoría del 85% de los votos.

La reforma llevada a cabo en el año 2010 ha reforzado de forma relevante (en términos de cuotas en el capital y representación en el Directorio Ejecutivo) la posición de importantes países emergentes, a costa de los países industrializados occidentales.

Atendiendo a determinados datos económicos, a cada Estado miembro se le asigna una 3 cuota, que determina su participación en el Fondo y su deber de aportación (v. Artículo

la cuarta enmienda (ratificada por España mediante Ley 13/1999) se encuentra en el BOE núm. 96 de 22 de abril de 1999. Mediante sentencia 155/2005 de 9 de junio de 2005, el Tribunal Constitucional español declaró constitucional la adhesión de España a la cuarta enmienda del Convenio Constitutivo del FMI mediante el art. 3 de la Ley 13/1999. Para el texto (inglés) de la quinta y sexta enmienda (ratificadas por España el 7 de julio de 2009 y entradas en vigor el 18 de febrero y el 3 de marzo de 2011), v. <http://www.imf.org/external/pubs/ft/aa/index.htm>. Respecto de la evolución del FMI, v. *supra*, tema 24, nota al margen 2.

III Convenio FMI). La cuota también incide en los derechos de voto y en la posibilidad de mejorar la propia liquidez con ayuda del Fondo (mediante el acceso a financiación proporcionada por el FMI y la asignación de derechos especiales de giro).

La cuota se calcula de acuerdo con el producto de una pluralidad de variables (como, por ejemplo, el producto interior bruto, reservas en oro y divisas, participación en derechos especiales de giro, y flujos de pago). La reforma del sistema de cuotas en 2007, 2008 y 2010 ha provocado un aumento espectacular de las cuotas de la República Popular de China, Corea del Sur, México y Turquía. La cuota de Estados Unidos es de, aproximadamente, un 17% (lo que le confiere una minoría de bloqueo en caso de toma de decisiones importantes), la de Japón, República Popular de China y Alemania, es de 6%, y la de Rusia de un 3%. El peso de los países con bajos ingresos (*low-income countries, LIC*) está llamado a crecer a través de un nuevo sistema de cálculo.

En el pasado tuvo lugar un cambio sustancial en el sistema de financiación del Fondo Monetario Internacional, que pasó de una financiación normal a través de las cuotas de los miembros a una financiación por créditos acordados mediante contratos. Durante un tiempo, la financiación por créditos excedió de lejos el volumen de las cuotas. Esta tendencia afectaba a la esencia de la estructura del Fondo Monetario Internacional, porque las cuotas determinan los derechos de voto, la cuantía de las obligaciones de pago y la asignación de derechos especiales de giro. La reforma de 2010 se opuso a esta tendencia: por un lado, se duplicaron las cuotas, y, por otro lado, se redujo el volumen de créditos acordado. No obstante, el volumen financiero total disponible se acerca a los novecientos veinte mil millones de dólares estadounidenses.

4 Las obligaciones generales de los Estados miembros en materia de regímenes de cambio se rigen por el Artículo IV. 1 del Convenio FMI:

Reconociendo que el sistema monetario internacional tiene como fin esencial establecer un marco que facilite el intercambio de bienes, servicios y capital entre los países y sirva de base a un crecimiento económico sólido, y que un objetivo primordial es el de fomentar de modo constante las condiciones fundamentales y ordenadas necesarias para la estabilidad económica y financiera, los países miembros se comprometen a colaborar con el Fondo y entre sí para establecer regímenes de cambios ordenados y promover un sistema estable de tipos de cambio. En particular, todo país miembro:

- i) hará lo posible, teniendo debidamente en cuenta sus circunstancias, para orientar sus políticas económicas y financieras hacia el objetivo de estimular un crecimiento económico ordenado con razonable estabilidad de precios;
- ii) procurará acrecentar la estabilidad fomentando condiciones fundamentales y ordenadas, tanto económicas como financieras, y un sistema monetario que no tienda a producir perturbaciones erráticas;
- iii) evitará manipular los tipos de cambio o el sistema monetario internacional para impedir el ajuste de la balanza de pagos u obtener ventajas competitivas desleales frente a otros países miembros, y

- iv) seguirá políticas cambiarias compatibles con las obligaciones a las que se refiere esta Sección.

La supervisión de las manipulaciones de moneda estatales, que proporciona ventajas considerables a las zonas económicas favorecidas en la competencia internacional, es de relevancia fundamental (Artículo IV. 1 (iii) del Convenio FMI). Sin embargo, el Fondo Monetario Internacional no dispone de un sistema efectivo de sanciones. Esto constituye una gran debilidad del ordenamiento monetario internacional.

La decisión del Directorio Ejecutivo del FMI de junio de 2007 sobre la supervisión bilateral de las políticas de los países miembros (*Bilateral Surveillance over Members' Policies*)¹⁹ concreta, por un lado, las obligaciones de los Estados miembros con base en el Artículo IV. 1 del Convenio FMI, y por otro lado, los mecanismos de supervisión. La decisión pone énfasis en la “estabilidad externa” en el sentido de una balanza de pagos que no da lugar a fluctuaciones masivas del tipo de cambio:

(...) Parte I: Principios que orientarán la supervisión bilateral que realiza el Fondo

A. El alcance de la supervisión bilateral

4. El alcance de la supervisión bilateral está determinado por las obligaciones de los países miembros en el marco del artículo IV, Sección 1. Los países miembros se comprometen en virtud del artículo IV, Sección 1, a colaborar con el Fondo y con otros países miembros para establecer regímenes cambiarios ordenados y para promover un sistema estable de tipos de cambio (en lo sucesivo, la “estabilidad sistémica”). La manera más eficaz de lograr la estabilidad sistémica es que cada país miembro adopte políticas que promuevan su propia “estabilidad externa”; es decir, políticas coherentes con las obligaciones de los países previstas en el artículo IV, Sección 1 y, en particular, con las obligaciones específicas establecidas en el artículo IV, Sección 1 i) a iv). “Estabilidad externa” se refiere a una balanza de pagos que no origine movimientos innecesarios que perturben el tipo de cambio, ni tenga la probabilidad de hacerlo. Salvo lo dispuesto en el párrafo 7, la estabilidad externa se evalúa en el ámbito de cada país miembro.

5. La supervisión bilateral que realiza el Fondo se centrará en las políticas de los países que pueden influir significativamente en la estabilidad externa actual o futura. El Fondo analizará si esas políticas promueven la estabilidad externa y asesorará al país miembro sobre los ajustes de las políticas que son necesarios para lograr ese cometido. Por consiguiente, las políticas cambiarias siempre estarán sujetas a la supervisión bilateral que el Fondo ejerce con respecto a cada país miembro, al igual que las políticas monetarias, fiscales y del sector financiero (tanto en aspectos macroeconómicos como en aspectos estructurales de importancia macroeconómica). Otras políticas se examinarán en el contexto de la supervisión únicamente en la medida en que influyan significativamente sobre las perspectivas de estabilidad externa actuales y futuras.

¹⁹ Decisión 13919 (07/51).

6. El Fondo considera que los países miembros promueven la estabilidad externa al aplicar políticas económicas y financieras que promueven la estabilidad interna, es decir, cuando procuran: i) orientar sus políticas económicas y financieras hacia el objetivo de estimular un crecimiento económico ordenado con razonable estabilidad de precios teniendo debidamente en cuenta sus circunstancias, e ii) acrecentar la estabilidad fomentando condiciones fundamentales ordenadas, tanto económicas como financieras, y un sistema monetario que no tienda a producir perturbaciones erráticas. Al ejercer la supervisión, el Fondo evaluará si las políticas de un país están orientadas a promover la estabilidad interna. Si bien el Fondo siempre examinará si las políticas internas de un país están orientadas a mantener una economía nacional que en términos generales se desarrolle al máximo de su capacidad, la institución examinará si las políticas internas están encaminadas a fomentar una tasa elevada de crecimiento potencial únicamente en los casos en que dicho crecimiento potencial elevado influya significativamente en las perspectivas de estabilidad interna y, por consiguiente, en las perspectivas de estabilidad externa. Sin embargo, el Fondo no le exigirá a ningún país miembro que haya cumplido con lo dispuesto en el artículo IV, Sección 1 i) e ii) que modifique sus políticas internas por el bien de la estabilidad externa (...).

La parte II de la decisión sobre supervisión bilateral de 2007 (“Principios que orientarán las políticas de los países miembros en el marco del artículo IV, Sección 1”) contiene obligaciones de los Estados miembros (Principio A), pero también meras recomendaciones (Principios B, C y D):

14. El Principio A expone la obligación enunciada en el artículo IV, Sección 1 iii), sobre cuyo significado se proporciona más orientación en el Anexo de esta Decisión. Los Principios B a D constituyen recomendaciones y no obligaciones para los países miembros. Una determinación del Fondo en el sentido de que un país miembro no está siguiendo una de estas recomendaciones no ha de conducir a la presunción de que el país miembro ha incumplido sus obligaciones en el marco del artículo IV, Sección 1.

A. Todo país miembro evitará manipular los tipos de cambio o el sistema monetario internacional para impedir el ajuste eficaz de la balanza de pagos u obtener ventajas competitivas desleales frente a otros países miembros.

B. Todo país miembro deberá intervenir en el mercado de cambios cuando sea necesario para combatir condiciones desordenadas que puedan estar caracterizadas, entre otras cosas, por movimientos perturbadores a corto plazo del tipo de cambio de su moneda.

C. En sus políticas de intervención, los países miembros deberán tener en cuenta los intereses de otros países miembros, incluidos los de los países con cuya moneda intervengan.

D. Los países miembros deberán evitar políticas de tipo de cambio que conduzcan a la inestabilidad externa.

Según la decisión sobre supervisión bilateral, una infracción al Artículo IV. 1 (iii) del Convenio FMI presupone que las fluctuaciones del tipo de cambio apunten tanto a la subvaloración del tipo de cambio como a una expansión de las exportaciones netas: “Un país miembro estaría contraviniendo lo dispuesto en el artículo IV, Sección 1 iii) sólo si el Fondo determinara que: a) el país miembro está manipulando el tipo de cambio de su moneda o el sistema monetario internacional y b) dicha manipulación se está llevando a cabo para lograr uno de los dos propósitos específicamente mencionados en el artículo IV, Sección 1 iii)” (Anexo, núm. 2).

La decisión sobre supervisión bilateral de 2007 presenta un listado de indicios para que un régimen de cambio merezca especial supervisión:

15 Al supervisar el cumplimiento por parte de los países miembros de los principios establecidos anteriormente, el Fondo considerará los siguientes hechos como obligación de llevar a cabo un examen exhaustivo y como posible indicación de la necesidad de iniciar discusiones con el país miembro:

- i) Intervención prolongada en gran escala en un solo sentido en el mercado de cambios.
- ii) Obtención excesiva de préstamos oficiales o cuasioficiales que sean insostenibles o bien que acarreen riesgos de liquidez excesivamente elevados, o acumulación excesiva y prolongada, de carácter oficial o cuasioficial, de activos externos con fines relacionados con la balanza de pagos.
- iii) a) Adopción, gran intensificación o mantenimiento prolongado, con fines relacionados con la balanza de pagos, de restricciones o incentivos a las transacciones o pagos corrientes.
- b) Adopción o modificación sustancial, con fines relacionados con la balanza de pagos, de restricciones o incentivos para la entrada o salida de capital.
- iv) Adopción, con fines relacionados con la balanza de pagos, de políticas monetarias y otras políticas financieras que alienen o desalienen en forma anormal los flujos de capital.
- v) Desalineación fundamental del tipo de cambio.
- vi) Déficits o superávits en cuenta corriente excesivos y prolongados.
- vii) Factores de vulnerabilidad excesiva en el sector externo, como riesgos de liquidez, derivados de los flujos de capital privado. (...).

Una área central del FMI es la concesión de ayuda financiera a los Estados miembros en caso de déficit de la balanza de pagos. En este sentido, el Fondo Monetario Internacional actúa como prestamista de última instancia (*lender of last resort*). Durante los años previos a que estallara la crisis financiera de los países occidentales industrializados, en el otoño de 2007, el Fondo Monetario Internacional había perdido gran parte de su relevancia como prestamista, y debido a la disminución de créditos, también sufría una reducción considerable en ingresos derivados de los intereses debidos. Entre tanto, la posición del

Fondo Monetario Internacional en la arquitectura financiera mundial se ha consolidado. En esta dirección, la dotación financiera del Fondo ha sido sustancialmente reforzada. Durante la crisis financiera de los países occidentales industrializados, el Fondo Monetario Internacional volvió a ser un actor importante en las “operaciones de rescate”.

En tiempos recientes, el Fondo Monetario Internacional ha prestado ayuda a Hungría y Lituania, ambos Estados miembros de la Unión Europea, y a Grecia. Con la ayuda a Grecia, se ha concedido ayuda, por primera vez, a un Estado miembro de la zona euro.

La balanza de pagos de un país se refiere a las transacciones económicas relacionadas con el extranjero. Se habla de déficit en la balanza de pagos si el valor monetario que se transfiere al extranjero excede del valor monetario que entra en territorio nacional.

- 6 Las operaciones y transacciones del Fondo Monetario Internacional se realizan a través de un Departamento General y un Departamento de Derechos Especiales de Giro (segundo párrafo del Artículo preliminar, Artículo V. 3, Artículo XVI. 1, primera frase, Artículo XVI. 2, segunda frase Convenio FMI). Los recursos administrados por el Departamento General se alimentan, en lo esencial, de los pagos que corresponden a los países miembros según sus cuotas, y por los préstamos tomados por parte del Fondo. Las ayudas financieras también incluyen compras de monedas en el denominado “tramo de reserva”; se trata de compras por parte de un país miembro y a cambio de su propia moneda, de derechos especiales de giro o de la moneda de otro país miembro “que no den lugar a que las tenencias del Fondo en la moneda del país miembro comprador mantenidas en la Cuenta de Recursos Generales excedan de su cuota” (artículo XXX, letra c, primera frase). El uso de los recursos generales del FMI para resolver problemas de balanza de pagos requiere que estos recursos sean devueltos lo antes posible, para asegurar la liquidez del Fondo (v. Artículo V. 3, letra a, Convenio FMI).

Los denominados derechos especiales de giro (*special drawing rights*) juegan un papel relevante en la creación de liquidez (v. Artículos XV-XXV Convenio FMI). El derecho especial de giro del FMI es una unidad monetaria artificial, que resulta de la suma de participaciones monetarias fijas. En esta “cesta” encuentran cabida las cuatro divisas más importantes (dólar estadounidense, euro, yen japonés y libra esterlina). Se pondera cada divisa atendiendo a su importancia como moneda de reserva para otros Estados y a la participación del respectivo Estado en el comercio mundial. En la actualidad, el dólar estadounidense representa un 44%, el euro un 34%, y el yen y la libra esterlina un 11% del valor de esa cesta de monedas. El valor de un derecho especial de giro se puede calcular en cualquier momento en otras monedas, conforme al tipo de cambio del día. La asignación de derechos especiales de giro como medio de pago por parte del FMI significa (analizando desde una perspectiva económica esta complicada forma de liquidación) que un Estado miembro puede adquirir divisas “fuertes” contra su propia moneda nacional (cuya masa monetaria él mismo controla). Los derechos especiales de giro se administran, separados de los demás recursos financieros del FMI, por el Departamento de Derechos Especiales de Giro (Artículo XVI. 1 y 2 Convenio FMI).

Desde hace tiempo, el FMI ha estado comprometido, en gran medida, con la financiación 7 al desarrollo de países pobres. El trasfondo de estas ayudas financieras para el fomento del desarrollo es la estrecha correlación entre los déficits en la balanza de pagos de los Estados miembros más pobres, con debilidades estructurales en el orden social y económico. A través de préstamos a largo plazo y con bajos intereses para el desarrollo económico de los países más pobres, el FMI ha empezado a competir con el Banco Mundial. Desde 1999, existe en el seno del FMI un Servicio para el Crecimiento y la Lucha contra la Pobreza (*Poverty Reduction and Growth Facility*). Dado que el compromiso del FMI se solapa con la actividad del Banco Mundial en este campo y que los programas para fomentar reformas económicas no están en sintonía,²⁰ ambas instituciones han decidido perseguir una mayor coordinación de sus políticas. Como consecuencia de la crítica constante al compromiso del FMI con la política de ayuda al desarrollo, se perfila una nueva orientación en su política: concentrarse en su función principal inicial, que es asegurar la estabilidad económica, también a través de ayudas para resolver problemas de la balanza de pagos, distanciándose poco a poco, en beneficio del Banco Mundial, de las financiaciones al desarrollo a largo plazo. El FMI se ha propuesto una supervisión más estricta de la política de control de cambios. Esta tarea es de gran importancia, puesto que, al bajar artificialmente el valor de cambio de su moneda, un país puede conseguir ventajas considerables para su producción nacional en un contexto de competencia internacional, lo que acaba influyendo en los flujos comerciales y monetarios. Además de esto, el FMI aspira a concentrarse en la supervisión de los mercados financieros.

De gran importancia es la denominada “condicionalidad” en el otorgamiento de créditos 8 a países en vías de desarrollo altamente endeudados. Se trata de establecer condiciones para la concesión de créditos en el marco de un acuerdo (*stand-by-arrangement*) entre el FMI y el Estado deudor (v. Artículo XXX, letra b, Convenio FMI).²¹ Para la concesión de un crédito, se requiere una declaración formal (*letter of intent*), en la que el Estado deudor manifieste ante el FMI que está dispuesto a adoptar determinadas medidas de reforma económica para alcanzar el equilibrio en su balanza de pagos. Esta declaración de intenciones no supone asumir una obligación contractual, sino que es una condición para el otorgamiento de un crédito por parte del FMI. Si el Estado deudor no lleva a cabo la reforma prometida, no se produce una violación del Derecho internacional público. Las posibles sanciones se aprecian llegado el momento de que el FMI conceda créditos adicionales. Consideraciones similares rigen también respecto de la “condicionalidad” de

²⁰ Sobre la relación entre el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, v. Polak, J.J./Gwin, C.: *The World Bank and the IMF. A Changing Relationship*, 1994.

²¹ Al respecto, Gold, J.: “The Legal Character of the Fund’s Stand-By-Arrangements and why it matters”, IMF Pamphlet Series, nº. 35, 1980; Meessen, K. M.: “IMF Conditionality and State Sovereignty”, en Dicke, D. Ch.: (ed.), *Foreign Debts in the Present and a New International Economic Order*, 1986, pp. 117 y ss.; Meng, W.: “Conditionality of IMF and World Bank Loans: Tutelage over Sovereign States?”, *Verfassung und Recht in Übersee*, 21/1988, pp 263 y ss.

la financiación al desarrollo por parte del Banco Mundial.²² En esta materia, no sólo es controvertida la eficacia de las reformas estructurales previstas, en tanto que condición para el otorgamiento del crédito. Muchos países en vías de desarrollo ven también en la “condicionalidad” un intento de tutelaje por parte de los Estados industrializados y de las instituciones dominadas por ellos.²³ Como reacción a la crítica a las estrictas condiciones en la concesión de ayudas, el Fondo Monetario Internacional ha introducido la denominada “línea de créditos flexibles” (*Flexible Credit Line*).

2. Banco Mundial

Bibliografía recomendada: Adede, A. O.: “Legal Trends in International Lending and Investment in the Developing Countries”, *RdC*, 180/1983, vol. II, pp. 9 y ss.; Bradlow, D. D., Schlemmer-Schulte, S.: “The World Bank’s New Inspection Panel: A Constructive Step in the Transformation of the International Legal Order”, *ZaöRV* 54/1994, pp. 392 y ss.; Ferber, M., Winkelmann, G.: *Internationaler Währungsfonds, Weltbank, IFC, IDA*, 3.ª ed., 1985, pp. 67 y ss.; Golsong, H.: “International Bank for Reconstruction and Development”, en *EPIL*, t. II, 1995, pp. 1057 y ss.; Hahn, H. J.: “Völkerrechtliche Darlehens- und Garantieabkommen”, *Festschrift für Ignaz Seidl-Hohenveldern*, 1988, pp. 173 y ss.; Mosler, M.: *Finanzierung durch die Weltbank*, 1987; Shihata, I. F.: “The World Bank’s Contribution to the Development of International and Economic Law”, *Liber amicorum Ignaz Seidl-Hohenveldern*, 1998, pp. 631 y ss.; *id.*: *The World Bank and the IMF Relationship – Quo Vadis?*, 2002.

- 9 El Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo –BIRD– (*International Bank for Reconstruction and Development* –IBRD–, más conocido como Banco Mundial) tiene su origen, al igual que el FMI, en la Conferencia de Bretton Woods de 1944.²⁴ El objetivo del Banco Mundial es el fomento del desarrollo económico, de la productividad y del comercio internacional. El Convenio Constitutivo del Banco Mundial establece en su artículo 1:

Los fines del Banco serán:

- (i) Contribuir a la obra de reconstrucción y fomento en los territorios de miembros, facilitando la inversión de capital para fines productivos, incluida la rehabilitación de las economías destruidas o dislocadas por la guerra, la transformación de los medios de producción a fin de satisfacer las necesidades en tiempos de paz y el fomento del desarrollo de los medios y recursos de producción en los países menos desarrollados.

²² V. *infra*, tema 26, nota al margen 2.

²³ V. también *infra*, tema 26, nota al margen 3.

²⁴ *UNTS*, t. 2, pp. 134 y ss.; *UNTS*, t. 606, pp. 294 y ss.; <http://wbln0018.worldbank.org/external/lac/lac.nsf/Countries/Mexico/D4CCB74FF8D485FA852569EC0065AF1D?OpenDocument>, y *UNTS* 606, pp. 294 y ss.

(ii) Fomentar la inversión extranjera privada mediante garantías o participaciones en préstamos y otras inversiones que hicieren inversionistas privados; y, cuando no hubiere capital privado disponible en condiciones razonables, suplementar las inversiones privadas suministrando, en condiciones adecuadas, financiamiento para fines productivos, ya sea de su propio capital, de los fondos por él obtenidos o de sus demás recursos.

(iii) Promover el crecimiento equilibrado y de largo alcance del comercio internacional, así como el mantenimiento del equilibrio de las balanzas de pagos, alentando inversiones internacionales para fines de desarrollo de los recursos productivos de los miembros, ayudando así a aumentarla productividad, elevar el nivel de vida y mejorar las condiciones de trabajo en sus territorios.

(iv) Coordinar los préstamos que haga o garantice con los préstamos internacionales tramitados por otros conductos, en forma tal que se atiendan, en primer término, los proyectos, grandes o pequeños, que fueren más útiles y urgentes.

(v) Dirigir sus operaciones con la debida atención a los efectos que las inversiones internacionales puedan tener en la situación económica de los territorios de los miembros y, en el período de la posguerra, contribuir a que la transición de la economía de guerra a la economía de paz se lleve a efecto sin contratiempos.

En todas sus decisiones, el Banco se guiará por los fines enunciados en este artículo.

En un primer momento, el Banco Mundial se encargó de apoyar la reconstrucción económica tras la Segunda Guerra Mundial. Entretanto, su actividad central ha sido y es la promoción del desarrollo en los países económicamente débiles. Con este objetivo, el Banco Mundial concede a los respectivos Estados miembros préstamos para la realización de proyectos. Los créditos tienen intereses fijos y, con carácter general, duran quince años (en casos especiales, pueden durar hasta veinticinco años). Además, el Banco Mundial promueve también la concesión de créditos a través de otras instituciones, por ejemplo, a través de la asunción de garantías o la participación en créditos concedidos por un consorcio liderado por un banco comercial. Finalmente, el Banco Mundial coordina ayudas financieras de otras organizaciones internacionales o de Estados individuales a favor de determinados proyectos.

En el entorno del Banco Mundial y para fomentar las inversiones privadas, se crearon el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI),²⁵ y la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA).²⁶

El Banco Mundial tiene los mismos miembros que el FMI. Ello es debido a que la pertenencia al FMI es condición previa para ser miembro del Banco Mundial (Artículo II.

²⁵ V. supra, tema 23, nota al margen 5.

²⁶ V. supra, tema 23, nota al margen 6.

1 Convenio Constitutivo). De forma similar a como ocurre en el FMI, los votos de los miembros se toman en consideración atendiendo a una determinada cuota.

- 11 El órgano principal del Banco Mundial es la Junta de Gobernadores, en la que todos los Estados miembros están representados (Artículo V. 2 Convenio Constitutivo). El Directorio Ejecutivo ejerce las competencias que le delega la Junta de Gobernadores (Artículo V. 2, letra b Convenio Constitutivo). Cinco de los veintiún Directores Ejecutivos se designan por los cinco miembros que tengan el mayor número de acciones. La conducción de los negocios ordinarios del Banco le corresponde a un Presidente elegido por los Directores Ejecutivos, que preside el Directorio Ejecutivo (Artículo V. 5 Convenio Constitutivo).

Bajo la influencia de algunas decisiones ciertamente erróneas (en particular, la financiación de un proyecto en India que tuvo como consecuencia un gran número de desplazamientos forzados), el Banco Mundial ha establecido un grupo de inspección (*Inspection Panel*).²⁷ Se trata de un organismo independiente que examina las quejas de personas afectadas (grupos de personas y asociaciones de los países receptores) a la luz de posibles contravenciones de los propios estándares del Banco Mundial (por ejemplo, estándares de Derecho social y medioambiental), y que emite recomendaciones para el Directorio Ejecutivo.

- 12 La financiación del Banco Mundial se efectúa a través de aportaciones de capital de los Estados miembros y de los mercados internacionales de capital. Entretanto, el capital del Banco Mundial ha sido elevado a aproximadamente ciento cincuenta mil millones de dólares estadounidenses.
- 13 Objetivo clave del Banco Mundial es la lucha contra la pobreza endémica (*sustainable poverty reduction*).²⁸ En lo que atañe al fomento al desarrollo, el Banco Mundial tiene un enfoque múltiple (*Comprehensive Development Framework*), que no atiende solamente al fomento del crecimiento económico, sino que también tiene en cuenta los desafíos sociales y ecológicos. La ayuda al desarrollo del Banco Mundial apunta a mejorar los estándares sociales, en particular en materia de educación y salud y, junto a ello, persigue crear condiciones marco que establezcan un clima adecuado para atraer inversiones y permitan un crecimiento sostenible. Esto incluye el apoyo al buen funcionamiento de los sistemas legales y judiciales, así como otros elementos de buen gobierno (*good governance*). Objeto del denominado “diálogo político” del Banco Mundial es, entre otras cuestiones, la lucha contra la corrupción; la mejora de los estándares de educación; el abastecimiento seguro de energía y gas y la seguridad social, el empleo y el desarrollo urbano.

²⁷ Al respecto, v. Bradlow, D. D., Schulte-Schlemmer, S.: “The World Bank’s New Inspection Panel: A Constructive Step in the Transformation of the International Legal Order”, *ZaöRV*, 54/1994, pp. 392 y ss.

²⁸ V. Banco Mundial, *World Bank’s Operational Manual – Operational Policies*, t. 1, 1.00, n. marg. 1.

El Banco Mundial y otras dos organizaciones: la Asociación Internacional de Fomento –AIF– (*International Development Association –IDA–*),²⁹ y la Corporación Financiera Internacional –CFI– (*International Finance Corporation –IFC–*),³⁰ conforman el denominado Grupo del Banco Mundial. La AIF y el CFI se financian principalmente a través de suscripciones de capital y ayudas financieras provenientes de los beneficios del Banco Mundial. La AIF concede préstamos a países en vías de desarrollo en condiciones especialmente favorables. Por lo general, los préstamos sin intereses tienen un plazo de vencimiento superior a cincuenta años. Estos créditos se empiezan a amortizar cuando ya han pasado diez años de su concesión. La devolución también puede hacerse en una divisa distinta a la entregada originariamente. El CFI fue creado para apoyar las actividades privadas de inversión, ya que, según los estatutos del Banco Mundial, éste no puede conceder préstamos a particulares.

3. Insolvencia estatal y crisis de la deuda internacional

Bibliografía recomendada: Asiedu-Akrofi, D.: “Sustaining Lender Commitment to Sovereign Debtors”, *Columbia Journal of Transnational Law* 30/1990, pp. 1 y ss.; Baars, A., Böckel, M.: “Argentinische Staatsanleihen vor deutschen und argentinischen Gerichten”, *ZBB*, 2004, pp. 445 y ss.; Berensmann, K.: *Die Einbindung privater Gläubiger in die Prävention und Bewältigung von internationalen Verschuldungskrisen*, 2003; Bothe, M., Brink, J.: “Public Debt Restructuring, The Case for International Economic Cooperation”, *GYIL*, 29/1986, pp. 86 y ss.; Carreau, D., Shaw, N. N.: *La Dette Extérieure/ The External Debt*, 2005; Cole, D. H.: “Debt–Equity Conversions, Debt–for–Nature Swaps, and the Continuing World Debt Crisis”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 30/1992, pp. 57 y ss.; Dabrowski, M., Fisch, A., Gabriel, K., Lienkamp, C.: *Die Diskussion um ein Insolvenzrecht für Staaten: Bewertungen eines Lösungsvorschlags zur Überwindung der Internationalen Schuldenkrise*, 2003; Dicke, D. Ch. (ed.): *Foreign Debts in the Present and a New International Economic Order*, 1987; Dolzer, R.: “Staatliche Zahlungsunfähigkeit: Zum Begriff und zu den Rechtsfolgen im Völkerrecht”, *Festschrift für Karl Josef Partsch zum 75. Geburtstag*, 1989, pp. 531 y ss.; Ebenroth, C. T.: *Banking on the Act of State*, 1985; *id.*: *Globale Herausforderungen durch die Verschuldungskrise*, 1987; *id.*: “Innovations récentes dans la restructuration de la dette”, *Clunet* 119/1992, pp. 859 y ss.; *id.* /Woggon, R.: “Die Gleichbehandlung der Gläubigerbanken in der Internationalen Verschuldungskrise”, *RIW*, 1990, suplemento 19; Ehrlicke, U.: “Die Funktion des Artikel VIII Abschnitt 2 b des IWF–Vertrages in der internationalen Schuldenkrise”, *RIW*, 1991, pp. 365 y ss.; Eskridge, W. N.: “Les Jeux Sont Faits: Structural Origins of the

²⁹ V. el Convenio Constitutivo de la Asociación Internacional de Fomento de 1955, *UNTS*, t. 439, pp. 249 y ss. Para una versión en castellano, v. <http://siteresources.worldbank.org/IDA/Resources/IDA-Agreements-PDF.pdf>; v. también Golsong, H.: “International Development Association”, en *EPIL*, t. II, 1995, pp. 1127 y ss.

³⁰ <http://www2.ifc.org/spanish/>. *UNTS*, 264, pp. 117 y ss.; *UNTS*, 439, pp. 318 y ss.; *UNTS*, 563, pp. 362 y ss. Al respecto, v. Golsong, H.: “International Finance Corporation” en: *EPIL*, t. II, 1995, pp. 1142 y ss.

International Debt Problem”, *Virginia Journal of International Law*, 25/1985, pp. 281 y ss.; Feliciano, F. P., Dolzer, R.: “The International Law of External Debt Management – Some Current Aspects”, *International Law Association, Report of the Sixty-Third Conference (Warsaw)*, 1988, pp. 419 y ss. (Bericht des Ausschusses für Internationales Währungsrecht); Hahn, H. J.: “Öffentliche Auslandsschulden und Völkerrecht”, *Festschrift für Karl Carstens*, 1984, pp. 361 y ss.; Kämmerer, J. A.: “Der Staatsbankrott aus völkerrechtlicher Sicht”, *ZaöRV* 65/2005, pp. 651 y ss.; Leyendecker, L.: *Auslandsverschuldung und Völkerrecht*, 1988; Mac Lean, R.: “Legal Aspects of the External Debt”, *RdC*, 214/1989, vol. II, pp. 31 y ss.; Martha, R. H.: “Inability to Pay under International Law and under the Fund Agreement”, *NILR* 1994, pp. 85 y ss.; Meessen, K. M. (ed.): *Internationale Verschuldung und wirtschaftliche Entwicklung aus rechtlicher Sicht*, 1988; Morgan-Foster, J.: “The Relationship of IMF Structural Adjustment Programs to Economic, Social and Political Rights: The Argentine Case Revisited”, *Michigan Journal of International Law*, 24/2003, pp. 577 y ss.; Ohler, C.: “Der Staatsbankrott”, *JZ* 2005, pp. 590 y ss.; Petzold, E.: *Die internationalen Gläubiger-Schuldner-Beziehungen im Recht der Staatsinsolvenz*, 1986; Reinisch, A.: *State Responsibility for Debts*, 1995; Schwarcz, S. L.: “Sovereign Debt Restructuring: A Bankruptcy Reorganization Approach”, *Cornell Law Review*, 85/2000, pp. 956 y ss.; Vischer, F.: “Zur Stellung der Anleihegläubiger bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldnerstaates”, *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht*, 2011, pp. 243 y ss.

- 15 Desde una perspectiva corriente y simplista, la soberanía de los Estados en materia tributaria y la posesión de patrimonio estatal alimenta la imagen de los Estados como buenos deudores. Sin embargo, la insolvencia no es un suceso extraordinario en la vida de los Estados.

Durante los últimos dos siglos, se han producido aproximadamente noventa casos de insolvencia o sobreendeudamiento de Estados (incluyendo a Estados europeos como Dinamarca, Alemania, Grecia y Rusia).

A comienzos de la década de los setenta, organizaciones internacionales como las instituciones del Grupo del Banco Mundial, Estados industrializados occidentales y bancos privados otorgaron créditos a países en vías de desarrollo. Las condiciones aparentemente favorables y los laxos requisitos de concesión aumentaron los alicientes para la solicitud de créditos por parte de estos países en vías de desarrollo. Sin embargo, muchos Estados deudores no consiguieron que los créditos generasen ganancias y estabilidad económica, lo que provocó la necesidad de tomar nuevos préstamos. A finales de los años setenta, empeoró la situación de pago de los Estados deudores, debido al vertiginoso aumento de los intereses y a un deterioro de las condiciones económicas marco. Los precios de muchas materias primas se hundieron bajo la presión. Ello trajo como consecuencia que algunos Estados deudores, especialmente de Latinoamérica y, con menor repercusión internacional, del África subsahariana, rozasen la insolvencia total. Para un grupo de países en vías de desarrollo de África y Latinoamérica, la década de los ochenta fue una fase de estancamiento. Un aumento de préstamos por parte del Banco Mundial fue

neutralizado por las devoluciones netas al FMI y por la escasa disponibilidad de muchos bancos privados a conceder nuevos créditos.

Más tarde, una crisis de liquidez afectó a México y a un grupo de países de Asia Oriental y Suroriental. A fines del año 2001, Argentina se declaró insolvente.

La vinculación entre la concesión de más dinero por parte del FMI y el Banco Mundial con la disponibilidad de los Estados deudores a llevar a cabo determinados proyectos de saneamiento económico (“condicionalidad”³¹), tuvo bastante éxito en algunos casos y menos en otros. Entretanto, las deudas de algunos Estados han sido condonadas en proporciones considerables por parte de los países industrializados. Existen nuevas iniciativas que pretenden liberar de deudas a países pobres altamente endeudados.³² Además, se han desarrollado mecanismos especiales para rebajar la deuda de los Estados receptores. Un ejemplo de estos mecanismos es la venta por parte de bancos acreedores privados de derechos de pago a un inversor; en estos casos, se aplica un descuento que depende del nivel de solvencia del Estado deudor y, posteriormente, el inversor vende nuevamente la obligación de pago al Estado deudor, a cambio de una participación en una empresa estatal o de la entrega de moneda nacional, utilizando los beneficios resultantes para realizar otras inversiones (*debt-equity-swaps*). El éxito de una operación de este tipo depende de que el Estado deudor consiga implantar un clima favorable a las inversiones. En determinados casos, los bancos acreedores privados que desistieran parcialmente del pago (reducción de la deuda principal o de los intereses) podían reclamar a su Gobierno de origen la deuda pendiente. En la lucha contra las crisis de endeudamiento y en la promoción de las inversiones privadas, el Banco Interamericano de Desarrollo desempeña un papel relevante, para Latinoamérica; el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo para Europa del Este, y el Banco Africano de Desarrollo para África.

Desde inicios de los años cincuenta, las deudas contraídas con otros Estados se reestructuran a través del denominado “club de París” (un foro interestatal para negociaciones entre representantes de los países donantes y del correspondiente Estado deudor, que cuenta con la colaboración del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial, así como el apoyo coordinador del Ministerio de Finanzas francés).

La reestructuración se lleva a cabo mediante acuerdos en los que se ha de fijar un nuevo plan de amortización, que combina un aplazamiento de pago con una reducción de la deuda y los intereses. En la mayoría de los casos, las reestructuraciones de la deuda se vinculan a la adopción de una estrategia de reformas económicas bajo la supervisión del Fondo Monetario Internacional. No se incluyen en las negociaciones las deudas contraídas con organizaciones financieras internacionales como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial.

Las deudas contraídas con acreedores privados se reestructuran a través del denominado “club de Londres”. El *Institute of International Finance*, una agrupación global de

³¹ Respecto de la “condicionalidad” en la concesión de créditos, v. supra, tema 26, nota al margen 1.

³² V. por ejemplo, la resolución de la Cumbre de jefes de Estado de la UE en Colonia (Alemania), de 3 y 4 de junio de 1999, nº 28.

bancos comerciales y de inversión, así como de otras instituciones financieras, adoptó en 2004 unos principios para facilitar flujos de capital estables y una reestructuración equitativa de deudas en mercados emergentes (*Principles for Stable Capital Flows and Fair Debt Restructuring in Emerging Markets*).³³ Esta declaración de principios ha sido recibida positivamente por parte de los ministros de finanzas y los presidentes de los bancos centrales de los países industrializados más avanzados y los grandes países emergentes (G-24).³⁴

En 1996, el Grupo del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional lanzaron una iniciativa para aliviar la deuda de los 41 países pobres altamente endeudados (*heavily indebted poor countries, HIPC*).³⁵ En el marco de esta iniciativa, los países deudores pueden calificarse como tales para una condonación de deudas, si cumplen determinados criterios (como, por ejemplo, adopción de reformas políticas y económicas, así como toma de medidas contra la corrupción). Entre tanto, han sido condonadas deudas a la mayoría de los países altamente endeudados (sobre todo de África).

- 16 Más allá de los estatutos de organizaciones internacionales crediticias (como el FMI o el Grupo del Banco Mundial), el Derecho internacional económico ofrece, desde la perspectiva de los países en vías de desarrollo, escasos mecanismos para solucionar las crisis de endeudamiento internacionales. La “condicionalidad” para la concesión de créditos por parte del FMI y del Banco Mundial puede considerarse por algunos Estados deudores como un incómodo corsé para su política económica y financiera; una indeseada tutela para sus Gobiernos. Dado que la idea de solidaridad frente a los países en vías de desarrollo, aún no se ha concretado en el Derecho internacional actual en determinados derechos de prestación,³⁶ los países industrializados y las organizaciones internacionales dominadas por ellos no están, de momento, obligados por la vía del Derecho consuetudinario a financiar el desarrollo y a ayudar a los países pobres en caso de dificultades en su balanza de pagos. Por consiguiente, la vinculación del apoyo económico a la disposición del Estado receptor a llevar a cabo reformas económicas no constituye una violación del principio de no intervención.³⁷

La Comisión de derechos humanos de las Naciones Unidas ha afirmado de manera categórica que los derechos humanos sociales tienen primacía frente a la ejecución de programas de reforma económica por los Estados deudores: “[T]he exercise of the basic rights of the people of debtor countries to food, housing, clothing, employment, education, health

³³ Institute of International Finance, *Principles for Stable Capital Flows and Fair Debt Restructuring in Emerging Markets*, 2004; al respecto, v. http://www.iif.com/data/public/principles-final_0305.pdf.

³⁴ Comunicación del Intergovernmental Group of Twenty-Four on International Monetary Affairs and Development, núm. 6, 15 de abril de 2005; <http://siteresources.worldbank.org/DEVCOMMIT/Documentation/20452290/DC2005-0010%28E%29-G24%20Com.pdf>; v. también la comunicación final de la cumbre de los ministros de finanzas y gobernadores de bancos centrales en Berlín, 21-22 de noviembre de 2004, núm. 8.

³⁵ Guder, L. F.: *The Administration of Debt Relief by the International Financial Institutions*, 2009.

³⁶ V. *supra*, tema 4, nota al margen 3.

³⁷ V. *supra*, tema 6, nota al margen 1, letra b.

services and a healthy environment cannot be subordinated to the implementation of structural adjustment policies and economic reforms arising from the debt.³⁸

Más difíciles de valorar son los problemas que se derivan de que el Derecho internacional público no cuente con reglas con contornos definidos en el supuesto de insolvencia de un Estado.³⁹ Teniendo en cuenta la igualdad soberana de los Estados, parecería francamente aventurado llevar a cabo un proceso de liquidación contra un Estado deudor. Por otro lado, también se halla limitada la capacidad de un Estado para regular con efectos extraterritoriales su propia insolvencia. En principio, los otros Estados no tienen por qué reconocer disposiciones del Estado deudor, que obliguen a empresas estatales o a personas residentes en ese Estado deudor a suspender temporalmente sus pagos en cumplimiento de obligaciones crediticias en divisas extranjeras. Una regulación de control de cambios de este tipo, en el sentido de una moratoria de pago, lesiona obligaciones contractuales pendientes y supone una vulneración del Convenio Constitutivo del FMI (artículo VI. 3 y artículo XXX. d). Según el artículo VIII. 2, letra b de este Convenio, tales disposiciones de control de cambios serán también inexigibles en los territorios de cualquier Estado miembro.⁴⁰

No es fácil determinar en qué medida el Derecho consuetudinario internacional, en caso de insolvencia de un Estado, otorga la posibilidad de negar prestaciones, reclamar una conversión de la deuda en condiciones más favorables, o exigir su renegociación con los acreedores. A este respecto, ha de tenerse en cuenta que las obligaciones contractuales de pago frente a bancos acreedores privados no se sitúan en el plano del Derecho internacional público.

En primer lugar, el punto de partida es la reflexión de que, en el caso de obligaciones contractuales internacionales, los problemas de liquidez del deudor no liberan del deber de pago, ya que no afectan a la base jurídica del negocio. Otra valoración se realiza si el cumplimiento sin restricciones de las obligaciones de pago pudiese poner gravemente en peligro la capacidad del Estado de garantizar un estándar mínimo de derechos humanos, incluidas condiciones dignas de vida para su población o la seguridad nacional. El Derecho internacional público se orienta (también atendiendo a sus raíces históricas) hacia la conservación de la existencia de cada miembro de la comunidad de Estados. El

³⁸ Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Effects of Structural Adjustment Policies and Foreign Debt on the Full Enjoyment of All Human Rights, Particularly Economic, Social and Cultural Rights*, Res. 2000/82, n° 6, UN Doc. E/CN.4/2000/167.

³⁹ Al respecto, Dolzer, R.: "Staatliche Zahlungsunfähigkeit: Zum Begriff und zu den Rechtsfolgen im Völkerrecht", en: *Festschrift für Karl Josef Partsch zum 75. Geburtstag*, 1989, pp. 531 y ss.; Kämmerer, J. A.: "Der Staatsbankrott aus völkerrechtlicher Sicht", *ZaöRV*, 65/2005, pp. 651 y ss.; Ohler, C.: "Der Staatsbankrott", *JZ*, 2005, pp. 590 y ss.

⁴⁰ Respecto a la jurisprudencia de los tribunales estadounidenses, v. American Law Institute, *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, t. 2, 1987, § 822, nota. 6 (pp. 330-331); igualmente, Ebenroth, C. T.: "Banking on the Act of State", 1985; Ehrlicke, U.: "Die Funktion des Artikels VIII Abschnitt 2 b in der internationalen Schuldenkrise", *RIW*, 1991, pp. 365 ss.; Mac Lean, R. G.: "Legal Aspects of the External Debt", *RdC*, 214 (1989 II), pp. 31 y ss., esp. pp. 90 y ss.; Seidl-Hohenveldern, I.: "Umschuldung und Internationales Privatrecht", *Festschrift für Gerhard Kegel zum 75. Geburtstag*, 1987, pp. 605 y ss.

Derecho internacional público renunciaría a su propia base legitimadora si prefiriese, de forma absoluta, la fidelidad contractual y el cumplimiento sin restricciones de las obligaciones de pago frente a la capacidad de cumplir, interna y externamente, las funciones elementales del Estado.

- 20 También en sentencias judiciales y arbitrales internacionales se refleja la idea de que las insolvencias estatales deban tomarse en consideración.⁴¹ Una comisión arbitral mixta establecida por Francia y Venezuela a finales del último siglo comentaba la alusión de Venezuela a su propia insolvencia de la siguiente manera:⁴²

[The Government] cannot be charged with responsibility for the conditions which existed in 1899, prostrating business, perishing trade and commerce, and annihilating the products of agriculture; nor for the exhaustion and paralysis which followed: nor for its inability to pay its just debts; nor for the inability of the company to obtain money otherwise and elsewhere. All these are misfortune incidents to government, to business, and to human life. They do not beget claims for damages.

- 21 Ante dificultades de pago de carácter “existencial”, ha de tomarse en consideración el recurso al estado de necesidad (*necessity*).⁴³ Ante catástrofes naturales y otras influencias externas, un Estado puede también alegar fuerza mayor (*force majeure*). Problemático es, en particular, el caso en el que un Estado haya contribuido de manera sustancial al estado de necesidad. De acuerdo con las reglas generales, tal contribución sustancial (*substantial contribution*) excluye el recurso al estado de necesidad.⁴⁴ Sin embargo, para prevenir una aplicación demasiado restrictiva de las reglas de Derecho internacional público en materia de estado de necesidad en supuestos de insolvencia estatal, conviene apartarse de los principios generales y asumir que una influencia determinante de factores exógenos sea suficiente para permitir el recurso al estado de necesidad. De acuerdo con los principios

⁴¹ V. la sentencia del Tribunal Permanente Internacional en el asunto Socobel (Bélgica v. Grecia), *PCIJ Series A/B*, núm. 78, pp. 21 y ss. Con respecto a estos problemas, Dolzer, R.: “Staatliche Zahlungsunfähigkeit: Zum Begriff und zu den Rechtsfolgen im Völkerrecht”, en: *Festschrift für Karl Josef Partsch zum 75. Geburtstag*, 1988, pp. 531 y ss.

⁴² French Company of Venezuela Railroads Case, France v. Venezuela, *RLAA*, t. X, pp. 285, 353.

⁴³ V. el art. 25 del borrador de la International Law Commission sobre la responsabilidad de los Estados (*Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth session, Supplement No. 10 (A/56/10)*, pp. 43 y ss.):

“1. *Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act:*

(a) is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and

(b) does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole.

2. *in any case, necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness if:*

(c) the international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity; or

d) the State has contributed to the situation of necessity”.

⁴⁴ V., por ejemplo, Tribunal Permanente Internacional, Case Concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia), *ICJ Reports*, 1997, p. 40, n. marg. 51-52; v. también el art. 25. 2, letra b, del borrador de la International Law Commission (*supra*, nota 348).

de responsabilidad de los Estados, aunque la actuación de un Estado se justifique por un estado de necesidad o por otros motivos de exoneración, ello sólo implica una suspensión, y no una anulación, de las obligaciones pertinentes de Derecho internacional público.⁴⁵ Además, una vez superado el estado de excepción, un Estado puede verse obligado a pagar una compensación.⁴⁶ La reciente jurisprudencia arbitral vincula a condiciones muy estrictas la justificación, de acuerdo con la doctrina del estado de excepción, de un comportamiento estatal en el contexto de una grave crisis económica. Así, el tribunal arbitral del CIADI, en el asunto *LG & E v. Argentine Republic*,⁴⁷ fundamentó la puesta en peligro de “intereses esenciales” en el sentido del Artículo 25. 1, letra a, del borrador de la *International Law Commission* sobre la responsabilidad de Estados, en una amenaza existencial de Argentina a finales del 2001: “*It faced an extremely serious threat to its existence, its political and economic survival, to the possibility of maintaining its essential services in operation, and to the preservation of its internal peace*” (para. 257).

No obstante, en recientes sentencias arbitrales se aprecian diferencias marcadas (incluso al evaluar la misma crisis financiera) en cuanto a la inevitabilidad de las medidas estatales adoptadas para la protección de sus intereses esenciales y en cuanto a la influencia de factores exógenos.⁴⁸ Además, ha de tenerse en cuenta que muchos tratados de protección de inversiones contienen cláusulas especiales de excepción (por ejemplo, para salvaguardar “intereses esenciales de seguridad”), que tienen primacía sobre los principios del Derecho consuetudinario internacional.⁴⁹

En caso de una pretensión de renegociación o de una conversión de la deuda a condiciones 22 más favorables, se deben establecer exigencias rigurosas, precisamente para garantizar una distribución adecuada de los riesgos. La población de un Estado deudor constituye una comunidad solidaria también en el sentido de que, dentro de ciertos límites, debe sufrir los “pecados” económicos de su Gobierno. Por lo demás, la práctica actual sobre reestructuración y condonación de deudas muestra que acreedores y deudores, también en interés propio, no se dejan guiar ni por la obstinación en un cumplimiento contrac-

⁴⁵ V., por ejemplo, la sent. del Tribunal Permanente Internacional, Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia), *ICJ Reports*, 1997, p. 38, n. marg. 47 y p. 63, n. marg. 101; CIADI, CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic, Case No. ARB/01/8, *ILM*, 44/2005, p. 1205, n. marg. 379 y ss.; art. 27, letra c, del borrador de la International Law Commission (*supra*, nota 348).

⁴⁶ V. art. 27, letra b, del borrador de la International Law Commission (*supra*, nota 348); al respecto, CIADI, CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic Case, No. ARB/01/8, *ILM*, 44/2005, p. 1205, n. marg. 390 y ss.

⁴⁷ CIADI, LG & E v. Argentine Republic, Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, *ILM*, 46 /2007, p. 36.

⁴⁸ En cuanto a la crisis económica de Argentina, v., por un lado, CIADI, CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic, Case No. ARB/01/8, *ILM*, 44/2005, p. 1205, n. marg. 318 ss. (refutación del estado de necesidad) y por otro lado, CIADI, LG & E v. Argentine Republic Case No. ARB/02/1, *ILM*, 46 /2007, p. 36, n. marg. 256 y ss. (aceptación del estado de necesidad). V. también la decisión del comité de revisión del CIADI en el asunto CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic, Case No. ARB/01/8 (Annulment Proceeding), *ILM*, 46 /2007, p. 1136, n. marg. 101 y ss.

⁴⁹ V. la sentencia del comité de revisión del CIADI en el asunto CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic, Case No. ARB/01/8 (Annulment Proceeding), *ILM*, 46 /2007, p. 1136, n. marg. 101 y ss.

tual incondicionado, ni por una negación unilateral de la prestación, sino que persiguen soluciones consensuadas.

- 23 El recurso al estado de necesidad es importante también en las controversias planteadas ante tribunales nacionales.

En este sentido, la República de Argentina se ha remitido expresamente, frente una reclamación de pago de bonos del Estado ante el LG Frankfurt a. M., a la excepción del estado de necesidad de acuerdo con el Derecho internacional público, después de que el Estado argentino proclamase a finales del 2001 el estado de emergencia nacional –entre otros, en el sector económico y financiero– y, posteriormente, suspendiese su servicio de deuda exterior. Según el LG Frankfurt a. M., la posible concurrencia de un estado de necesidad de Derecho internacional público por existir una amenaza directa a la función estatal, sólo puede ser apreciada respecto de la admisibilidad de medidas de ejecución, sin constituir un obstáculo para que se condene al pago.⁵⁰

- 24 La cuestión de si un Estado puede alegar estado de necesidad no sólo frente a acreedores privados, sino también frente a otros Estados, es controvertida. Según una decisión del Tribunal Constitucional alemán, en el contexto de una crisis de pagos de Argentina, las reglas de Derecho internacional público relativas al estado de necesidad sólo despliegan efectos en las relaciones con otros Estados.⁵¹ Esta decisión ignora algunos aspectos clave. Es cierto que, desde la perspectiva del Derecho internacional público, las normas sobre responsabilidad estatal no afectan directamente a la relación entre un Estado y sus acreedores privados. Pero en lo que concierne a medidas en interés de los acreedores privados, los demás Estados no pueden simplemente pasar por alto la existencia de un estado de necesidad. El principio de no intervención, entendido como mandato de respeto interestatal, junto con las reglas internacionales sobre el estado de necesidad, deberían impedir a un Estado que, a través de sus propias medidas (ya sean ejecutivas o de sus órganos judiciales), ponga en peligro de forma directa el cumplimiento de las funciones estatales más elementales. Se llegaría a una contradicción de valores sin solución si un Estado que no pudiese hacer valer derechos propios a causa de un estado de necesidad pudiera, al mismo tiempo, emplear sus instrumentos coercitivos para ayudar a acreedores privados a realizar sus pretensiones contractuales. Debe tenerse en cuenta que la protección de las funciones estatales elementales a través de las reglas de Derecho internacional público en materia de excepción de necesidad también abarca la protección de los derechos humanos (con el fin de garantizar la subsistencia, la educación y la salud pública). La jurisprudencia de los tribunales arbitrales moderna da por supuesto que las

⁵⁰ Sent. LG Frankfurt a.M./JZ, 2003, pp. 1010 y ss., comentada por Reinisch, id.; sent. OLG Frankfurt a. M., NJW, 2003, pp. 2688 y ss. (cuestión prejudicial al Tribunal Constitucional alemán apuntando a una revisión de las reglas de Derecho internacional público en materia de estado de necesidad).

⁵¹ Sent. del Tribunal Constitucional alemán, BVerfGE, t. 118, pp. 124 y ss. (v. también el voto particular, *ibid.*, pp. 146 y ss.)

reglas en materia de estado de necesidad se aplican también a inversores privados.⁵² No importa en este contexto que la relación jurídica en cuestión se encuentre reflejada en un tratado internacional de protección de inversiones, puesto que lo destacable es que se trata de pretensiones de inversores privados frente al correspondiente Estado de acogida, y no de una controversia propiamente interestatal.

En el marco de las relaciones crediticias privadas, la lucha contra la crisis de endeudamiento reclama algunos enfoques nuevos. Se trata, ante todo, de determinar en qué medida unos acuerdos entre el Estado deudor y una mayoría de los acreedores pueden vincular a aquellos acreedores individuales, que no están dispuestos a conceder una reestructuración de la deuda y prefieren perseguir judicialmente sus pretensiones. Esto tiene relevancia, por ejemplo, para casos en los que acreedores con una estrategia de inversión agresiva (como los denominados *vulture funds*) compren con descuentos considerables bonos de Estados en dificultades de pago, para después reclamar el pago por vía judicial. 25

Los tribunales del Estado de Nueva York se ocuparon de la demanda de un banco contra una empresa estatal venezolana, a la que se le reclamaba la devolución de un crédito que el demandante le había concedido en el marco de un crédito sindicado otorgado por una pluralidad de bancos. La mayoría de los acreedores, a raíz de las negociaciones llevadas a cabo con la empresa deudora, había renunciado a iniciar un proceso judicial para imponer sus pretensiones. La Supreme Court de Nueva York desestimó la demanda del banco y recaló al respecto que el proceder de la mayoría de los acreedores, desde el punto de vista de la solidaridad de los miembros de un consorcio de acreedores, no podía esquivarse.⁵³

A otra conclusión llegó un tribunal federal de apelación estadounidense en la demanda presentada por una sociedad estadounidense que había adquirido bonos estatales peruanos en medio de una crisis de pagos de Perú.⁵⁴ A pesar del éxito en las negociaciones sobre la reestructuración de la deuda (de acuerdo con el denominado “plan de Brady”), el tribunal estimó la demanda porque el acuerdo de reestructuración tenía carácter estrictamente voluntario. El tribunal consideró, además, que el obstaculizar demandas de este tipo podría suponer a largo plazo el empeoramiento de las condiciones para la colocación de bonos de determinados Estados.

Por el contrario, el mismo tribunal de apelación recordó la solidaridad entre los acreedores y el interés común en una satisfactoria reestructuración de la deuda estatal, en el contexto de la crisis de pagos argentina, tras la aceptación de un 76% de los acreedores de la oferta argentina de reestructuración.⁵⁵ Con ello, el tribunal federal de apelación

⁵² CIADI, CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic Case No. ARB/01/8, *ILM*, 44/2005, p. 1205, n. marg. 379 y ss.; CIADI, LG & E v. Argentine Republic Case No. ARB/02/1, *ILM*, 46/2007, p. 36, n. marg. 226 y ss.

⁵³ *Crédit français, SA v. Sociedad financiera de Comercio, CA*, New York Supplement 2 *d Series*, t. 490, 1985, pp 670 y ss.

⁵⁴ *Elliot Associates, L. P. v. Banco de la Nación and the Republic of Peru*, 194 F.3 d 363.

⁵⁵ *Sent. United States Court of Appeals del 13 de mayo de 2005, EM Ltd, NML Capital. v. the Republic of Argentina*, <http://www.clarin.com/diario/2005/05/13/um/fallo.pdf>.

confirmó la decisión de la instancia inferior, que había rechazado la solicitud de embargar unos viejos bonos, depositados en los bancos para su conversión: "...the District Court acted well within its authority to vacate the remedies in order to avoid a substantial risk to the successful conclusion of the debt restructuring. That restructuring is obviously of critical importance to the economic health of a nation".

- 26 En los últimos tiempos, se han desarrollado distintas propuestas en torno a un régimen de insolvencia para Estados sobreendeudados.⁵⁶ La tarea decisiva se refiere a la creación de una base jurídica segura para un procedimiento en el que, con la mediación de una instancia neutral, se organizara una comunidad de acreedores basada en el principio de igualdad y se evitaran así medidas unilaterales por parte de los acreedores individuales.
- 27 El modelo de Derecho internacional público de un Sovereign Debt Restructuring Mechanism pretende otorgar un papel vital al FMI y modificar su Convenio Constitutivo.⁵⁷ Esta propuesta tiene por objeto, sobre todo, establecer una moratoria provisional de la deuda (con exclusión de demandas de acreedores individuales ante tribunales nacionales), la protección de los acreedores en favor de funciones elementales del Estado, la ejecución controlada de un programa de saneamiento, la creación de incentivos para la aportación de nuevos medios de financiación por parte de inversores privados y una reestructuración de las deudas por medio de decisiones mayoritarias cualificadas, bajo la supervisión u otra colaboración de una instancia arbitral.
- 28 Además, existe la propuesta complementaria de incorporar cláusulas en contratos de crédito y en otros contratos obligacionales que permitan acuerdos internacionales de reestructuración de la mayoría de acreedores (*collective action clauses*).⁵⁸ Tales cláusulas de acción colectiva permiten a una mayoría de acreedores concluir acuerdos de reestructuración que, bien tengan efecto vinculante para todos los acreedores o que bien limiten al menos la posibilidad de que una minoría de acreedores pueda ejecutar unilateralmente sus derechos. Entre tanto, México y otros Estados (como, por ejemplo, Brasil, Italia, Sudáfrica y Turquía) han incorporado tales cláusulas en los bonos estatales, cuya colocación se sujeta al Derecho del Estado de Nueva York.⁵⁹

⁵⁶ Al respecto, v.: Krueger, A.: "New Approaches to Sovereign Debt Restructuring: An Update on our Thinking", International Monetary Fund Conference 2002, <http://www.imf.org/external/np/speeches/2002/040102.htm>; Paulus, C. G.: "Rechtlich geordnetes Insolvenzverfahren für Staaten", ZRP, 2002, p. 383 ff.; id.: "A Statutory Procedure for Restructuring Debts of Sovereign States", RIW, 2003, pp. 401 y ss.; Schwarz, K. -A.: "Neue Mechanismen zur Bewältigung der Finanzkrise überschuldeter Staaten", ZRP, 2003, pp. 170 y ss.

⁵⁷ Krueger, A., *op. cit.* (*supra*, nota anterior).

⁵⁸ Gray, R.: "Collective Action Clauses: Theory and Practice", *Georgetown Journal of International Law*, 35/2004, pp. 693 y ss.

⁵⁹ Galvis, S. J./Saad, A. L.: "Collective Action Clauses: Recent Progress and Challenges Ahead", *Georgetown Journal of International Law*, 35/2004, pp. 713 y ss.; Gugiatti, M. / Richards, A.: "The Use of Collective Action Clauses in New York Law Bonds of Sovereign Borrowers", *Georgetown Journal of International Law*, 35/2004, pp. 815 ss.

Bibliografía reciente en español

- Tema 1: Antonio, B., *Derecho internacional privado en la estructura jurídica del mundo*, 2008; Collantes González, J. J., Vega Justríbó, B. (coords.), *Derecho internacional económico y de las inversiones internacionales*, 2009; Enríquez, D.: “El derecho internacional económico. Apuntes para una crítica contemporánea”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, 2006, pp. 251-299; Espluques Mota, C., Hargain, D., *Derecho del comercio internacional*, 2005; Fernández Rozas, J. C.: *Sistema del Comercio internacional*, 2001; *id.*: *Sistema de Derecho económico internacional*, 2010; Hinojosa Martínez, L. M., Roldán Barbero, J. (coords.): *Derecho económico internacional*, 2010; Rodríguez Fernández, M., *Introducción al derecho comercial internacional*, 2009. Recopilaciones de textos jurídicos: Chueca Sancho, A. G.: *El Derecho Internacional Público en la práctica: textos*. Universidad de Zaragoza, 2010; Espluques Mota, C.: *Legislación del comercio internacional*, 2003; Estebán de la Rosa, F. (Coord.): *Legislación de los negocios internacionales*, 2007.
- Tema 2: Barañano Cid, M. (dir.): *La Globalización económica: incidencia en las relaciones sociales y económicas. Cuadernos de Derecho Judicial*, 2002; Calvo Caravaca, A. L., Castellanos Ruiz, E. (dirs.): *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, 2008; Domingo, R., Santibañez, M., Calcedo, A. (Coords.): *Hacia un derecho global: reflexiones en torno al derecho y la globalización*, 2006; Fazio Vengoa, H.: *¿Qué es la Globalización? Contenido, explicación y representación*, 2011; Marín Quemada, J. M^a., García-Verdugo Sales, J.: *Bienes públicos globales, política económica y globalización*, 2003; Pastor Ridruejo, J. A.: “La Globalización de los derechos humanos: el reto del siglo XXI”, *Revista europea de derecho fundamentales*, 2003-2, p. 19 y ss.; Pinto, M.: *El derecho internacional: vigencia y desafíos en un escenario globalizado*. Fondo de la Cultura Económica, México, D. F., 2004; Rivera Sibaja, G.: “Las regla de la globalización: el Derecho económico internacional”, *Revista de ciencia jurídicas*, núm. 117, 2008, p. 41 y ss.; Tugores Ques, J.: *Economía internacional: globalización e integración económica*, 2002.
- Tema 3: AA. VV.: *Legislación básica de Derecho internacional privado*, 14.^a ed., 2004; Abarca Junco, A. A. (coord.): *Derecho internacional privado*, 2012; Alonso Almeida, M^a del M., Seoane Coftoya, C., Bueno Campos, E. (dirs.), *El Gobierno de la Empresa: en busca de la confianza y la transparencia*, 2004; Alonso García, R.: *Derecho de la Unión Europea: textos y materiales*, 2010; Balestra, R.: *Derecho internacional privado*, 2006; Calderón Rodríguez, C. L.: “El comercio electrónico: nueva *lex mercatoria* del comercio internacional”, *REDI: Revista electrónica de Derecho informático*, 26/2000; Calvo Caravaca, A-L., Carrascosa González, J.: “Contrato internacional, nueva *lex mercatoria* y principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales”, en *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Luis Díez Picazo*, 2002, p. 1529 y ss.; *id.*: *Derecho internacional privado*, 2012; Díez-Hochtleitner, J., Espinar Vicente, J. M., Vega Escudero, A I., Mora Sánchez, A.: *La ordenación jurídica del turismo internacional: un análisis económico de la Ley Helms-Burton*, 2001; Espluques Mota, C. (dir.): *Derecho internacional privado*, 2012; Espluques Mota, C., Hargain, D., Palao Moreno, G.: *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, 2008; Fernández Arroyo, D. P.: *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*, 2003; Fernández Rozas, J. C.: “*Lex mercatoria* y autonomía conflictual en la contratación internacional”, *Anuario*

español de Derecho internacional privado, t. 4, 2004, p. 35 y ss.; Fernández Rozas, J. C., Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho internacional privado*, 2011; Galgano, F.: “*Lex mercatoria, shopping* del derecho y regulaciones contractuales en la época de los mercados globales”, *Revista de derecho mercantil*, 247/2003, pp. 7 y ss.; Garcimartín Alférez, F. J.: *Contratación internacional y medidas de coerción económica*, 1993; *id.*: *Derecho internacional privado*, 2011; Goldschmidt, W., Perugini Zaneti, A. M.: *Derecho internacional privado*, 2009; Juenger, F. K., Sánchez Lorenzo, S. A.: “Conflictualismo y *lex mercatoria* en el Derecho internacional privado”, *Revista española de Derecho internacional*, 2000-1, p. 15 y ss.; Kleinheisterkamp, J., Lorenzo Idiarte, G. A. (coords.): *Avances del Derecho internacional privado en América Latina. Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, 2002; López Zamora, P.: *El ciberespacio y su ordenación*, 2006; Mangas Martín, A., Liñán Nogueiras, D. J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 3.ª ed., 2002; Miguel Asensio, P. A. de: “Derecho imperativo y relaciones privadas internacionales”, *Homenaje a Don Antonio Fernández Gil*, 2001, p. 2857 y ss.; *id.*: *Derecho privado de Internet*, 2011; Molina del Pozo, C. F.: *Derecho de la Unión Europea*, 2011; Otero García-Castrillón, C.: “El alcance extraterritorial del Derecho de la competencia y su utilización como medida comercial: Las perspectivas estadounidense, comunitaria y española”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea*, 212/2001, p. 34 y ss.; Pérez Carrillo, E. F. (coord.): *Gobierno corporativo y responsabilidad social de las empresas*, 2009; Sánchez, V. M. (dir.): *Derecho de la Unión Europea*, 2010; Zapata de Arbeláez, A. (comp.): *Derecho internacional de los negocios*, 2003-2010; Virgós Soriano, M., Garcimartín Alférez, F. J.: *Derecho procesal civil internacional: litigación internacional*, 2007; Weinberg, I.: *Derecho internacional privado*, 2011.

Tema 4: AAVV, *Las organizaciones internacionales*, 1999; Alvarez Londoño, L. F.: *Derecho internacional público*, 4.ª ed., 2007; *id.*: *Historia del derecho internacional público*, 2000; Barboza, J.: *Derecho internacional público*, 2008; Berzosa, C.: “Orden económico internacional”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 35, 2001, p. 9 y ss.; Campanello, B.: *Derecho internacional público contemporáneo*, 2010; Díez de Velasco, M.: *Las Organizaciones Internacionales*, 16.ª ed., 2010; Fernández-Tomás, A.: “Deuda externa, nuevo orden económico y ordenamiento jurídico internacional”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1989, p. 121 y ss.; García Prats, F. A.: *Cooperación administrativa internacional en materia tributaria: derecho tributario global*, 2007; Gaviria Liévano, E.: *Derecho Internacional Público*, 2005; Gómez Galán, M.: *El sistema internacional de cooperación al desarrollo: una aproximación a sus actores e instrumentos*, 2.ª ed., 1999; González Fernández, S.: *Organización económica internacional: relaciones y organismos fundamentales*, 2003; Lapique, J. M.: “Interpretaciones del concepto Nuevo Orden Económico Internacional”, AA. VV.: *Temas de organización económica internacional*, 1993, pp. 159-174; Mariño Menéndez, F. M.: *El desarrollo y la cooperación internacional*, 1997; Martínez de Velasco, L.: *Mercado, planificación y democracia*, 1997; Koskeniemi, M.: *El discreto civilizador de naciones. El auge y la caída del derecho internacional 1870-1960*, 2005; Llanos Mansilla, H.: *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*, 2008; López Jiménez, D., Martínez López, F. J.: “Nueva tendencias en materia de responsabilidad social corporativa: los códigos de conducta reguladores del comercio electrónico”, *Revista de responsabilidad social de la empresa*, 2010-1, p. 41 y ss.; Meilán Gil, J. L.: “Fundamento principal del Derecho administrativo global”, en *Las Administraciones públicas entre dos siglos. Homenaje a Mariano Baeza del Alcázar*, 2010, p. 1199 y ss.; Mangas Martín, A.: “La contribución de las organizaciones internacionales a la democratización y gobernabilidad de la sociedad internacional”, en A. Guerra, J. F. Tezanos Tortejada (coords.), *La calidad de la democracia: las democracias del siglo XXI*, 2009, p. 429 y ss.; Monroy Cabra, M. G.: *Derecho Internacional Público*, 2011; Otero García-Castrillón, C.: “Autorregulación y establecimiento de estándares en los contratos internacionales”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. 8, 2008, p. 669 y ss.; Pérez de Nanclares, J. M. (coord.): *Estados y las organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, 2010; Stavridis, S. (coord.): *Gobernanza global multi-nivel y multi-actor: ejemplos de Europa, el Mediterráneo y América Latina*,

- 2011; Stuhldreher, A.: “Interregionalismo y gobernanza global: Apuntes posibles del eje UE-Mercosur”, *Revista CIDOB d’afers internacionals*, núm. 60, 2003; Santos Vara, J.: *La participación de la Unión Europea en las organizaciones internacionales*, 2002; Teijo García, C.: *Organizaciones internacionales no gubernamentales y Derecho internacional*, 2005; Travieso, J. A.: *Derecho internacional público*, 2012; Urueña, R.: *Derecho de las Organizaciones Internacionales*, 2008, Vargas C., E.: *Derecho internacional público*, 2007.
- Tema 5: AA. VV.: *Tratado de Niza: análisis, comentarios y texto*, 2002; Andrés Sáenz de Santamaría, M.ª P.: “Después de Niza: las instituciones de la Unión Europea en la perspectiva de 2004”, *Revista española de Derecho Europeo*, 1/2002, pp. 31-66; *id.*: “La Unión Europea en el concierto de las organizaciones internacionales”, *Revista española de Derecho Europeo*, 3/2002, p. 121 y ss.; *id.*: “La reforma de las instituciones en la Unión Europea en la perspectiva de las ampliaciones”, *Información Comercial Española, ICE: Revista de Economía*, 809/2003, p. 51 y ss.; Calvo Caravaca, A. -L., Carrascosa González, J.: “Mercado único europeo y libertades comunitarias”, *Derecho europeo de la competencia*, 2000, p. 9 y ss.; Cebada Romero, A.: “La redefinición de la política comercial común en el Tratado de Niza”, *Gaceta Jurídica de la UE y de la competencia*, 212/2001, p. 12 y ss.; Cepillo Galván, M. A.: *Política comercial europea y preferencias arancelarias*, 2010; Chiti, M. P.: *Derecho administrativo europeo*, 2002; Cienfuegos Mateo, M.: *Las sentencias prejudiciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los Estados miembros*, 1998; Díez de Velasco Vallejo, M.: *Las organizaciones internacionales*, 2003; García López, J. A.: “El Tratado de Niza y la política comercial común: consideraciones sobre la nueva redacción del art. 133 TCE”, *La Ley*, 2/2001, pp. 1894-1897; Girón Larrucea, J. A.: *La Unión Europea, la Comunidad Europea y el Derecho comunitario*, 2002; Gisbert Pomata, M.: “Consideraciones sobre el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas: antes y después del Tratado de Niza”, *ICADE*, 59/2003, p. 269 y ss.; Goizueta Vértiz, J.: *El Derecho comunitario y la libertad de circulación y residencia de las personas en España. Implicaciones del estatus de ciudadanía de la Unión*, 2001; González Baqué, L.: “La libre circulación de mercancías en el Tratado Constitucional de la Unión Europea”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 225/2003, p. 40 y ss.; González-Varas Ibáñez, S.: *El Derecho administrativo europeo*, 2002; Gutiérrez Espada, C.: “Una reforma “difícil” pero productiva: la revisión institucional en el Tratado de Niza”, *RDCE*, 9/2001, p. 27; Mangas Martín, A.: “El Consejo en clave de reforma”, *RDUE*, 2002; Mangas Martín, A., Liñán Noguera, D.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 3.ª ed., 2002; Mengozzi, P.: *Derecho comunitario y de la Unión Europea*, 2000; Martínez Capdevilla, C.: *Derecho de la Unión Europea: textos y comentarios*, 2002; Palacio González, J.: *Derecho procesal y del contencioso comunitario*, 2000; Sánchez, V. M. (coord.): *Derecho de la Unión Europea*, 2010; Stoffel Vallotton, N.: *La prohibición de restricciones a la libre circulación de mercancías en la Comunidad Europea. Evolución del principio en la práctica de los Estados miembros y en la jurisprudencia comunitaria*, 2000; Valle Gálvez, A.: “La libre circulación de personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia”, en López Escudero, M.: *Derecho comunitario material*, 2000, p. 41 y ss.
- Tema 6: Alonso, J. A., Mulas-Granados, C. (dirs.): *Corrupción, cohesión social y desarrollo: el caso de Iberoamérica*, 2011; Ayuso Siart, S., Mutis, J.: “El Pacto Global de Naciones Unidas: ¿una herramienta para asegurar la responsabilidad social de las empresas?”, *GCG: Revista de Globalización, Competitividad y Gobernabilidad*, Vol. 4, 2010, p. 28 y ss.; García Matamoros, L. V., Abello Galvis, R.: “Reflexiones sobre el papel del derecho al desarrollo en la relación entre paz, seguridad y desarrollo”, Torres Cazorla, M. I., García Rico, E. (coords.): *La seguridad internacional en el Siglo XXI, nuevas perspectivas*, 2011, p. 167 y ss.; Gómez Patiño, D. P.: “El pacto global de las Naciones Unidas sobre la responsabilidad social, la anticorrupción y la seguridad”, *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores de la Facultad de Derecho*, núm. 28, 2011, p. 217 y ss.; Guzmán Rincón, A. M.: “Tensiones en la estrategia de transformación institucional del Banco Interamericano de Desarrollo en América

Latina: Entre el mercado y la gobernabilidad democrática”, *Estudios Socio-jurídicos*, 13, 2011-1, p. 185 y ss.; Núñez García-Sauco, A.: “La Convención de Naciones Unidas contra la corrupción”, en Rodríguez García, N., Fabián Caparrós, N. A.: *La corrupción en un mundo globalizado: análisis multidisciplinar*, 2004, p. 13 y ss.; Pascual Esteve, J. M., Godàs i Pérez, X. (Coords.): *El Buen Gobierno 2.0: la Gobernanza Democrática Territorial: ciudades y regiones por la cohesión social y una democracia de calidad*, 2010.

Tema 7: Abello Galvis, R.: “Introducción al estudio de las normas de *Ius Cogens* en el seno de la Comisión de Derecho Internacional – CDI”, *Vniversitas, Revista de la Universidad Javeriana*, diciembre de 2011, p. 75 y ss.; AA.VV.: *Derecho internacional de los derechos humanos: su vigencia para los Estados y para los ciudadanos*, 2009; Bollo Arocena, M^a. D.: “La inmunidad de los Estados frente a la violación de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario. Algunas reflexiones al hilo de los ataques israelitas contra la franja de Gaza”, *Cuadernos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. 10, 2009, p. 59 y ss.; Cañado Trinidad, A.: *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, 2.^a ed., 2006; Carrera Hernández, F. J.: “La inmunidad de ejecución de los Estados en la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes”, *Revista española de Derecho internacional*, Vol. 58, 2006-2, p. 711 y ss.; Carrillo Santarelli, N.: “La inevitable supremacía del *ius cogens* frente a la inmunidad jurisdiccional de los Estados”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 18, 2008, p. 55 y ss.; Fuentes Navarro, D. E.: *Derecho internacional. Nacionalidad y protección de la persona en el extranjero*, 2008; Gutiérrez Espada, C., *La responsabilidad internacional de los Estados y las Organizaciones (balance provisional de coincidencias y matices)*, 2010; Herz, M.: “La nueva Convención de Naciones Unidas sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados y sus bienes”, *Revista española de estudios electrónicos*, núm. 10, 2005; Oliveira Mazzuoli, V. de: “El sistema de protección Interamericano de Derechos Humanos: estructura, funcionamiento y efectividad en el derecho brasileño”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, p. 331 y ss.; Requejo Isidro, M.: *Violaciones graves de derechos humanos y responsabilidad civil*, 2009; Salmon, E.: *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2011; Torres Cazorla, M^a. I.: *Los actos unilaterales de los Estados: un análisis a la luz de la práctica estatal y de la labor de la comisión de derecho internacional*, 2010; Urioste Braga, F.: *Responsabilidad internacional de los Estados en los derechos humanos*, 2002

Tema 8: AA. VV., *Comercio internacional y medio ambiente: derecho, economía y política*, 2002; Amat Llombar, P.: *Derecho de la biotecnología y los transgénicos: especial referencia al sector agrario y alimentario*, 2008; Bou Franch, V.: “Las inmunidades internacionales y el art. 36 de la Ley núm. 1/2000, de 7-I-2000, de Enjuiciamiento Civil”, *Revista de Derecho de la Universidad de Valencia*, 2002 en <http://centros.uv.es/web/centros/derecho/interno/>; Borrás Pentinat, S.: *Los regímenes internacionales de protección del medio ambiente*, 2011; Cárdenas, F. y Cadena, F.: “Desafíos impuestos por el derecho internacional ambiental al derecho internacional clásico”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 2/2009, pp. 141-174; Carrillo Salcedo, J. A.: *Soberanía de los Estados y Derechos humanos en el Derecho internacional contemporáneo*, 2.^a ed., 2001; Fach Gómez, K.: *La contaminación transfronteriza en Derecho internacional privado: estudio de Derecho aplicable*, 2002, esp. pp. 386 y ss.; Fernández Egea, R. M^a.: *Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC*, 2008; García Pachón, M. P., *Derecho y cambio climático*, 2010; Jaquenod de Zsögön, S.: *Derecho ambiental*, 2002; Jiménez de Parga Maseda, P.: *El principio de prevención en el derecho internacional del medio ambiente*, 2001; McNeill, J.: “El sistema internacional y el cambio medioambiental en el siglo XX”, *Ayer*, núm. 46, 2002, p. 19 y ss.; Parejo Alfonso, L. (dir.): *Código general sobre Medio Ambiente*, 2002; Piñar Mañas, J. L. (ed.): *Desarrollo sostenible y protección del medio ambiente*, 2002; Rodrigues Bertoldi, M.: *Aspectos jurídico-internacionales del acceso a los recursos genéticos que componen la diversidad biológica*, Tesis Doctoral dirigida por J. B. Acosta Estévez, 2004, accesible en < <http://www.tdx.cat/handle/10803/7684>>; Roca Aymar, J. L.: “La inmunidad estatal y el Derecho constitucional

a la tutela judicial efectiva desde un punto de vista económico”, *Consejo General del Poder Judicial*, 2000, pp. 355-360; Miguel Perales, C. de: *Derecho español del medio ambiente*, 2.ª ed., 2002; Oliveira do Prado, R.C.: “La ecologización de la Corte Internacional de Justicia”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, pp. 45-76; Rigo Sureda, A.: “Instituciones internacionales y el Derecho Internacional del Medio Ambiente: la contribución del Banco Mundial”, *Anuario derecho internacional*, Vol. 16, 2000, p. 407 y ss.; Ruiz Ruiz, F.: *Derechos humanos y acción unilateral de los Estados*, 2000; Sánchez Bravo, A., Gorcevski, C.: *Medio ambiente, energía y cambio climático*, 2011; San Martín Sánchez de Muniáin, L.: *La Organización Mundial del Comercio (OMC) y la protección del medio ambiente: aspectos jurídicos*, 2000; Tripelli, A. B., *La protección internacional del ambiente en el siglo XXI*, 2008; Viñuales, J. E., Pérez Aznar, F.: “La distribución del riesgo regulatorio ambiental en el derecho de las inversiones internacionales”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Décimo Aniversario*, 2012, p. 169 y ss.

Tema 9: AA. VV., *Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (Comercial y de Inversiones)*, 2011; Aguilar Benítez de Lugo, M.: *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*, 2002; *id.*: “Comisiones rogatorias y obtención de pruebas en el extranjero”, *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, Año 55, nº 1905, 2001, pp. 3635-3666; Aguilar Grieder, H.: *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje internacional*, 2001; Borrás, A. (dir.): *Cooperación jurídica internacional en materia civil, el Convenio de Bruselas*, 2001; *id.*: “Hacia la supresión del exequátur en Europa”, AA. VV., *Cooperación jurídica internacional en materia civil: el Convenio de Bruselas*, 2001, pp. 15-52; Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J.: *Práctica procesal civil internacional*, 2001; Carballo Piñeiro, L.: *Las acciones colectivas internacionales y su eficacia extraterritorial: problemas de recepción y trasplante de las class actions*, 2009; Diago Diago, P.: *La obtención de pruebas en la Unión Europea*, 2003; Dreyzin de Klor, A., Fernández Arroyo, D., *Derecho internacional privado argentino*, 2008; Dreyzin de Klor, A., Saracho Cornet, T.: *Trámites judiciales internacionales*, 2005; Fernández-Armesto, J.: “Un vuelco en la jurisprudencia sobre el arbitraje comercial internacional”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 2002, pp. 1816-1820; Fernández Rozas, J. C.: *Tratado de arbitraje comercial en América Latina*, 2008; Fernández Rozas, J. C., Arenas García, R., Miguel Asensio, P. A. de: *Derecho de los negocios internacionales*, 2011; Feuillade, M. C., *Cooperación jurisdiccional internacional*, 2011; Friedland, P.; Llano Oddone, R.: *Cláusulas de Arbitraje para Contratos Internacionales*, 2010; Gamboa Morales, N.: *Apuntes sobre arbitraje internacional*, 2006; Garau Sobrino, F. F.: *Los acuerdos internacionales de elección de foro*, 2008; Gómez Jene, M.: *El arbitraje comercial internacional en la Unión Europea: la eficacia del laudo arbitral*, 2000; Hunter, M., Blackaby, N., & Redfern, A., *Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. Buenos Aires, 2007; Mantilla Serrano, F., *Arbitraje internacional: tensiones actuales*, 2007; Marchal Escalona, N.: *Garantías procesales y notificación internacional*, 2001; Marzorati, O. J., *Derecho de los negocios internacionales*, 2007; Muerza Esparza, J. J.: “El Reglamento (CE) 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo, sobre obtención de pruebas en materia civil y mercantil y su incidencia en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 558, 2002, p. 9 y ss.; Oppetit, B., *Teoría del Arbitraje*, 2006; Ortúe Cebrián, F., Alías Garoz, M. I.: *Exequatur de laudos arbitrales extranjeros al amparo del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958. Doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo*, 2003; Peláez Sanz, F. J., Griñó Tomas, M. (dirs.): *El arbitraje internacional: cuestiones de actualidad*, 2009; Pierola, F.: *Solución de diferencias ante la OMC*, 2008; Sánchez Jiménez, M. A.: *Ejecución de sentencias extranjeras en España: Convenio de Bruselas de 1968 y procedimiento interno*, 1998; Rivera, J. C.: *Arbitraje Comercial Internacional y Doméstico*, 2007; Rodríguez Vázquez, M.ª A.: *Denegación de la eficacia de sentencias europeas por indefensión del demandado*, 2001; Sánchez Lorenzo, S. A.: “Las nuevas normas de competencia judicial internacional del reglamento Bruselas I”, *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 18, 1, 2001, p. 177 y ss.; Silva Romero, E., & Mantilla Esponisa, F., *El contrato de arbitraje*, 2005;

- Tawil, G., Zuleta, E.: *El arbitraje comercial internacional*, 2008; Zapata de Arbeláez, A., Barona Vilar, S., Esplugues Mota, C. (eds.): *El arbitraje interno e internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias del futuro*, 2010; Weingberg de Roca, I. M., *Derecho internacional privado*, 2011.
- Tema 10: AA.VV., *La organización Mundial del Comercio y la Globalización*, 2005; Basaldúa, R. X., *La Organización Mundial del Comercio y la regulación del comercio internacional*, 2010; Cebada Romero, A.: *La Organización Mundial del Comercio y la Unión Europea*, 2002; Condon Bradley, J.: *El Derecho de la Organización Mundial del Comercio*, 2008; Cottier, T., Pluess, D.: “Derecho OMC y Derechos internos: una relación difícil”, en Remiro, A., Espósito, C.: *La Organización Mundial del Comercio y el regionalismo europeo*, 2001, p. 81 ss.; Díez-Hochleitner, J., Espósito, C.: “La falta de eficacia directa de los Acuerdos OMC en la Unión Europea”, en Remiro, A., Espósito, C.: *La organización mundial del comercio y el regionalismo europeo*, 2001, pp. 159 ss.; Esty, D. C.: *El reto ambiental de la OMC: sugerencias para una reconciliación*, 2001; Fernández Pons, X.: *La Organización Mundial del Comercio y el derecho internacional: un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias de derecho internacional general*, 2006; Fernández Rozas, J. C.: *Sistema del comercio mundial*, 2001; García-Matamoros, L. V.: *El Derecho al Desarrollo y sus Perspectivas de Aplicación en la OMC*, 2011; Guzmán Manrique, G., *Las reglas de origen del comercio internacional*, 2012; Heredero de Pablos, M. I.: “La organización mundial del comercio: antecedentes, situación y perspectivas”, *Revista de economía mundial*, 4/2001, pp. 13-30; Jawara, F., Kwa, J.: *Tras las bambalinas de la OMC: la cruda realidad del comercio internacional*, 2005; Jackson, J. H.: *Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del derecho internacional* (traducción de N. Carrillo Santarelli), 2009; López Barrero, E., *Regulación del Comercio Internacional: La OMC*, 2010; Mangas Martín, A.: “La organización mundial del comercio y las relaciones multilaterales comerciales”, en Díez de Velasco, M.: *Las organizaciones internacionales*, 2003, pp. 439-463; Millet, M.: *La regulación del comercio internacional: del GATT a la OMC*, 2001; Remiro Brotons, A., Espósito, C. (ed.): *La organización mundial del comercio y el regionalismo europeo*, 2001; Sánchez-Cordero Grossmann, C.: “La constitucionalización de la Organización Mundial del Comercio: ¿una vía de legitimidad?”, *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 20, 2009, p. 137 y ss.; San Martín Sánchez de Muniáin, L.: *La OMC y la protección del medio ambiente*, 2000; Trujillo Cabrera, J.: “Medidas sanitarias y fitosanitarias en la Organización Mundial del Comercio”, *Diálogos de saberes: investigaciones y ciencias sociales*, núm. 32, 2010, p. 231 y ss.; Zapatero, P.: *Derecho del comercio global*, 2003.
- Tema 11: Quito Romero, J. de: “Seguridad de suministro: un valor en alza para la política energética y en la política de seguridad nacional”, *UNISCI. Discussion Papers*, núm. 13, 2007; Valenzuela Robles Linares, J. M.: “Yacimientos transfronterizos de hidrocarburos. Entre el hecho jurídico y el diplomático”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. X, 2010, p. 353 y ss.
- Tema 12: AA. VV.: *Mercosur y Unión Europea*, 2008; Basaldua, R. X.: *Mercosur y derecho de la integración*, 2011; Benavides de la Vega, L. (ed.): *La integración regional y el desarrollo en África*, 2009; Caballero Santos, S. (coord.): “Integración regional, multilateralismo en América Latina y relaciones Sur-Sur”, Ejemplar de *Relaciones internacionales: revista académica cuatrimestral de publicación electrónica*, núm. 15, 2010; Casas Gragea, A. M.ª: “El nuevo regionalismo latinoamericano: una lectura desde el contexto internacional”, *Revista de economía mundial*, 6/2002, p. 137 y ss.; Conde, F.: “Los acuerdos de integración regional en Iberoamérica, Asia y el Pacífico”, *Economía Mundial*, 2002, p. 117 y ss.; Cuenca García, E.: “Integración económica en América del Sur: El caso de MERCOSUR”, *Cuadernos de Ciencias Económicas y Empresariales*, 40/2001, p. 99 y ss.; Deluca, S.: *Unión Europea y Mercosur*, 2003; Dreyzin de Klor, A.: “La aplicación judicial del derecho del Mercosur”, *Estudios de derecho internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, 2002, p. 1377 y ss.; Dreyzin de Klor, A., Perotti, A. D.: *El Derecho originario del Mercosur*, 2011; Floreal González, F.: “Mercosur”, *Iuris: Actualidad y Práctica del Derecho*, 42/2000, p. 20 y ss.; González Miranda, S., Obando Santana, C.: “Hacia un nuevo pensamiento integracionista latinoamericano:

aproximación a una lectura de segundo orden”, *Polis: revista académica de la Universidad bolivariana*, núm. 21, 2008; Grabendorff, W.: “El potencial y los desafíos de la nueva integración en América Latina y su relación con la Unión Europea”, *Boletín del Círculo de Empresarios*, 65/2000, p. 95 y ss.; Gratius, S. (ed.): *Mercosur y Nafta: instituciones y mecanismos de decisión en procesos de integración asimétricos*, 2008; Guerra Borges, A.: “Integración latinoamericana, dos épocas, dos estilos. Una reflexión comparativa”, *Iberoamericana*, 2/2001, pp. 61-82; Klein Vieira, L.: *Interpretación y aplicación uniforme del derecho de la integración. Unión Europea, Comunidad Andina y Mercosur*, 2011; Maesso Corral, M., González Blanco, R.: “La Unión Europea y Mercosur: ¿una relación de conveniencia?”, *Revista de economía mundial*, 4/2001, pp. 123-143; Martínez Puñal, A.: *La solución de controversias en el Mercosur. Estudio de sus mecanismos*, 2000; Paiva, P., Gazel, R.: “Mercosur: éxitos, fracasos y tareas inconclusas”, *Quórum: revista de pensamiento iberoamericano*, 5-6/2003, p. 91 y ss.; Reyes, G. E.: “Bloques de integración de América Latina y el Caribe: participación en el comercio internacional 1991-2000”, *Sincronía*, 2/2003; Stoffel Vallo-ton, N.: “El espacio económico europeo: un ejemplo de integración diferenciada en las relaciones exteriores de la Unión Europea. La aplicación del acervo comunitario a terceros Estados”, *Revista de Derecho comunitario europeo*, año 7, núm. 15, 2003, p. 573 y ss.; Tovías, A.: “Bloques regionales internacionales: ¿agrupaciones económicas o superpotencias políticas?”, *Revista de economía mundial*, 4/2001, p. 99 y ss.; Vera, T., Tansini, R.: “Los procesos de integración en América Latina: el caso del Mercosur”, *Información comercial española*, 790/2001, p. 107 y ss.; Wolfram, D.: “El acuerdo de comercio preferencial entre la Unión Europea, Colombia y Perú. Contenido y cambios al *Status quo*”, *Contexto, Revista de Derecho y Economía*, diciembre de 2011, pp. 25-53.

Tema 13: AA. VV., *Comercio electrónico: e-commerce*, 2006; AA. VV.: *Revista española de Derecho de seguros: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los seguros privados*. Ejemplar dedicado a: *El nuevo régimen comunitario de los contratos internacionales de seguro (Reglamentos Bruselas I, Roma I y Roma II)*, núm. 140, 2009; Aljure-Salame, A.: *El contrato internacional*, 2011; Baillo Morales-Arce, J.: “Trabajos de UNCITRAL sobre el desarrollo del comercio electrónico y los instrumentos internacionales relativos al comercio internacional”, *RDBB*, 88/2002, p. 272; Bosch Capdevila (coord.): *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*, 2009; Calderón Rodríguez, C. L.: “El Comercio electrónico: nueva *Lex Mercatoria* del Comercio Internacional”, *Revista de Derecho informático*, 26/2000; Calvo Caravaca, A. L.: *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, 2001; Calvo Caravaca, A. L., Areal Ludeña, S. (dirs.): *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, 2005; Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J.: *Curso de contratación internacional*, 2 ed., 2006; *id.*: Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J.: *Estudios sobre contratación internacional*, 2006; *id.*: *Las obligaciones extracontractuales en derecho internacional privado: el Reglamento “Roma II”*, 2008; Campuzano Díaz, B.: *La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías*, 2000; Carbone, S. M.: “Dos intentos regionales de regulación de los contratos internacionales: El Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales y su relación con la Convención Interamericana de 1994 sobre derecho aplicable a los contratos internacionales”, *Revista Jurídica de Castilla la Mancha*, 34/2003, p. 45 y ss.; Carlini, G. A., *El contrato de compraventa internacional de mercaderías*, 2010; Castellanos Ruiz, E.: *El Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, 2009; Collantes González, J. L.; de la Vega Justríbó, B. (dirs.): *Derecho internacional económico y de las inversiones internacionales*, 2009; Dabah, A. D., *El contrato internacional en el Mercosur*, 2005; Esplugues Mota, C., Hragain, D., Palao Moreno, G., *Derecho de los contratos internacionales*, 2008; Fernández Arroyo, D., Dreyzin de Klor, A., *Contratos internacionales*, 2008; Fernández Fernández, R.: *Contratación electrónica la prestación del consentimiento de Internet*, 2001; Fernández Masía, E.: “Aceptación incondicional del comprador respecto de la oferta. Perfección de un contrato de compraventa internacional de

mercaderías. Incumplimiento contractual del aceptante”, *CCJC*, 53/2000, p. 673 y ss.; Flores Doña, M. S.: *Impacto del comercio electrónico en el derecho de la contratación*, 2002; Gaitán Martínez, J. A., Mantilla Espinosa, F. (dirs.): *La terminación del contrato: nuevas tendencias de Derecho comparado*, 2007; Galgano, F.: “El Derecho uniforme: la compraventa internacional”, *Atlas de Derecho privado comparado*, 2000, p. 373 y ss.; Garcimartín Alférez, F. J.: “El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?”, *Diario La Ley*, núm. 6957, 2008; González López, O. R.: *Comercio electrónico*, 2011; Garro, A. M., Zuppi, A. L., *Compraventa internacional de mercaderías*, 2012; Garro, A. M., Perales Viscasillas, M^a del P.: “Comunicaciones electrónicas en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías (CNUCCIM): primera opinión del Consejo Consultivo de la CNUCCIM (CISG-AC)”, *Revista de contratación electrónica*, 44/2003, pp. 39-57; Graham, J. A.: “La Convención de Viena sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías y el Comercio Electrónico”, *Revista electrónica de Derecho informático*, 39/2001; Gómez Segade, J. A.: *Comercio electrónico en Internet*, 2001; Guardiola Sacarrera, E.: *La compraventa internacional*, 2.^a ed., 2001; Guisado Moreno, A.: “El comercio electrónico y su disciplina ¿Un nuevo Derecho para un nuevo modelo de mercado y de negocio?”, *La Ley*, 145/2002, pp. 28-47; Hernández Martí, J.: “Compraventa internacional: (Convenio de Viena 1980)”, *RGD*, 620/1996, p. 4967 y ss.; Iglesia Monje, M. I.: *El principio de conformidad del contrato en la compraventa internacional de mercaderías conexiones con la obligación de saneamiento, y, con el deber legal de garantía tanto en nuestro ordenamiento como en los sistemas de nuestro entorno*, 2002; Illescas Ortiz, R.: *Derecho de la contratación electrónica*, 2001; *id.*: “El comercio electrónico internacional y su ordenación uniforme”, *Al Día*, 8/2000, p. 1; Leible, S.: “La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del Derecho de los contratos internacionales”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, Vol. 3, 2011-1, p. 214 y ss.; Magliona Marcovicth, C.: “Marco jurídico de la contratación electrónica con especial referencia al comercio electrónico”, *Revista de Derecho informático*, 34/2001; Martínez Cañellas, A.: *El incumplimiento esencial en el contrato de compraventa internacional de mercaderías*, 2006; *id.*: *La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980*, 2004; Mateu de Ros, R.: *Derecho de Internet la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, 2003; Medina de Lemus, M.: “La contratación internacional”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, año 77, 666/2001, pp. 1501-1554; Miguel Asensio, P. de: *Derecho privado de internet*, 5.^a ed., 2011; Moreno de la Santa García, E.: “Comercio electrónico: Retos para el jurista en Internet”, *Juris*, 42/2000, pp. 29-37; Morán García, M. E.: “Tráfico contractual internacional de créditos titulizados y ámbito de aplicación del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales”, *RGD*, 649-650/1998, p. 12863 y ss.; Oliva Blázquez, F.: *La transmisión del riesgo en la compraventa internacional de mercaderías el régimen jurídico del Convenio de Viena y sus primeras aplicaciones jurisprudenciales*, 2000; *id.*: *Compraventa internacional de mercaderías*, 2002; Ortega Giménez, A., Rubio Sanz, J. (dirs.): *Gestión del cobro de las operaciones internacionales de venta*, 2005; Paillas P., E.: *La compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena*, 2006; Plaza Penadés, J.: “La Directiva de comercio electrónico”, *Revista de Derecho Patrimonial*, 5/2000, pp. 537-550; Rodríguez Benot, A.: “La exclusión de las obligaciones derivadas del Derecho de familia y sucesiones del ámbito de aplicación del Reglamento Roma I”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, Vol. 1, 2009-1, p. 112 y ss.; Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho privado europeo*, 2002; Roselló Moreno, R.: *El comercio electrónico y la protección del consumidor*, 2001; Sánchez Lorenzo, S. (ed.): *Derecho contractual comparado: una perspectiva europea y transnacional*, 2009; San Juan Crucelaegui, J.: *Contrato de compraventa internacional de mercaderías: Convención de Viena y otros textos complementarios*, 2005; Silva Ruiz, P. F.: “La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías”, *Homenaje a D. Antonio Hernández Gil*, 2001, pp. 2883-2896; Tamayo Carmona, J. A.: *Responsabilidad y riesgo contractual; normas de*

la Convención de Viena, sobre Venta Internacional de Mercaderías e Incoterms, 2000, 2002; Vázquez Lépinette, T.: *La compraventa internacional de mercaderías; una visión jurisprudencial*, 2000; Vidal Olivares, J.: “La función integradora de los principios generales en la compraventa internacional de mercaderías y los principios de la UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales”, *ADC*, vol. 56, 3/2003, p. 993 y ss.

Tema 14: AA. VV.: *Revista española de Derecho de seguros: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los seguros privados*. Ejemplar dedicado a: *El nuevo régimen comunitario de los contratos internacionales de seguro (Reglamentos Bruselas I, Roma I y Roma II)*, núm. 140, 2009; AA. VV.: *Contratación bancaria*, 2007; del Águila Quesada J.: *El riesgo en la industria bancaria: una aproximación a Basilea II*, 2002; Álvarez Martínez, S.: *Las garantías bancarias en el comercio internacional*, 2002; Arroyo Martínez, I.: *Compendio de Derecho marítimo*, 2005; Bercovitz-Rodríguez Cano, R. (dir.): *Tratado de contratos*, 2009; Blanco-Morales, Limones, P., Carbonell Puig, J.: *La actividad aseguradora en el espacio económico europeo*, 2002; Cabrera Cánovas, A.: *Transporte internacional de mercancías: aspectos prácticos*, 2012; Carballo Piñeiro, L.: “Protección de inversores, acciones colectivas y Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho de Sociedades*, Vol. 37, 2011-2, p. 207 y ss.; Carlón Ruiz, M.: *El servicio universal de telecomunicaciones*, 2007; Castaño Suárez, R.: “El servicio postal universal”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 192, 2001, p. 23 y ss.; del Cid Gómez, J. M.: “Las normas contra el blanqueo de capitales en el sector financiero internacional”, *Boletín económico de ICE, Información Comercial Española*, núm. 2752, 2003, p. 15 y ss.; Coronado Vaca, M.: “Basilea II: un nuevo marco regulatorio de los riesgos bancarios: novedades en torno al riesgo de crédito”, *Icade: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 56, 2002, p. 105 y ss.; Cubero Marcos, J. I.: *Régimen jurídico de la obligación de interconexión de redes en el sector de las telecomunicaciones*, 2008; Fernández Masía, E.: “Los trabajos para la modificación de la directiva sobre servicios de inversión y la protección de los inversores en supuestos transfronterizos: estado de la cuestión”, *Revista española de Derecho internacional*, Vol. 52, 2000-2, p. 686 y ss.; *id.*: *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones extranjeras*, 2008; Field, L.: “Basilea II: tercer documento consultivo y últimos avances”, *Estabilidad financiera*, núm. 5, 2003, p. 109 y ss.; Gabaldón García, J. L.: “Hacia un nuevo Derecho uniforme para los contratos de transporte aéreo internacional (El Convenio de Montreal de 28 de mayo de 1999)”, *Derecho de los negocios*, núm. 123, 2000, p. 1 y ss.; García Rodríguez, I.: *La protección de las inversiones exteriores: (los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones celebrados por España)*, 2005; González Sanfiel, A. N.: *Las obligaciones de servicio público en el transporte aéreo*, 2010; Grandío Dopico, A., Novo Peteiro, J. A.: *Regulación financiera y protección del inversor*: 1, 2, 3. *Gescartera*, 2001; Hernández Rodríguez, A.: “El contrato de transporte aéreo de pasajeros: algunas consideraciones de competencia judicial internacional y ley aplicable”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, 2011-1, p. 179 y ss.; Illescas Ortiz, R.: “El comercio electrónico y su proyección en el seguro y reaseguro: visión internacional”, *Revista española de seguros: Publicación doctrinal de Derecho y Economía de los Seguros privados*, núm. 111, 2002, p. 385 y ss.; Iglesias Vázquez, M. A.: *La política común del transporte aéreo: relaciones exteriores*, 2000; Llorente Gómez de Segura, C.: “La ley aplicable al contrato de transporte internacional según el Reglamento Roma I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 1, 2009-2, p. 160 y ss.; López Quiroga, J.: “El contrato de transporte aéreo internacional de mercancías”, *Compras y existencias*, t. 22, núm. 128, 2003, p. 25 y ss.; Llorente Gómez de Segura, C.: “El nuevo régimen del transporte ferroviario internacional. El Protocolo de Vilnius de 1999”, *Derecho de los negocios*, núm. 148, 2003, p. 1 y ss.; Mangiamelli, S.: “La liberalización de los servicios en la Unión Europea”, *Revista de derecho constitucional europeo*, núm. 8, 2007, p. 55 y ss.; Mapelli López, E.: “El transporte aéreo internacional y el denominado Código compartido”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de derecho internacional*, núm. 15, 2001, p. 391 y ss.; Consuegra Navarro, M.: *Orientación al mercado en los sistemas de gestión de las empresas de transporte aéreo*, 2005; Martínez

Sánchez, A.: *Nuevas estrategias bancarias ante el reto de la globalización*, 2002; Martínez Sanz, F.: *La responsabilidad del porteador en el transporte internacional de mercancías por carretera –CMR–*, 2002; Menéndez Menéndez, A. (dir.): *Régimen jurídico del transporte aéreo*, 2005; Montero, J.: *Derecho de las telecomunicaciones*, 2007; Moral Soriano, L. M.: “Servicio universal y telecomunicaciones en el Derecho Comunitario”, *REDETI: Revista de Derecho de las telecomunicaciones e infraestructuras en red*, núm. 16, 2003, p. 37 y ss.; Moya Clemente, I., Cabedo Sempér, D. J.: “El riesgo operacional en las normas del Comité de Basilea”, *Actualidad financiera*, núm. 11, 2001, p. 15 y ss.; Nogueira López, A. (dir.): *La termita Bolkstein: mercado único vs. Derechos ciudadanos*, 2012; Pancorbo de Rato, A.: “Basilea II: las nuevas normas internacionales de solvencia”, *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, núm. 801, 2002, p. 35 y ss.; Pérez Carrillo, E. F.: *Aseguramiento de la responsabilidad de los administradores y altos ejecutivos sociales. El seguro D&O en EEUU*, 2005; Petit Lavall, M^a. V.: *La responsabilidad por daños en el transporte aéreo internacional de mercancías*, 2007; Piniella Corbacho, F.: *La Seguridad del transporte marítimo: retos del Siglo XXI*, 2009; Ruiz Soroa, J. M^a.: “La responsabilidad del transportista marítimo en las Reglas de Rotterdam: una guía de urgencia”, *Revista del derecho del transporte: terrestre, marítimo, aéreo y multi-modal*, 2010-4, p. 13 y ss.; Sánchez Calero, F.: *El contrato de transporte marítimo de mercancías: (Reglas de La Haya-Visby, Hamburgo y Rotterdam)*, 2.^a ed., 2010; Sánchez Peinado, E.: “Enfoques de internacionalización en el sector servicios: aplicación al sector bancario español”, *Revista europea de dirección y economía de la empresa*, Vol. 11, 2002-1, p. 67 y ss.; Tato Plaza, A., Díaz Vázquez, R. (dirs.): *Transporte marítimo en la cadena de suministro*, 2010; Veiga Copo, A.: *Tratado del contrato de seguro*, 2009; Vicente Gúzman, J.: “El contrato de transporte multimodal”, *Revista del derecho del transporte: terrestre, marítimo, aéreo y multi-modal*, 2010-5, p. 163 y ss.

Tema 15: Astudillo Gómez, F.: *La protección legal de las invenciones: especial referencia a la biotecnología*, 2004; Castro Ribeiro, M., Deik Acosta-Madiedo, C.: “Salud pública, patentes de productos farmacéuticos y licencias obligatorias en el acuerdo sobre los ADPIC: Una mirada desde el tercer mundo”, *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 13, 2008, p. 165 y ss.; Conde Gallego, B.: “El agotamiento de los derechos de propiedad industrial e intelectual: un análisis desde la perspectiva del comercio internacional y del derecho de la libre competencia”, *Actas de Derecho industrial y de Derecho de autor*, t. 23/2002, p. 43 y ss.; Fernández Masía, E.: “Protección internacional de la propiedad industrial e intelectual”, en Esplugues Mota, C., Palao Moreno, G.: *Derecho del comercio internacional*, 2003, pp. 85-105; Garrote Fernández-Río, I.: *El Derecho de autor en Internet los tratados de la OMPI de 1996 y a incorporación al Derecho español de la directiva 2001/29/CE*, 2003; Jiménez Blanco, P.: “Cooperación Internacional en la práctica de pruebas y adopción de medidas cautelares en los derechos de propiedad intelectual”, *Anuario de Derecho internacional privado*, t. 0, 2000, p. 285 y ss.; López Romero, T.: “La propiedad intelectual y la protección de inversiones extranjeras: el caso colombiano”, *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 11, 2008, p. 69 y ss.; López-Tarruella Martínez, A.: *Contratos internacionales de software*, 2007; Lung, G.: “Trabajos presentes de la OMPI en materia de derecho de autor y derechos conexos: documento preparado por la Oficina Internacional de la OMPI”, *Revista de la propiedad intelectual*, 12/2003, p. 57 y ss.; Marín López, J. J.: “Obligaciones internacionales en materia de propiedad intelectual y espacios para diseños de políticas nacionales en América Latina”, *Boletín de la Facultad de Derecho de México*, núm. 246, 2006, p. 223 y ss.; Mata y Martín, R. M.: *La propiedad intelectual en la era digital: límites e infracciones a los derechos de autor en Internet*, 2011; Miguel Asensio, P. de: *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, 2.^a ed., 2000; Palao Moreno, G.: “La protección internacional de los dibujos y modelos comunitarios”, *Revista de propiedad intelectual*, 10/2002, p. 65 y ss.; Pérez Carrillo, E. F.: *Protección de invenciones sobre materia biológica humana en el derecho comunitario*, 2004; Pizarro Moreno, E.: *La disciplina constitucional de la propiedad intelectual*, 2012; Río Pascual, A. del: “El régimen jurídico de las obtenciones vegetales:

- dimensión internacional y comunitaria”, en Calvo Caravaca, A. L., Blanco-Morales Limones, P. (eds.): *Globalización y Derecho*, 2003, p. 495 y ss.
- Tema 16: Arenas García, R., Górriz López, C., Miquel Rodríguez, J.: *La internacionalización del Derecho de sociedades*, 2010; Candelario Macías, M. I., Oviedo Albán, J., *Derecho mercantil contemporáneo*, 2005; Carbajales, M.: “Hacia un buen gobierno corporativo”, *Análisis financiero*, 90/2003, p. 89 y ss.; Fernández Martín, R. M.: “Gobernanza corporativa en la Unión Europea: oportunidades de cambio para un desarrollo sostenible”, *Cuadernos europeos Deusto*, núm. 45, 2011 (Ejemplar dedicado a: *La contribución de la Unión Europea a la gobernanza global*), p. 97 y ss.; García Coto, D. J., Blanco Diego, R.: “Códigos de buen Gobierno en Europa y Estados Unidos: especial referencia a los Códigos Olivencia y Aldama en España”, *Análisis financiero*, 90/2003, p. 49 y ss.; García de la Rasilla y Pineda, A.: “La administración de las grandes sociedades cotizadas en bolsa”, *Análisis financiero*, 90/2003, p. 31 y ss.; Garcimartín Alférez, F. J.: “La sentencia Centros del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: una visión a través de sus comentarios”, *RJUAM*, 4/2001, p. 169 y ss.; *id.*: “La sentencia Centros el “status quaestionis un año después”, *Noticias de la UE*, 195/2001, p. 79 y ss.; *id.*: “El traslado del domicilio social al extranjero. Una visión facilitadora”, *Revista de Sociedades*, 16/2001, p. 107 y ss.; *id.*: “La sentencia Centros: el status quaestionis un año después”, núm. 195, 2001, p. 79 y ss.; *id.*: *Derecho de sociedades y conflictos de leyes: Una aproximación contractual*, 2002; *id.*: “El Reglamento de la Sociedad Europea: una primera lectura”, *Gaceta Jurídica de la UE*, 217/2002, p. 7 y ss.; *id.*: “La sentencia Überseering y el reconocimiento de sociedades extranjeras: se podrá decir más alto, pero no más claro”, *RDM*, 248/2003, p. 663 y ss.; Gil Echeverry, J. H., *Derecho societario contemporáneo*, 2012; Gómez Ansón, S., Fernández, A. I.: “La experiencia del Código Olivencia”, *Análisis financiero*, 90/2003, p. 63 y ss.; Jiménez Zuriaga, I.: “El Gobierno corporativo, el control de las empresas y la defensa de los derechos de los accionistas minoritarios”, *Análisis financieros*, 90/2003, p. 99 y ss.; Leech, D., Lefort, F.: “Gobierno Corporativo: ¿Qué es? y ¿Cómo andamos por casa?”, *Cuadernos de Economía*, 120/2003, p. 207 y ss.; Mallín, C.: “Los Códigos de buen Gobierno : la experiencia británica”, *Análisis financiero*, 90/2003, p. 73 y ss.; Martínez-Pardo del Valle, R.: “Comentarios a la Ley de Transparencia de Sociedades Anónimas Cotizadas”, *Análisis Financiero*, 90/2003, p. 41 y ss.; Orduña, C. de, Viñolas, P.: “Gobierno corporativo y valoración de empresas”, *Análisis financiero*, 90/2003, p. 81 y ss.; Ory Ajamil, M. de: *Análisis de las normas internacionales de contabilidad*, 2007; Palao Moreno, G.: *El traslado del domicilio social de la sociedad anónima europea*, 2006; Paz-Ares, C.: “La responsabilidad de los administradores como instrumento del gobierno corporativo”, *Revista de Derecho de sociedades*, 20/2003, p. 67 y ss.; Prats-Jané, S.: *Evolución del derecho societario europeo : situación actual y análisis jurisprudencial desde el punto de vista del derecho internacional privado*, 2007; Reyes Villamizar, F., *SAS, la sociedad por acciones simplificada*, 2011; Rubio Gil, A.: “El gobierno de las sociedades cotizadas: el debate sobre su eficacia en un entorno internacional”, *Finanzas y Sociedad*, 2002, p. 259 y ss.; Salas Fumás, V.: “Los deberes de los administradores en el buen Gobierno”, *Análisis Financiero*, 90/2003, p. 11 y ss.; Sánchez Fernández, M^a. D.: “Responsabilidad social empresarial: gobernanza corporativa, empresa y ONG”, *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 2, 2012-3, p. 139 y ss.; Sánchez Lorenzo, S.: “El Derecho europeo de sociedades y la sentencia Centros: la relevancia de la sede real en el ámbito comunitario”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. 0, 2000, p. 115 y ss.; Sancho Villa, D.: *La transferencia internacional de la sede social*, 2001; *id.*: “La teoría de la sede y el Derecho comunitario: a propósito de la sentencia Centros”, *RJUAM*, 4/2001, p. 203 y ss.; Suárez Suárez, A. -S.: “De la “Corporate Governance” o el Gobierno de la gran empresa moderna”, *Análisis financiero*, 90/2003, p. 113 y ss.
- Tema 17: Arpio Santacruz, J. L.: *Las ayudas públicas ante el Derecho europeo de la competencia*, 2000; Calvo Caravaca, A. L.: *Las concentraciones de empresas*, 2006; Calvo Caravaca, A. L., Blanco-Morales Limones, P.: *Derecho europeo de la competencia*, 2000; Carballo Piñeiro, L.: “Derecho de

competencia, intereses colectivos y su proyección procesal : observaciones a propósito del Art. 6 del Reglamento “Roma II”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. 7, 2007, p. 465 y ss.; Pace, L. F.: *Derecho europeo de la competencia: prohibiciones antitrust, control de las concentraciones y procedimientos de aplicación*, 2007; von Meibom, W., Geiger, A.: “Un Derecho de la Competencia mundial como ultima ratio”, *Gaceta Jurídica de la UE*, 221/2002, p. 34 y ss.; Velasco San Pedro, L. A. (coord.): *Derecho europeo de la competencia: (antitrust e intervenciones públicas)*, 2005; Witker, J.: “Comercio, integración y competencia en la perspectiva latinoamericana”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Décimo Aniversario*, 2012, p. 233 y ss.

Tema 18: Calvo Caravaca, A. L.: *Derecho concursal internacional*, 2004; Calvo Caravaca, A. L., Carras-cosa, González, J.: “Competencia internacional y procedimientos de insolvencia en el reglamento 1346/2000”, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, 1/2004, p. 157 y ss.; Campuzano Díaz, B.: *Aspectos internacionales de Derecho concursal*, 2004; Carballo Piñeiro, L.: *Acciones de reintegración de la masa y Derecho concursal internacional*, 2005; Carballo Piñeiro, L.: “Procedimientos concursales y competencia judicial internacional: análisis de dos conceptos clave”, *DeCita. Derecho del Comercio internacional*, Vol. 11, 2009, p. 9 y ss.; Dasso, A. A.: *Derecho concursal comparado*, 2 ts., 2009; Espiniella Menéndez, A.: *Procedimientos de insolvencia y grupos multinacionales de sociedades*, 2006; Esplugues Mota, C.: “Procedimientos concursales con elemento de extranjería: competencia judicial internacional, ley aplicable al proceso y eficacia en España de los concursos iniciados en el extranjero”, *Suspensión de pagos, quiebras e insolvencias punibles*, vol. III, 2001, p. 2401 y ss.; *id.*: “Recientes desarrollos en torno al reconocimiento en España de los concursos iniciados en el extranjero”, *Libro homenaje al Prof. Sánchez Calero*, 2002, p. 5535 y ss.; Garcimartín Alférez, F. J.: “El reglamento de insolvencia: una aproximación general”, *Cooperación jurídica internacional en materia civil*, 2001, p. 231 y ss.; *id.*: “Hacia la elaboración de un *standard* legislativo internacional en materia concursal: la propuesta de guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (CNUDMI/UNCITRAL)”, *Derecho de los negocios*, 146/2002, p. 19 y ss.; *id.*: “Las normas de Derecho Internacional Privado de la Ley Concursal: algunas pautas para un correcto entendimiento”, *Revista jurídica de Catalunya*, 4/2004, p. 1269 y ss.; Gerbaudo, G. E., *Insolvencia transfronteriza*, 2011; Uzal, M. E. *Procesos de insolvencia en el derecho internacional privado*, 2008; Virgós Soriano, M., Garcimartín Alférez, F. J.: *El Reglamento europeo de insolvencia*, 2003.

Tema 19: AA. VV.: *Fiscalidad internacional/ XLVIII Semana de Estudios de Derecho Financiero*, 2004; AA. VV.: *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes*, Cuatrecasas, 2003; Calderón, García, Martín, Ruiz, Vega: *Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal concluidos por España*, 2004; Calderón Carrero, J. M.: *Intercambio de información y fraude fiscal internacional*, 2000; Córdón Ezquerro, T.: *Manual de fiscalidad internacional*, 2001; Delgado Pacheco, A.: *Las medidas antielusión en los convenios de doble imposición y en la fiscalidad internacional*, 2002; González Martínez, X. M. *et al.*: “Tendencias recientes de la fiscalidad internacional”, *Papeles de economía española*, 87/2001, p. 10 y ss.; Lozano Rodríguez, E.: *Arbitraje internacional en materia tributaria*, 2009; Lucas Durán, M.: *La tributación de los dividendos internacionales*, 2000; Moré, M.: “Principio de no discriminación en la fiscalidad internacional”, *Juris*, 64/2002, p. 50 y ss.; Rodríguez Ondarza, J. A., Fernández Prieto, A.: *Fiscalidad y planificación fiscal internacional*, 2003; Rohatgi, Roy: *Principios básicos de tributación internacional*, 2008; Serrano Antón, F. (dir.): *Fiscalidad internacional*, 4.ª ed., 2010; Vega Borrego, F. A.: *Las Cláusulas de limitación de beneficios en los convenios para evitar la doble imposición*, 2003; *id.*: *El concepto de beneficiario efectivo en los convenios para evitar la doble imposición*, 2005; Xavier, A., *Derecho tributario internacional*, 2005.

Tema 20: Barcelona Llop, J.: “Privación de la propiedad y expropiación forzosa en el sistema del Convenio europeo de derechos humanos”, *Revista de administración pública*, núm. 185, 2011, p. 49 y ss.; Blackaby, N., Camargo, A.: “Alternativas de reparación en el arbitraje internacional de inversiones

- Un debate entre la teoría y la práctica”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 1/2008, p. 160 y ss.; Iruretagoiena Aguirrezabalaga, I.: *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*, 2010; Páez, M.: “La expropiación indirecta frente al CIADI: consideraciones para la autorregulación de los actos administrativos de los Estados”, *Estudios internacionales: Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile*, núm. 153, 2006, p. 5 y ss.
- Tema 21: Abusaid, J.A.: “Reglas de jurisdicción pertinentes a la aplicación de la Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías en las cortes de Estados Unidos”, Abello-Galvis, R. (ed.): *Derecho Internacional Contemporáneo, Liber Amicorum en Homenaje a Germán Cavellier*, 2006, p. 730 y ss.; Eslava Rodríguez, M.: *Contratos públicos internacionales*, 2003.
- Tema 22: Aguiló Piña, J. F.: “La reglamentación de las inversiones extranjeras en España”, *Unión Europea Aranzadi*, vol. 27, 2000-2, p. 31 y ss.; Álvarez Pastor, D., Eguidazu, F.: *Manual de inversiones extranjeras*, 2002; Benito, E., Sodupe Corchera, K.: “Los problemas energéticos en la Unión Europea a la luz del Tratado sobre la Carta de la Energía”, *Anuario de Derecho internacional*, 2000, p. 421 y ss.; Caicedo Demoulin, J. J., Merizalde Urdaneta, J. F.: “El control de la nacionalidad de los inversionistas por los árbitros internacionales”, *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 15, 2009, p. 41 y ss.; Crespo Hernández, A.: *El Acuerdo Multilateral de Inversiones ¿Crisis de un modelo de globalización?*, 2000; Díaz Vázquez, R.: “La globalización, inversión extranjera directa y desigualdades regionales”, *Revista de economía crítica*, núm. 1, 2003, p. 229 y ss.; Fach Gómez, K.: “La protección del medio ambiente y el comercio internacional: ¿Se puede pensar en verde’ el arbitraje de inversiones?” AA. VV., *Comercio Exterior*, 2009, p. 205 y ss.; Garau Sobrino, F. F.: “La nueva regulación española sobre inversiones exteriores. El Real Decreto 664/1999, de 23 de abril”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, 2001, p. 569 y ss.; Huner, J., Engering, F.: “Lecciones del AMI: la recuperación del impulso para una negociación multilateral de la inversión”, *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, núm. 785, 2000, p. 51 y ss.; Kingsbury, B., Stewart, R. B., *El nuevo derecho administrativo global en América Latina*, 2009; Lucas Fernández, F.: “La nueva regulación de las inversiones exteriores: inversiones extranjeras en España, inversiones españolas en el exterior, adquisición de inmuebles en zonas estratégicas”, *Revista jurídica del notariado*, 41/2002, p. 93 y ss.; Márquez Escobar, C.P., Villegas Carrasquilla, L.: “Regulación e inversión extranjera: Los tratados de promoción recíproca de inversiones y el estándar de trato justo y equitativo”, *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 15, 2009, p. 155 y ss.; Pascual Vives, F. J., “El arbitraje de inversiones en los recientes APPRI españoles”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2009; *id.*: “El subsistema regional comunitario ante el régimen internacional de protección de las inversiones extranjeras”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2010, pp. 467-495; Pérez Ragoné, A. D.: “Fundamentos y medios de protección del derecho a la opción del inversor por la jurisdicción arbitral internacional en el marco de un BIT (*Bilateral Investment Treaties*-Tratados Bilaterales de Inversión)”, *Revista de Derecho procesal*, núm. 1-3, 2002, p. 403 y ss.; Prieto-Ríos, Enrique A.: “BIT’s y la Constitución Colombiana de 1991: Internacionalización de la Economía dentro de un Estado Social de Derecho”, *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 13, 2011-1, p. 109 y ss.
- Tema 23: Bentolila, D.: “Hacia una jurisprudencia arbitral en el arbitraje internacional de inversiones”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. X, Décimo Aniversario, p. 373 y ss.; Burgos de la Ossa, M. A., Lozada Pimiento, N.: “La protección diplomática en el marco de las controversias internacionales de inversión”, *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 15, 2009, p. 243 y ss.; Camargo, Andrea: “Medidas interinas de protección en arbitraje CIADI”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional – ACDI*, 4/2011, p. 71 y ss.; Fernández Masiá, E.: *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*, 2004; Graciarena, M. C.: *La inmunidad de ejecución del Estado frente a los laudos del CIADI*, 2007; Medina-Casas, H.: “La jurisdicción del CIADI: una evolución en el arreglo de controversias internacionales”, Abello

Galvis, R. (ed.): *Derecho Internacional Contemporáneo, Liber Amicorum en Homenaje a Germán Cavellier*, 2006, p. 707 y ss.; Sánchez Sánchez, H.: “El arbitraje transnacional unilateral en el derecho internacional de las inversiones”, Abello Galvis, R. (ed.), *Derecho Internacional Contemporáneo, Liber Amicorum en Homenaje a Germán Cavellier*, 2006, p. 674 y ss.

Tema 24: Bermejo García, R.: *Comercio internacional y sistema monetario: aspectos jurídicos*, 1990; Castaño del Riego, M. T.: “El sistema monetario internacional: medio siglo”, *Revista de economía mundial*, 2000, p. 97 y ss.; Eichengreen, B.: *La globalización del capital, historia del sistema monetario internacional*, 2000; Gerber, D. J., *Derecho, mercados y globalización*, 2011; Martínez García, J. F.: “La crisis financiera internacional y el sistema económico: los temas de fondo”, *Boletín económico de ICE, Información Comercial Española*, núm. 2965, 2009 (Ejemplar dedicado a: *La empresa exportadora española. Crisis financiera internacional y sistema económico*), p. 23 y ss.; Morán García, M.-E.: *Derecho de los mercados financieros internacionales*, 2002, p. 97 y ss.; Ontiveros Baeza, E.: *Mercado de eurodivisas: análisis de su evolución e implicaciones*, 1980; Pérez Carrillo, E. F.: “Europa ante la crisis financiera. Plan Europeo de Recuperación y principales políticas europeas para hacer frente a la crisis”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. X, 2010, p. 305 y ss.; Toribio Dávila, J. J.: “Hacia un nuevo Sistema Monetario Internacional”, *Perspectivas del sistema financiero*, núm. 68 (ejemplar dedicado al FMI ante el siglo XXI), 2000, p. 35 y ss.

Tema 25: Calvo Hornero, A.: *La Unión Europea mecanismos financieros y moneda única*, 2000; Fernández Méndez de Andes, F. (dir.): *La crisis en Europa: ¿un problema de deuda soberana o una crisis del euro?*, 2012; Pampillón Olmedo, R.: *La política monetaria única en la Unión Europea*, 2000; Prado Prado, G.: *La autoridad monetaria en el sistema institucional de la unión Europea*, 2006.

Tema 26: Aglietta, M., Moatti, S.: *El FMI, del orden monetario a los desórdenes financieros*, 2002; Arias, M., Vera, J. M.: *Banco mundial y fondo monetario internacional: ¿una ayuda para los países pobres?*, 2002; Barrau, A.: “Condicionalidad de la ayuda oficial al desarrollo”, *Desarrollo humano e institucional en América Latina (DHLAL)*, 42/2003; Cairó Céspedes, G., Colom Jaén, A.: “El alivio de la deuda en África: ¿hacia la reducción de la pobreza?”, *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, núm. 804, 2003, p. 257 y ss.; Calvo Hornero, A.: “Los organismos internacionales y la cooperación al desarrollo”, *Revista de economía mundial*, núm. 5, 2001, p. 47 y ss.; Chossudovsky, M.: *Globalización de la pobreza y el nuevo orden mundial*, 2002; Cuenca García, E.: “La financiación oficial al desarrollo: El grupo del Banco Mundial”, *Revista de economía mundial*, núm. 3, 2000, p. 67 y ss.; Fernández Rozas, J. C.: “Hacia un sistema europeo consolidado de supervisión financiera”, *Diario La Ley*, núm. 7273, 2010; García Santos, M^a. N.: “Propuestas de reforma de la regulación financiera”, *Libros de economía y de empresa*, núm. 2, 2009, p. 43 y ss.; González Fernández, S.: *Organización económica internacional: relaciones y organismos fundamentales*, 2003; Guitián, M., Varela Parache, F. (coords.): *Sistemas financieros ante la Globalización*, 2000; Madrazo García de Lomana, R.: “El impacto comercial de la crisis argentina en la Unión Europea y España”, *Boletín económico de ICE, Información Comercial Española*, núm. 2752, 2003, p. 23 y ss.; Millet, M.: “Las relaciones de España y el grupo del Banco Mundial”, *Economistas*, núm. 90, 2001 (Ejemplar dedicado a: *Internacionalización de la Economía Española*), p. 27 y ss.; Moatti Anglietta, M.: *El Fondo Monetario Internacional* (Palazuelos Martínez, M., trad.), 2002; Rodríguez Fernández, J. M.: “Crisis financiera y regulación de la solvencia bancaria: una reflexión crítica sobre los Acuerdos de Basilea”, *Revista de economía crítica*, núm. 11, 2011 (Ejemplar dedicado a: *Semimonográfico: Dimensión financiera de la crisis*), p. 65 y ss.; Serra Stetcher, J.: “Estado actual de la condicionalidad del Fondo Monetario Internacional”, *Boletín económico - Banco de España*, núm. 7-8, 2003, p. 79 y ss.

Índice analítico

Las cifras en negrita hacen referencia a los temas de este libro.
Los números en formato simple representan las notas al margen

- Abaclat v. The Argentine Republic* **23**, 11, 30.
Abuso de derecho **3**, 16; **6**, 3.
Accidentes laborales, responsabilidad **4**, 65.
Acción individual, Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales **9**, 4.
ACP – Estados **10**, 101.
Acta iure gestionis **6**, 6 ss.
Acta iure imperii **6**, 6 ss.
Acto de Estado – Doctrina del **3**, 82, 83; **20**, 20.
Actos soberanos influyendo en relaciones de Derecho privado **3**, 77 ss.
Actos soberanos extranjeros **3**, 52.
– Toma en consideración **3**, 77, 78.
– Doctrina del Act of State (v. Acto de Estado)
Acuerdo de Basilea sobre fondos propios (1998) (v. Basilea I)
Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (v. GATT)
Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (v. GATS)
Acuerdo Multifibras (v. Acuerdo Textil Mundial)
Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (v. GATT, Acuerdo SPS).
Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (v. TRIPS).
Acuerdo sobre Medidas de Inversión relacionadas con el Comercio (v. TRIMS).
Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (v. GATT, Acuerdo TBT).
Acuerdo sobre transporte aéreo internacional **14**, 13.
Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (SCM Agreement) **10**, 23, 57.
Acuerdo Textil Mundial **10**, 7.
Acuerdos atributivos de competencia judicial internacional **9**, 20.
Acuerdos comerciales internacionales
– Interpretación **3**, 38.
Acuerdos bilaterales de protección de inversiones **3**, 14; **23**, 7 ss.
– Amistad, comercio y navegación (v. allí)
– Y compensación de daños en la expropiación **23**, 21.
Acuerdos de comercio preferencial **12**, 3; **14**, 1; **23**, 2.
Acuerdos económicos regionales **12**, 1 ss.
Acuerdos mixtos **3**, 33.
“Additional Facility” – mecanismo de la **23**, 32.
Administración de justicia, eficiente **4**, 8.
ADPIC **10**, 26.
Aeropuertos, utilización **14**, 13.
Aérospatiale – (Corte Suprema EE.UU.) **9**, 36.
Agencia internacional de la Energía **11**, 8.
Agencia internacional de seguros (v. Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones)
Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) **23** ss., 3, 33 ss.
– Tratado constitutivo (1985) **23**, 33.
Agreement on Government Procurement (v. GPA)
Agreement on Implementation of Art. VI of the GATT 1994 (v. Antidumping, Código)
Agreement on Sanitary and Phyto-Sanitary Measures (v. Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias)
Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (v. Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias)
Agreement on Technical Barriers to Trade (v. TBT - Acuerdo)

- Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (v. TRIPS)
- Agreement on Trade-Related Investment Measures (v. TRIMS) AIF (V. Asociación Internacional de Fomento)
- Agricultura, Acuerdo sobre **10**, 61.
- Abmadou Sadio Diallo* (CIJ) **6**, 26.
- ALADI **12**, 33.
- Aliens Torts Claims Act (ATCA) **9**, 24 ss.
- Antidumping
- Aranceles aduaneros **10**, 62
 - Código **10**, 62.
 - GATT **10**, 7 62, 63, 107.
 - Reglamento UE **10**, 64
- Amianto, caso (OMC) **9**, 29; **10**, 46.
- Antitrust-legislación **3**, 63, 66; **17**, 1 ss.
- APEC (v. Cooperación Asia-Pacífico)
- Aplicación extraterritorial del Derecho nacional
- 1**, 9; **3**, 49, 55, 58 ss.; **4**, 24 ss.
 - Conexión especial (v. allí)
 - Derecho de la competencia **17**, 4 ss.
 - Principio de personalidad **3**, 52, 60.
 - Principio de territorialidad **18**, 3.
 - y secreto bancario **14**, 35.
- Aranceles de aduana **3**, 45.
- Reducción **10**, 2, 51; **12**, 1.
 - Aranceles sobre las importaciones **3**, 45.
- Arbitraje comercial internacional **9**, 7 ss.
- Arbitraje internacional
- v. CIADI
 - entre Estados **9**, 2.
 - mixto **23**, 28.
 - Multiparte **9**, 5.
 - privado **4**, 8; **9**, 7 ss.
- Arbitraje mixto **23**, 28.
- Arreglo de Wassenaar **3**, 47.
- Asamblea General de Naciones Unidas (v. Naciones Unidas)
- ASEAN **12**, 41.
- Asociación caribeña de libre comercio **12**, 2.
- Asociación Europea de Libre Cambio **3**, 13; **4**, 33; **12**, 5.
- Asociación Internacional de Transporte Aéreo (v. IATA) **4**, 57.
- Asociación Internacional de Fomento (AIF) **4**, 14, 25; **26**, 14.
- Asociación Internacional de Supervisión de Seguros (IAIS) **4**, 55.
- Asociación latinoamericana de integración **12**, 33.
- Atún – Disputa del (OMC)* **10**, 63.
- Australia – Medidas que afectan a la importación de salmón* **10**, 89.
- Autonomía privada **4**, 8; (v. también elección de ley)
- y Derecho transnacional **3**, 39, 40.
- Autoridad Internacional de los Fondos Marinos **4**, 80.
- Autoridades de la competencia, nacionales **17**, 2.
- Cooperación de **17**, 2.
- Awes Tingni Community v. Nicaragua* (Corte interamericana de DD.HH.) **6**, 18.
- Ayudas de estado (v. también subvenciones)
- y Derecho de la competencia **17**, 14.
- Badger – Asunto **4**, 65.
- Bananas, asunto de los **10**, 25, 100 y ss. (v. también *Comunidades Europeas – Régimen para la importación, venta y distribución de bananas*)
- Bananas, regulación del mercado **10**, 103.
- Banco de desarrollo interamericano **22**, 12.
- Banco de pagos internacionales **14**, 26.
- Banco Asiático de Desarrollo **4**, 27.
- Banco Europeo de Inversión **4**, 27.
- Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo **26**, 15.
- Banco Interamericano de Desarrollo **4**, 27; **26**, 15.
- Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo (BIRD) (v. Banco Mundial)
- Banco Mundial (BIRD) **3**, 11; **4**, 25 ss., **26**, 9 ss.
- Financiación del desarrollo **26**, 9.
 - Organización **26**, 11 ss.
 - y crisis de la deuda (v. allí)
- Bancos
- Normas de conflicto **14**, 35.
 - Operaciones bancarias transfronterizas **14**, 24 ss.
 - Secreto bancario **14**, 36.
 - Supervisión bancaria **4**, 9, 54; **14**, 27 ss. en la Unión Europea **14**, 32
- Barcelona Traction – asunto (ICJ) **4**, 61; **6**, 26.
- Base del negocio, desaparición **3**, 79; **4**, 19.
- Basilea I **14**, 28.
- Basilea II **14**, 28 ss.
- Basilea III **14**, 31.

- Bermudas, Acuerdo de **14**, 13.
- Bertelsmann (Napster) – asunto **9**, 43.
- Bhopal **4**, 65; **9**, 29.
- Bienes de doble uso **3**, 47.
- Biret – asunto **7**, 47.
- Biodiversidad, Convención **4**, 82; **8**, 11, 19 ss.
- Bioseguridad, Protocolo de Cartagena, **8**, 21 ss.; **10**, 127, 129, 130.
- Biotechnología **8**, 24 ss.
- Block floating **6**, 9.
- Blocking Statutes **3**, 58.
- Boeing/McDonnell – Asunto (TJUE) **3**, 64; **17**, 7.
- Borax – Asunto (Tribunal Supremo alemán) **3**, 77, 78.
- BOT, proyectos **22**, 10 ss.
- Brasil – Medidas que afectan la importación de neumáticos* – Asunto (OMC) **10**, 122.
- Brent Spar* **4**, 58.
- Bretton Woods (1944), Conferencia de **1**, 8; **4**, 3, 24; **5**, 9, 10; **24**, 4 ss.; **26**, 1.
- British Petroleum – Asunto **22**, 5.
- Buena fe **3**, 16.
- Buffer stock **11**, 4; **13**, 2.
- Build Operate Transfer (v. BOT, proyectos)
- Bundeskartellamt (Oficina Federal Antimonopolio) **3**, 68.
- Buy Irish **12**, 9.
- Byrd Amendment – asunto **10**, 60.
- CAFTA-DR **12**, 7.
- Cairns, Grupo de **4**, 52.
- Calvo, doctrina de **6**, **20**, 10; **23**, 8.
- Cámara de Comercio Internacional de París (CCI) **3**, 38; **4**, 57.
- Normativa sobre arbitraje **3**, 40; **7**, 9.
- Normas de conducta de empresas transnacionales **4**, 69.
- Cambio climático **8**, 10.
- Campbell v. Republic of Zimbabwe* – Asunto (SADC) **6**, 21.
- Canadá – Medidas que afectan la exportación de aeronaves civiles* – Asunto (OMC) **10**, 57.
- Caricom **12**, 40.
- Carta Atlántica (1941) **4**, 3; **10**, 1.
- Carta de La Habana (1947) **4**, 3, 29; **10**, 1, 2.
- y restricciones a la libre competencia **4**, 9.
- Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados (1974) **3**, 9; **4**, 76, 77; **20**, 10.
- y expropiaciones **20**, 10.
- Carta de Naciones Unidas **1**, 4; **4**, 6.
- Carta de París por una nueva Europa (OSCE) **7**, 2.
- Carta europea de la energía **11**, 10; **23**, 26, 27.
- Cárteles de productores de materias primas **11**, 6.
- Cartesio – Asunto (TJUE) **16**, 6.
- Cassis de Dijon – Asunto (TJUE) **12**, 15.
- CEDEAO **12**, 44.
- Centro Internacional para la Solución de Diferencias sobre Inversiones (v. CISDI)
- Centros – Asunto (TJUE) **16**, 7.
- CEPT **14**, 41.
- “Chapeau” (art. XX GATT) **10**, 56 ss.
- Certificados de emisiones de gases de efecto invernadero **8**, 17.
- Capitales, circulación internacional **1**, 2; **24**, 1, 4, 13 (v. también Derecho monetario internacional).
- China – Materias primas* – Asunto (OMC) **10**, 55.
- China – Publicaciones de esparcimiento* – Asunto (OMC) **10**, 64.
- CIF **3**, 38; **13**, 4.
- Circuitos integrados **15**, 2.
- CIV **14**, 11.
- Cláusula de conformidad **23**, 12.
- Cláusula de estabilización **22**, 2 (v. contratos de inversión)
- Cláusula de internacionalización (v. contratos de inversión)
- Cláusula de nación más favorecida **4**, 5.
- Cláusula de salvaguardia – escape clause (GATT) **10**, 81.
- Cláusulas de arbitraje, entre Estados y empresas **22**, 4, 8.
- CIADI **1**, 14; **3**, 11; **6**, 28; **7**, 15; **9**, 4; **23**, 2, 23, 24, 28 ss.
- Additional Facility **23**, 32.
- Anulación de laudos de – **23**, 30.
- Convenio sobre el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (1965) **3**, 11; **23**, 28.
- Competencia **9**, 5, 6; **23**, 29.
- Ejecución de laudos de – **23**, 31.
- Class action* **9**, 28, 42.
- CME/Lauder v. Czech Republic* – Asunto **9**, 16, 17.
- CMR **14**, 12.

- CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic* **23**, 11, 16.
- Cobre chileno, disputa (LG Hamburg) **20**, 18.
- COCOM, Lista **3**, 48.
- Codex alimentarius **8**, 25; **10**, 29, 87, 95.
- Código civil francés **3**, 15.
- Códigos de conducta **4**, 70.
- de las Naciones Unidas **4**, 70.
- para empresas multinacionales (v. allí)
- y transferencia de tecnología **4**, 70.
- Cohecho
- Convención de la OCDE para combatir el cohecho de servidores públicos **6**, 5.
- Collective Action Clause **26**, 18.
- Colombia – Puertos de entrada – Asunto (OMC)* **10**, 53.
- Comercio de valores **14**, 34, 35.
- Comercio de mercancías, internacional **1**, 2.
- Comercio electrónico **13**, 47 ss.
- Comercio exterior **3**, 10, 42 ss.; **4**, 1.
- Restricciones conforme a la ley alemana de comercio exterior **3**, 47.
- Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA) **12**, 46.
- Comité de Comercio y Medio Ambiente **10**, 132.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional, CNUDMI (v. UNCITRAL)
- Comisión Africana para los Derechos Humanos **7**, 18.
- Comisión Europea **4**, 39.
- Imposición de multas **3**, 28.
- Vigilancia de la competencia **17**, 10.
- Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (CNUDMI) **4**, 23; **9**, 9.
- Comité de Basilea de supervisión bancaria **4**, 54.
- Comity, principio de **3**, 72.
- Common Law **3**, 15.
- Compañía de Aguas del Aconquija S.A. v. Argentine Republic* **23**, 24.
- Competencia, Derecho de la **1**, 1616.
- Aplicación del Derecho nacional **17**, 2.
- Aplicación extraterritorial **17**, 4.
- Derecho de la Unión Europea **17**, 2, 3, 6 ss.
- Noción **17**, 1.
- y empresas públicas **4**, 16; **17**, 10.
- y ayudas de Estado **17**, 14.
- Principio de los efectos **17**, 4 ss.
- y Reglamento sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas **3**, 28; **17**, 8.
- Competencia, regulación de la
- Compensación de daños en caso de restricciones ilegales a la competencia **3**, 66.
- Internacional **1**, 15.
- Transfronteriza **17**, 2.
- Supranacional **17**, 6.
- Competencia desleal **17**, 1.
- Convenio de la Unión de París **15**, 2.
- Competencia judicial internacional **9**, 18 ss.
- Corte Internacional de Justicia **9**, 2.
- CMR **14**, 12.
- Convenio de Lugano (v. allí)
- Convenio de Varsovia para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional **14**, 15.
- Derecho procesal civil alemán **9**, 21.
- *forum non conveniens* **9**, 29.
- *forum shopping* **3**, 56, **9**, 29.
- Compraventa (v. Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías)
- Compraventa, Derecho uniforme **3**, 36; **13**, 3, 13.
- Convenciones de la Haya de 1964 **3**, 35; **13**, 14, 15.
- Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (v. allí)
- Comunidad Andina **12**, 35.
- Comunidad Caribeña **12**, 2.
- Comunidad Económica Africana **4**, 33.
- Comunidad económica de los Estados de África occidental (ECOWAS) **12**, 4.
- Comunidad de Estados Independientes **12**, 2.
- Comunidades Europeas – Amianto – Asunto (OMC)* **9**, 29; **10**, 46.
- Comunidades Europeas – Denominación comercial de sardinas – Asunto (OMC)* **10**, 96.
- Comunidades Europeas – Régimen para la importación, venta y distribución de bananos – Asunto (OMC)* **10**, 101 ss. (v. también *Bananos*)
- Comunidades Europeas – Hormonas – Asunto (OMC)* **8**, 10, 87, 124.

- Comunidades Europeas – Productos biotecnológicos*
– Asunto (OMC) **10**, 92, 129.
- Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA) **3**, 20.
- Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) **3**, 20.
- Comunidad surafricana de desarrollo (SADC) **7**, 21.
- Concesión, pactos de **22**, 3, 4 (v. también contratos de inversión)
– y expropiación **20**, 8; **22**, 3, 10.
- Concordato de Basilea (1983) **14**, 27.
- Condicionalidad (v. Fondo Monetario Internacional)
Condiciones generales de la contratación
– en contratos de transporte aéreo **14**, 13.
– en créditos documentarios **14**, 24.
- Condiciones laborales adecuadas **4**, 29.
- Conexión especial **3**, 78; **9**, 21.
– Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales **13**, 11 ss.
– Derecho de los contratos de seguro **14**, 20.
- Conferencia Administrativa Mundial Telefónica y Telegráfica **14**, 33.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre comercio y desarrollo (v. UNCTAD)
- Conferencia de Río (1992) **8**, 10 ss., 19.
- Conferencia mundial sobre el clima de Kyoto **8**, 17, 18; **10**, 126.
- Conferencia para la seguridad y cooperación en Europa (CSCE) **6**, 2.
- Conferencias sobre comercio y empleo **10**, 1.
- Confiscación **20**, 1, 22, 23 (v. también expropiación, sin indemnización).
- Conflictos de jurisdicción **3**, 65 ss.
- Conocimientos indígenas, protección de **8**, 30 ss.
- Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (v. Naciones Unidas) **3**, 3; 5, 24.
- Consejo de representantes (UE) **10**, 3.
- Consejo económico y social, de las Naciones Unidas **4**, 23.
– Grupo de trabajo sobre la elaboración de normas de conducta para las empresas transnacionales **4**, 70.
- Consejo de estabilidad financiera (*Financial Stability Board*) **4**, 54.
- Consejo internacional del estaño **4**, 21, 22; **11**, 4.
- Consenso de Monterrey **7**, 7; **21**, 1.
- Consenso de Washington **7**, 7.
- Contaminación del aire, convenios contra **8**, 14.
- Contaminación marina, Convenios de lucha contra **8**, 14.
- Contaminación transfronteriza de ríos **8**, 7.
- Contratación pública **5**, 19.
- Contratos de cambio **24**, 15, 17.
- Contratos de distribución
– y prohibición de exportar **1**, 5; **3**, 47.
– y restricciones nacionales **1**, 9.
- Contratos de inversión **22**, 1 ss.; **23**, 1.
– Build Operate Transfer **22**, 10.
– Cláusula de estabilización **22**, 2 ss.
– Cláusula de internacionalización **22**, 2 ss.
– y Derecho transnacional **22**, 2.
- Contratos de licencia
– y transferencias de tecnología **4**, 81.
- Control de cambios
– Divisas extranjeras **1**, 8.
– Límites a la circulación de divisas **24**, 2, 3.
– Toma en consideración **24**, 13 ss.
– y Convenio sobre el Fondo Monetario Internacional (FMI) **24**, 15 ss.
– y insolvencia de Estados (v. allí)
– Acuerdo celebrado entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de los Estados Unidos sobre la aplicación de sus normas de competencia **17**, 2.
– y Derecho comunitario **17**, 2.
– y EEE **12**, 17.
- Control de concentraciones entre empresas **3**, 28.
- Control económico, estatal **2**, 4 (v. también control de la competencia)
- Control de exportaciones **3**, 49.
- Control prudencial, en materia de seguros **14**, 18 ss.
- Convención de Aarhus **4**, 59
- Convención de Espoo sobre evaluación de impacto medioambiental (1991) **8**, 14.
- Convención de la Comisión de Derecho Internacional sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (1972) **6**, 6, 9.
- Convención de La Haya
– sobre el Derecho uniforme de la compraventa (1964) **3**, 35; **13**, 2.

- sobre la ley aplicable a la compraventa internacional (1955, 1986) **3**, 35; **13**, 2.
- sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil y mercantil (1970) **9**, 33, 35.
- sobre la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial (1965) **9**, 41.
- Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del mar **4**, 80.
- Convención de las Naciones Unidas sobre la diversidad biológica **8**, 19 ss., 31 ss.
- Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (1980) **3**, 35, 13, 14 ss.
 - Ámbito de aplicación **13**, 6 ss.
 - Estados contratantes **13**, 15.
 - Exclusión **13**, 27
 - Obligaciones del comprador **13**, 15, 41 ss.
 - Obligaciones del vendedor **13**, 15, 36 ss.
 - y conclusión del contrato **13**, 15, 31 ss.
 - y elección del Derecho aplicable **13**, 8 ss.
 - y responsabilidad por productos defectuosos **13**, 45 ss.
- Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes **7**, 6 ss.
- Convención de la UNESCO sobre la protección y el fomento de la diversidad de las expresiones culturales **10**, 127.
- Convención europea de los Derechos humanos **1**, 15; **6**, 14 ss.; **20**, 2.
 - y expropiación **6**, 17; **20**, 2.
- Convención sobre protección del clima **8**, 17 ss.; **10**, 126.
- Convenio de Viena sobre las relaciones diplomáticas **7**, 10.
- Convención de Viena de 1980 (v. Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías)
- Convenio constitutivo del Fondo Monetario Internacional (1944) **4**, 3; **24**, 6 ss.; v. también Fondo Monetario Internacional
 - Evolución **24**, 10.
 - Limitaciones en materia de divisas **24**, 13 ss.
 - y Sistema Monetario Europeo **25**, 2.
 - Sistema monetario **24**, 6 ss.
- Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil **9**, 19, 45.
- Convenio de Chicago sobre aviación civil internacional (1944) **14**, 13, 14.
- Convenio de la CEE sobre el reconocimiento mutuo de sociedades y personas jurídicas (1968) **16**, 16.
- Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes **8**, 14.
- Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (1988) **9**, 45.
- Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras **9**, 11.
- Convenio de París acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear (1960) **8**, 14.
- Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (1980) **1**, 12; **3**, 32, 78; **13**, 2, 4 ss.
 - Ámbito de aplicación **13**, 6.
 - Conexión **13**, 9.
 - Conexión especial **13**, 11 ss.
 - Elección de ley **13**, 8.
 - y contratos de seguro **14**, 23.
- Convenio de Varsovia para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional (1929) **14**, 14.
- Convenio europeo sobre televisión transfronteriza (1989) **14**, 44.
- Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional (1961) **9**, 11.
- Convenio europeo sobre determinados aspectos internacionales de la quiebra (1990) **18**, 7.
- Convenio internacional del caucho natural (1987) **4**, 22.
- Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque (1924) **14**, 16.
- Convenio Internacional para la protección de las obtenciones vegetales **15**, 6 ss.

- Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a la contaminación por hidrocarburos (1969) **8**, 14.
- Convenio internacional relativo a los transportes internacionales por ferrocarril (v. COTIF)
- Convenios
- sobre el tráfico económico interestatal **3**, 10 ss.
 - sobre el tráfico económico entre particulares **3**, 35 ss.
- Convenios de indemnización global **20**, 11.
- Convenios internacionales de Ginebra de 1930 y 1931, sobre letra de cambio y sobre pagaré y cheque **3**, 35
- Convenios multilaterales de protección de las inversiones **23**, 2, 8.
- Convenios para la lucha de la contaminación marina y atmosférica **8**, 10.
- Convertibilidad de divisas **24**, 2, 4, 7.
- Cooperación Asia-Pacífico **12**, 43 ss.
- Cooperación económica, regional **3**, 13 (v. también Acuerdos económicos regionales)
- Cooperación internacional entre entidades administrativas **4**, 53.
- Corbeau – asunto (TJUE) **17**, 15.
- Corea – Carne de Res – Asunto (OMC) **10**, 47.
- Core labour standards **10**, 132.
- Corporación Financiera Internacional (CFI) **4**, 25; **26**, 14.
- Corrupción, lucha contra la **7**, 5.
- Corte de Justicia Internacional
- Barcelona Traction – Asunto **4**, 61.
 - Competencia **9**, 2.
 - ELSI – Asunto **6**, 26.
 - Estatuto **3**, 2; **9**, 2.
- Corte interamericana de derechos humanos
- *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua* **6**, 18.
 - *Saramaka People v. Suriname* **6**, 18.
 - *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay* **6**, 18.
- COTIF **14**, 11.
- Cotonú, acuerdo de **4**, 7; **7**, 4; **10**, 40.
- Crecimiento sostenible **4**, 4.
- Crédito documentario **14**, 24.
- Crisis de la deuda (v. Deuda, crisis internacional)
- Criterios de convergencia **5**, 13.
- Cross-retaliation* **10**, 119.
- Cuestión prejudicial, TJU **4**, 44.
- Cuotas a la exportación (v. Acuerdos sobre materias primas)
- Daily Mail – Asunto TJU **16**, 6.
- Daños punitivos **9**, 27, 39 ss.
- Dassonville – Asunto TJUE **12**, 8 ss.
- Denial of justice/déni de justice* **7**, 26; **23**, 17.
- Derecho administrativo económico **1**, 4; **3**, 42.
- Derecho comparado **3**, 15.
- Derecho concursal internacional– Concurso abierto en el extranjero **3**, 80; **18**, 5 ss.
- Concurso abierto en el territorio nacional **18**, 4.
 - Convenio del Consejo de Europa **18**, 7.
 - Noción **18**, 1.
 - Principio de territorialidad **18**, 2.
 - Principio de universalidad **18**, 2, 4.
 - Reglamento CE sobre procedimientos de insolvencia **18**, 7.
 - Tratados internacionales **18**, 6.
- Derecho conflictual **1**, 13; **3**, 51 ss.
- Aplicación del Derecho extranjero **3**, 73 ss.
 - Conexión **3**, 52.
 - Derecho monetario internacional **24**, 5.
 - Orden public **3**, 54 (v. también allí)
 - Personalidad jurídica de las sociedades **16**, 2.
 - Unificación (v. Unificación jurídica)
- Derecho internacional consuetudinario **1**, 13; **3**, 6 ss.
- y aplicación extraterritorial del Derecho nacional **4**, 67; **22**, 7.
- Derecho de autodeterminación, de los pueblos **3**, 6.
- y Derecho al desarrollo **3**, 47.
- Derecho de contratos, internacional **13**.
- Contratos bancarios (v. allí)
 - Contratos de seguro (v. Derecho de seguros, internacional)
 - Convenio de Roma sobre la ley aplicable (v. allí)
 - Contratos de transporte (v. Transporte, internacional)
 - Derecho de la compraventa, uniforme (v. allí)
 - Unificación **13**, 2, 3, 4 ss.
- Derecho de establecimiento **3**, 14; **6**, 25.
- y EEE **12**, 19.
- Derecho de seguros, internacional **14**, 17 ss.
- Derecho del comercio exterior **1**, 7, 10; **3**, 4, 42, 44 ss., 58.

Derecho Económico Internacional

- Eficacia extraterritorial **3**, 55 ss.
- Mecanismos de control **3**, 45.
- Principio de personalidad **3**, 52, 60.
- Protección jurídica **3**, 50.
- Restricciones al comercio exterior **3**, 47.
- Sometimiento jurídico-privado **1**, 14; **3**, 50; **9**, 4, 12.
- Sumisión jurídico-privada **2**, 46.
- Derecho del medio ambiente, internacional **3**, **8**; **8**, 1 ss.
- Convenios de derecho internacional público **8**, 8.
- Derecho de la Unión Europea **8**, 26.
- Derecho de vecindad (aspectos jurídico-públicos) **8**, 5, 7.
- Derecho económico conflictual **3**, 52 ss. (v. también derecho conflictual)
- Derecho económico, nacional
 - Aplicación extraterritorial **1**, 9; **3**, 42 ss., 54.
 - como obstáculo del cumplimiento **3**, 79.
 - Conexión especial **3**, 78 (v. también allí)
 - Derecho del comercio exterior (v. allí)
 - Derecho conflictual (v. allí)
 - y tráfico económico internacional **3**, 42.
- Derecho económico internacional **1**, 1, 14, 3, 1 ss.
 - Contenido **3**, 1.
 - Derecho consuetudinario internacional (v. allí)
 - Derecho internacional convencional (v. allí)
 - Fuentes **3**, 2.
 - Significado **3**, 3.
 - Validez interna **3**, 5.
- Derecho económico, privado **1**, 4, 10 (v. también Derecho conflictual)
- Derecho internacional de los Tratados
 - sobre el comercio interestatal **3**, 10 ss.
 - sobre el comercio entre particulares **3**, 35 ss.
- Derecho internacional privado (v. Derecho conflictual)
- Derecho internacional público **1**, 1, 4, 6, 7, 10, 13, 17
 - Convencional (v. Derecho internacional público convencional)
 - Económico (v. Derecho económico internacional)
- Derecho monetario, internacional **24** (v. también Convenio constitutivo del FMI y Sistema monetario europeo)
 - Eurodivisas (v. allí)
 - Normas sobre divisas, extranjeras (v. allí)
 - Significado **24**, 1.
 - Sistema monetario **24**, 2.
 - y Tráfico jurídico privado **24**, 5.
- Derecho privado **1**, 1, 6.
 - Internacional (v. Derecho conflictual)
 - Unificación (v. Derecho uniforme)
- Derecho público internacional **3**, 51; v. también Derecho del comercio exterior
- Derecho público, extranjero **3**, 51.
- Derecho tributario internacional **1**, 3; **19**.
 - Convenios de doble imposición **19**, 4 ss.
 - Poder tributario **19**, 2.
 - Principio de la fuente **19**, 2.
 - Principio de renta mundial **19**, 2.
 - Sociedades base **19**, 7.
 - y las sociedades multinacionales **19**, 8.
- Derecho uniforme **14**, 5.
 - CMR **14**, 12.
 - Convenio de Varsovia **14**, 15.
 - de la compraventa (v. allí)
 - Reglas de La Haya **14**, 16.
- Derechos especiales de giro (v. Fondo Monetario Internacional)
- Derechos humanos **6**, 14 ss. (v. también libertades, Convención europea de los Derechos humanos)
 - Convenciones universales **6**, 14 ss.
 - Protección **1**, 13, 15; **3**, 1, 6; **6**.
 - y Derecho de extranjería **6**, 22.
 - y empresas transnacionales **4**, 73 ss.
- Desarrollo
 - Derecho al **4**, 78.
 - Fomento del **4**, 7, 25, 27.
 - por el Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo **26**, 9.
 - sostenible **8**, 9 ss.
- Desechos, transporte de desechos peligrosos.
 - Convenio de Basilea (1989) **8**, 14.
 - Desechos tóxicos **8**, 14.
- Desert Line Projects* – asunto **22**, 14.
- Desplazamiento de trabajadores **1**, 2.
- Deuda, crisis internacional **2**, 8; **22**, 12 ss.
 - Desarrollo **22**, 12.
 - Insolvencia, de los Estados (v. allí)
 - y BIRD **22**, 6.

- y Derecho económico internacional **22**, 13.
- y empresas multinacionales **3**, 37; **22**, 12.
- y FMI **3**, 27; **22**, 12.
- Deutsche Post AG* **15**, 38; **18**, 15.
- Dior* – Asunto (TJUE) **10**, 104; **15**, 7.
- Directivas, CEE, CECA **2**, 29; **5**, 1 ss.
- Aplicación directa **3**, 29.
- Efecto directo **3**, 29.
- Discounted cash flow, método **20**, 13.
- Discriminación, prohibición
 - en el GATT **10**, 43 ss.
 - en el TFUE **5**, 8.
 - en los Acuerdos de Protección de las Inversiones **19**, 5.
- Disposiciones, en materia de competencia **2**, 59.
- Dispute Settlement Body **10**, 15, 111.
- Doble tributación **19**, 1 ss.
- Convenios **19**, 4.
- Modelo de Convenio Naciones Unidas **19**, 5.
- Modelo de Convenio OCDE | **9**, 5.
- Doctrine of severance **22**, 8.
- Doha, declaración **10**, 133; **15**, 12.
- Due process* **9**, 23, 27; **23**, 17.
- Dumping **10**, 62 ss. (v. también *antidumping*)
 - por ensamblaje **10**, 63.
- Dumping social **4**, 29.
- Economía de mercado **3**, 7; **5**, 1 ss.
- Economía mundial **1**, 11, 17 (v. también orden económico, internacional)
 - y Constituciones nacionales **4**, 6 ss.
- Economía planificada **1**, 11; **7**, 6.
- Elementos en Tratados de la CEE, CECA **5**, 4.
- ECOWAS **6**, 21; **12**, 4.
- Corte de Justicia **6**, 21.
- Efectos, doctrina de los (v. Derecho de la competencia, internacional)
- EFTA (v. Asociación Europea de Libre Cambio)
- Ejecución
 - Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (v. allí)
 - de decisiones judiciales extranjeras **3**, 37 ss.; **9**, 38 ss.
 - de laudos arbitrales **3**, 37; **9**, 11; **23**, 31.
 - Inmunidad de ejecución (v. Inmunidad de los Estados)
- Elección de ley
 - en contratos de seguro **14**, 20.
 - en la Convención de Viena de 1980 **13**, 28 y ss.
 - en el Convenio de Roma de 1980 **13**, 8.
 - y Derecho transnacional **3**, 38.
 - ELSI – Asunto (CIJ) **6**, 26; **23**, 7.
 - Embargo a Irak (v. embargo comercial)
 - Embargo comercial **1**, 4.
 - Embargo de exportaciones **3**, 58.
 - Embargo a Irak **1**, 4; **3**, 47.
 - embargo del gasoducto **3**, 49, 50, 60.
 - y Unión Europea; **5**, 24; **6**, 2.
 - y prohibición de intervención **6**, 4.
 - Emergencia, estado de **26**, 21.
 - Empresas **4**, 61 (v. también empresas multinacionales)
 - como operadores económicos **4**, 61 ss.
 - Fusión (v. control de fusiones)
 - Nacionalidad **4**, 61.
 - Empresas estatales **4**, 17 ss.
 - Inmunidad **4**, 17; **6**, 1, 11 ss.
 - Liberación de la prestación a través de restricciones comerciales **4**, 19.
 - Empresas extranjeras
 - Sometimiento al derecho nacional **3**, 60.
 - Empresas multinacionales **1**, 15 ss.; **4**, 63 ss.
 - Código de conducta **3**, 43 (v. también Código de conducta de Naciones Unidas).
 - Protección de las inversiones **4**, 68.
 - Subjetividad internacional limitada **4**, 67; **22**, 7.
 - Tributación **19**, 6. Empresas públicas
 - Exención del deber de prestar sus servicios en caso de restricciones al comercio **4**, 19.
 - Inmunidad **4**, 17; **6**, 1, 11.
 - y Derecho de la competencia **17**, 10.
 - Endorois Welfare Council v. Kenya* – Asunto (Comisión Africana para los DD. HH.) **7**, 18.
 - Energía nuclear, Convenio de París acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear (1960) **4**, 25.
 - Enriquecimiento injusto **3**, 16.
 - Entendimiento sobre Solución de Diferencias (OMC) **10**, 15, 108 ss.
 - Envases retornables*, normativa danesa – asunto TJUE **12**, 9.
 - ER/CIM **14**, 11.
 - Esfera privada **3**, 25.

- Espacio Económico Europeo (EEE) **3**, 13; **12**, 19 ss.
 – Organización **12**, 22.
 – Sistema institucional **12**, 21.
 – Solución de diferencias **12**, 24 ss.
- Establecimiento
 – Bancario **14**, 25.
 – de seguros **14**, 19.
 – de una empresa **1**, 3.
 – Profesional **15**, 2.
 – Transfronterizo **1**, 2.
- Estados Unidos – Byrd Amendment* – Asunto (OMC) **10**, 80, 124.
Estados Unidos – Continued Dumping and Subsidy Offset Act (2000) – Asunto (OMC) **10**, 60.
Estados Unidos – Juegos de Azar – Asunto (OMC) **10**, 64 ss., 98.
Estados Unidos – Prohibición de importar camarones – Asunto (OMC) **3**, 9; **10**, 69 ss.
Estados Unidos – Subvenciones al Algodón Americano – Asunto (OMC) **10**, 79.
- Estándar de derechos fundamentales del Derecho comunitario **3**, 25.
 Estándar mínimo, en el Derecho de extranjería **6**, 23 ss., **23**, 14.
 Estándares de seguridad
 – y países en vías de desarrollo **4**, 65.
 – en la ley alemana sobre la energía atómica **8**, 7.
 Estoppel, principio de **3**, 16.
 Etiquetado **10**, 93.
 Eurodivisas **24**, 21 ss.
 Eurogrupo **5**, 19.
 European Communities – Asbestos **9**, 29; **10**, 46, 39.
 European Communities – Beef Hormones **8**, 13; **10**, 87, 88, 124.
 European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas **10**, 101.
 European Communities – Sardines **10**, 96.
 Eutelsat – **14**, 40.
 Exenciones
 – de una prohibición de exportar **3**, 46.
 – Reglamento de la UE relativo a las exenciones por categorías **17**, 11.
 – y competencia en el mercado común **17**, 13.
Exon-Florio Amendment **21**, 5.
- Exportaciones
 – Restricciones **3**, 45; **10**, 53 ss.; (v. también restricciones cuantitativas)
 – Prohibición de exportaciones **1**, 4, 5, 9; **3**, 43 ss.
 – bajo reserva de aprobación **3**, 45.
 – y el GATT **10**, 6.
 Expropiación **3**, 51, 73 ss.; **4**, 67, 70; **6**, 17; **20**, 1 ss.; **22**, 10.
 – Admisibilidad **20**, 1 ss.
 – Bienes susceptibles de expropiación **20**, 8.
 – Contraria al Derecho internacional público **20**, 9, 16 ss.
 – Cuantía de la indemnización **20**, 10 ss.
 – de bienes en el extranjero **20**, 21 ss.
 – de derechos y bienes sociales **20**, 21 ss.
 – de facto **20**, 4.
 – del patrimonio social **17**, 19.
 – Derecho a compensación de daños **20**, 9.
 – Directa **20**, 21.
 – e inversiones extranjeras **22**, 1.
 – Furtiva **20**, 5.
 – Indemnización **6**, 17, 18; **20**, 2, 4, 9, 21.
 – Indirecta **20**, 5, 22.
 – Noción **20**, 1.
 – Reconocimiento **3**, 73 ss.; **20**, 14 ss.
 – sobre los propios nacionales **20**, 2.
 – sin indemnización **20**, 1, 2, 7, 25; v. también confiscación.
 – y Convenios de protección de las inversiones **20**, 6; **23**, 10.
 – y Derecho constitucional alemán **20**, 26.
 – y Derecho de los extranjeros **6**, 24.
 – y extranjeros **3**, 3, 6; **6**, 24; **20**, 3 ss.
 – y pactos de concesión **20**, 9.
Extractive Industries' Transparency Initiative (EITI) **4**, 69.
- Extranjeros, derechos de **6**, 22 ss.
Exxon Shipping Co. v. Baker **9**, 27
 Facilidad Europea de Estabilización Financiera **5**, 20.
Fair and equitable treatment **23**, 14 ss.
 FAO (v. Organización de las Naciones Unidas para la agricultura y la alimentación)
 FIDIC **4**, 57.
FEDAX – asunto **23**, 5.
 Federaciones sindicales o patronales internacionales **4**, 57.

- Fediol – Decisión (TJUE) **10**, 107.
 FIATA **14**, 7.
 Filiales **1**, 3, 7; **3**, 55, 60, 68; **4**, 66.
Filipinas – Impuestos sobre aguardientes – Asunto (OMC) **10**, 45.
 Filosofía normativa **7**, 39.
Financial Stability Board **4**, 54.
 Flete **14**, 15.
 FMI (v. Fondo Monetario Internacional)
 Fondo común para los productos básicos **11**, 7.
 Fondo Monetario Internacional **3**, 11; **4**, 25, 2924, 6 ss. (v. también Convenio sobre el FMI)
 – Condicionalidad **26**, 8, 15 ss.
 – Derechos especiales de giro **4**, 24; **26**, 3.
 – Organización **26**, 1 ss.
 – Tareas **24**, 10, 11; **26**, 4 ss.
 – Vigilancia sobre las disposiciones nacionales de control de cambios **26**, 16.
 – y crisis de la deuda internacional (v. allí)
 Fondo para el Medio Ambiente Mundial **4**, 81; **8**, 18.
 Fondos soberanos
 – Santiago Principles **21**, 4.
 – Guía de conducta ética **4**, 73.
Foreign Direct Investment **21**, 2.
Foreign Trade Antitrust Improvements Act **3**, 69.
 Foro internacional de la energía **11**, 8.
Forum non conveniens **9**, 29 ss.
Forum shopping **3**, 56; **9**, 29.
 Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines **23**, 12.
 Free Trade Area of the Americas (v. FTAA)
 “Friendly Relations”, Declaración (1970) **3**, 9.
 FTAA **12**, 6.
 Fusiones, control **17**, 1, 7, 10.
 – Reglamento (UE) **3**, 28; **17**, 10.G-7 4, 48.
 G-8 **4**, 48.
 G-10 **4**, 50, 54.
 G-20 **4**, 49.
 G-21 (en la OMC), **4**, 52; **10**, 134.
 G-33 (en la OMC) **4**, 52.
 G-77 (en UNCTAD) **4**, 51.
 G-90 (en la OMC) **4**, 52.
 Gambas – Asunto (v. Camarón-Tortugas)
 Garantías de inversión
 – Programa de garantía de las inversiones, estatal (v. allí)
 – Seguros privados **23**, 33, 34.
 Garantías procesales **3**, 25.
 Gaseoducto – embargo (v. embargo comercial, Sensor – Asunto)
 GATS **10**, 13, 21, 25, 97 ss.; **14**, 1, 41.
 GATT **1**, 7, 2, 1; **3**, 11, 13; **4**, 3 ss., 29, **10**, 1 ss.
 – Acuerdo SPS **10**, 21, 24, 75, 85 ss.
 – Acuerdo TBT **10**, 24, 93 ss.
 – Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias **10**, 77 ss.
 – Acuerdo Textil Mundial **10**, 7, 73.
 – Ámbito de aplicación **10**, 13 ss.
 – Aplicación interna **10**, 100 ss.
 – Cláusula del abuelo / *grandfather clause* **10**, 2.
 – Código antidumping **10**, 8, 21, 23, 62, 107.
 – Código de subvenciones **10**, 32 ss., 56.
 – Códigos **10**, 7.
 – Eliminación de aranceles **10**, 50, 51.
 – Génesis **10**, 1 ss.
 – Miembros **10**, 4, 18.
 – Objetivos **10**, 30 ss.
 – Obstáculos comerciales no tarifarios **10**, 51 ss.
 – Organización **10**, 3, 13 ss.
 – Organización Mundial del Comercio (v. allí)
 – Países en vías de desarrollo, trato preferente **4**, 7; **10**, 38, 39, 42.
 – Principios fundamentales **10**, 30 ss.
 – Productos similares (*like products*) **10**, 45 ss.
 – Prohibición de discriminación **10**, 43 ss.
 – Reciprocidad **10**, 32, 101.
 – Relación con otros acuerdos **10**, 126 ss.
 – Ronda Uruguay **10**, 8 ss. (v. también allí)
 – Rondas comerciales **10**, 5 ss.
 – Solución de diferencias **9**, 2; **10**, 108 ss.
 – Tránsito **11**, 8, 9.
 – Trato de nación más favorecida **10**, 30 ss. (v. también allí)
 – Trato nacional **10**, 43 ss.
 – Voto **10**, 3
 – y Unión Europea **10**, 4, 100 ss.
 – y derechos de propiedad intelectual **15**, 7.
 – y monopolios estatales **4**, 14.
 – y prestación de servicios **10**, 10, 25.
 – y protección de la propiedad industrial **12**, 6. – y restricción de las importaciones debidas a la protección del medio ambiente **8**, 28.

- y zonas de libre comercio (v. allí) *General Electric/Honeywell* – Asunto (Comisión Europea) **3**, 64; **17**, 7.
- Gestión de negocios sin mandato **2**, 16.
- Glamis Gold Ltd. v. United States of America **23**, 14.
- Global Compact **4**, 73.
- Global Governance **2**, 7.
- Globalización **1**, 19 ss.; **4**, 48, 49.
- Global Witness v. Afrimex Ltd.* – Asunto (OC-DE) **4**, 69.
- Good governance **1**, 18 ss.
- Goodwill **20**, 1, 13.
- Government Procurement Agreement (v. GPA)
- GPA – Acuerdo **10**, 11, 13.
- Grandfather clause (GATT) **10**, 2.
- “Greening the GATT” **10**, 132.
- Greenpeace **4**, 57, 58.
- Grupo del Banco Mundial **4**, 25; **26**, 9.
- y crisis de la deuda **26**, 15 ss.
- Hoffmann-La Roche Ltd. v. Empagran S.A. **17**, 6.
- Homo economicus **1**, 18.
- Hormonas – disputa (v. también European Communities – Beef Hormones) **8**, 13; **10**, 87, 88.
- Hull – Decisión **20**, 10 ss.
- IATA **4**, 57; **14**, 7.
- ICANN **3**, 86; **14**, 40.
- ICAO **14**, 7, 13.
- IDA (v. Asociación Internacional de Fomento)
- IFC (v. Corporación Financiera Internacional)
- IFRS **16**, 25, 26.
- IMO (v. Organización Marítima Internacional)
- Importación, restricciones **3**, 3, 7, 45; **5**, 2.
- Prohibiciones de importar **1**, 4; **3**, 45; **10**, 6, 51 ss.
- bajo reservas de autorización **3**, 45.
- Restricciones cuantitativas (v. allí)
- Incoterms **3**, 38; **13**, 4.
- Infracapitalización, empresas estatales **4**, 17.
- Inmisiones, protección contra **8**, 7.
- Inmunidad
- de organizaciones internacionales **6**, 13.
- de Estados **1**, 14; **4**, 13, 17; **6**, 5 ss.; **9**, 19.
- Absoluta **6**, 6 ss.
- Convención europea sobre – (1972) **6**, 6, 9.
- Restringida **6**, 6 ss.
- en los procedimientos de reconocimiento **6**, 5.
- Leyes nacionales sobre – **6**, 6, 9.
- de empresas públicas **4**, 17; **6**, 1, 11.
- Insolvencia
- de particulares (v. Derecho concursal internacional)
- Insolvencia, de los Estados **26**, 15 ss.
- Conversión de la deuda **26**, 15, 16.
- Procedimientos de liquidación **26**, 17.
- y control de cambios **26**, 17.
- y obligaciones internacionales de pago **26**, 19. *Inspire Art* – Asunto (TJUE) **16**, 11.
- Integración económica regional (v. Acuerdos económicos regionales)
- Intel Corp. v. Advanced Micro Devices Inc.* – asunto (Corte Suprema EE.UU.) **9**, 37.
- International Competition Network **4**, 56.
- International Fruit Company **7**, 45.
- International Law Association (ILA) **4**, 77.
- Internet **3**, 83 ss.; **13**, 47, 48.
- Intervención, obligación de los Bancos Centrales **24**, 8.
- Inversiones de portafolio **21**, 2, 3.
- Inversiones directas **2**, 4; **4**, 68; **23**, 6.
- Inversiones extranjeras (v. Acuerdos sobre inversiones, protección de las inversiones)
- Iran and Libya Sanctions Act **3**, 58.
- Iran-US Claim Tribunal **1**, 14; **3**, 41; **9**, 2, 20, 12.
- y expropiaciones **20**, 12, 13.
- ITO (v. Organización Internacional del Comercio)
- Ius cogens **3**, 6.
- Japón – Impuestos sobre bebidas alcohólicas* – Asunto (OMC) **10**, 45.
- Japón – Medidas que afectan la importación de productos agrícolas **10**, 91.
- Japón – Medidas que afectan a la importación de manzanas – Asunto (OMC) **10**, 90.
- Japón – Películas – Asunto (OMC) **10**, 125.
- Keck – asunto (TJUE) **12**, 11.
- Koraou v. The Republic of Niger, **6**, 21
- Laker – Asunto **3**, 67.
- Lanco v. The Argentine Republic* **20**, 24.
- Laudos arbitrales
- CIADI (v. allí)

- Ejecución **9**, 13, 14; **23**, 31.
- Internacionales **9**, 12.
- Reconocimiento **9**, 10, 11, 13 ss.
- Levantamiento del velo corporativo **4**, 22; **7**, 26.
- Ley alemana contra las restricciones a la competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*) **3**, 63, 64; **17**, 4.
- Ley alemana de comercio exterior (*Außenwirtschaftsgesetz*) **1**, 4; **3**, 46 ss.
- Ley alemana de control de las exportaciones de armas de guerra **3**, 46.
- Ley alemana sobre la energía atómica (*Atomgesetz*) **8**, 7.
- Ley Helms – Burton (EE. UU.) **3**, 58.
- Leyes de policía **3**, 54.
- Lex mercatoria **3**, 38 ss.
- LG & E v. The Argentine Republic*, **23**, 16; **26**, 21.
- Liberalismo económico **4**, 2
- Liberalización, del comercio mundial **1**, 1; **3**, 11, **4**, 1; **5**, 21; **6**, 29.
- y GATT **10**, 49.
- y protección del medio ambiente **8**, 9 ss.
- Libertad contractual **6**, 6; v. también elección de ley y autonomía privada.
- Libertad de emisión **14**, 44.
- Libertad de empresa **4**, 8.
- Libertad de establecimiento **3**, 24; **5**, 3; **14**, 2.
- y Derecho bancario **14**, 25.
- Libertad del comercio exterior **3**, 44 ss.
- Libertades **1**, 15; **6**, 15; **7**, 1.
- Libertades de mercado en la UE **3**, 24; **5**, 1 ss.
- Libre circulación de capitales **5**, 1, 6
- en EEE **12**, 19.
- Libre circulación de mercancías **5**, 11 ss.; **12**, 8 ss.
- Cassis – decisión TJUE **12**, 15.
- Dassonville – decisión **12**, 8 ss.
- en el EEE **12**, 16.
- y protección de la propiedad industrial **15**, 9.
- y restricciones al comercio **12**, 9.
- Libre circulación de personas **5**, 3, 5.
- Libre circulación de trabajadores **3**, 28; **5**, 3, 5.
- EEE **12**, 19.
- Libre importación/exportación **3**, 46.
- Libre prestación de servicios **12**, 16 ss.; **14**, 2.
- y apertura del mercado de las telecomunicaciones **14**, 41.
- y Derecho bancario **14**, 25, 26.
- y Derecho de los seguros **14**, 18 ss.
- Lithgow v. United Kingdom* **20**, 2.
- Local remedies rule* **6**, 26.
- Lomé, Convenios de **4**, 7.
- Loi uniforme **3**, 55; (v. también unificación jurídica)
- Lotus – Asunto (Tribunal Permanente de Justicia Internacional) **3**, 62.
- Marcas (v. protección de la propiedad industrial)
- Materias primas, – Abastecimiento seguro **11**, 8.
- Acuerdos sobre **3**, 12; **11**, 3 ss.
- Cárteles **11**, 6.
- Celebración a través de la UE **5**, 23.
- Cuotas de exportación **11**, 5.
- Fondo común para los productos básicos **11**, 7.
- y GATT **11**, 1.
- Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua* **6**, 18.
- Mecanismo Europeo de Estabilización **5**, 20.
- Mercado común
- de los Estados del Pacto andino **12**, 4.
- Europeo (v. Mercado común de la UE)
- de Sudamérica (Mercosur) **12**, 2; **37**.
- Mercado Común Andino **9**, 31
- Mercaderías, transporte **14**, 5, 11, 12, 17.
- Aéreo **14**, 15
- Terrestre (v. CMR)
- Mercado común de América Central **9**, 30.
- Mercado interior comunitario **1**, 7; **4**, 35; **5**, 14 ss.; **9**, 9; **11**, 34.
- Carta europea de la energía **11**, 10; **23**, 26, 27.
- Patente comunitaria **15**, 5.
- Unificación jurídica **5**, 3; **15**, 4 ss.
- Mercancías, nacionalidad **3**, 49.
- Mercancías peligrosas
- Acuerdo Europeo sobre Transporte Internacional de Mercancías Peligrosas por Carretera (ADR – 1957) **14**, 6.
- Convenio Europeo sobre Responsabilidad Civil por Daños Causados durante el Transporte de Materiales Peligrosos por Carretera, Ferrocarril y Embarcaciones de
- Navegación Interior (CRTD – 1989) **14**, 6.
- Reglamento Internacional sobre el Transporte de Mercancías Peligrosas por Ferrocarril (RID) **14**, 6
- Mercosur (v. Mercado común de Sudamérica)

- México – Impuestos sobre refrescos y otras bebidas – Asunto (OMC)* **10**, 122.
- México – Medidas que afectan a servicios de telecomunicaciones – Asunto (OMC)* **10**, 99.
- Microsoft* **17**, 2, 12.
- MIGA (v. Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones)
- Managed Floating **24**, 2.
- Modelos industriales (v. protección de la propiedad industrial)
- Mondev International v. United States – Asunto (CIADI)* **7**, 23; **23**, 14.
- Monopolio comercial estatal **3**, 44; **4**, 11, 14.
- Monopolio estatal de los servicios **3**, 16.
- y Derecho de la competencia **17**, 10.
- Monopolio estatal del comercio exterior **2**, 41; **3**, 11.
- Morrison v. National Australia Bank Ltd. – asunto (Corte Suprema EE.UU.)* **3**, 59.
- Mox Plant – asunto (TJUE)* **9**, 6.
- Nacionalización **20**, 1.
- Naciones Unidas **6**, 2.
- Acuerdos de cooperación **4**, 23.
- Asamblea General **3**, 9; **4**, 23, 70 ss.; **9**, 9; **20**, 10.
- Consejo de seguridad **1**, 4.
- Consejo económico y social (v. allí)
- FAO (v. allí)
- Organizaciones especiales **4**, 23, 30; **14**, 38.
- UNCITRAL (v. allí)
- UNCTAD (v. allí)
- UNIDO (v. allí)
- NAFTA **3**, 13; **12**, 6, 27 ss.; **20**, 6; **23**, 8.
- Nakajima – Asunto* **10**, 107.
- Neer Claim – Asunto (comisión arbitral)* **6**, 23; **23**, 14.
- New Lex Mercatoria* **3**, 38.
- Niza, Tratado de Niza **5**, 5.
- No discriminación **3**, 7; **4**, 5 (v. también trato de nación más favorecida y prohibición de discriminación).
- Normas imperativas, Derecho extranjero (v. aplicación extraterritorial, conexión especial)
- Normas sancionadoras **3**, 58.
- North American Dredging Company of Texas – asunto (comisión arbitral)* **6**, 28.
- North American Free Trade Agreement (v. NAFTA)
- Notificación de demandas **9**, 41 ss.
- Obstáculos al comercio (v. también aranceles aduaneros, restricciones a la importación, restricciones a la exportación y restricciones cuantitativas)
- Eliminación **1**, 1; **4**, 1; **12**, 1.
- Libre prestación de servicios **4**, 19.
- No tarifarios **10**, 6, 52 ss.; v. también restricciones a la importación, restricciones a la exportación y subvenciones.
- y libre circulación de mercancías **12**, 8.
- Obtenciones vegetales, protección de las **15**, 6 ss.
- Occidental Exploration and Production Co. v. The Republic of Ecuador* **23**, 19, 24.
- OCDE (v. Organización para la cooperación y el desarrollo económico)
- Modelo de convenio de doble imposición **19**, 5.
- Ogoni – Asunto (Comisión Africana para los DD. HH.)* **6**, 19.
- OGT Fruchthandelsgesellschaft – Asunto (TJUE) **10**, 102.
- OIT (v. Organización Internacional del Trabajo)
- OPEP **11**, 6.
- Orden económico, internacional **1**, 2; **4**.
- Desarrollo **4**, 1 ss.
- GATT (v. allí)
- Operadores económicos (v. allí)
- Principios rectores **4**, 6 ss.
- Orden económico mundial (v. Orden económico, internacional)
- Orden económico mundial, nuevo **3**, 42, 45 ss.
- Orden monetario internacional **20**, 4, 6 (v. también Convenio constitutivo del FMI)
- Órdenes constitucionales, nacionales **4**, 50 ss.
- Órdenes económicos, nacionales **1**, 11.
- Ordre public
- y Derecho internacional privado **3**, 54.
- y reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras **9**, 38 ss.
- y reconocimiento de expropiaciones **20**, 17 ss.
- y reconocimiento de laudos arbitrales **9**, 11.
- Organismos genéticamente modificados **8**, 3; **8**, 21 ss., 27 ss.
- Organización comercial multilateral **10**, 13 ss.
- Organización de Aviación Civil Internacional (v. ICAO)
- Organización de la Unidad Africana **3**, 33.

- Organización de las Naciones Unidas para la agricultura y la alimentación (FAO) **4**, 28.
- Organización de las Naciones Unidas para el desarrollo industrial (UNIDO) **4**, 28; **8**, 25.
- Organización de Países Exportadores de Petróleo (v. OPEP)
- Organización especial, de las Naciones Unidas (v. Naciones Unidas)
- Organización Internacional del Café **11**, 4.
- Organización Internacional del Caucho Natural **4**, 22; **11**, 4.
- Organización Internacional del Comercio (ITO), Carta **3**, 11; **4**, 29; **10**, 1, 2.
- Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO) **4**, 55.
- Organización Internacional del Trabajo (OIT) **4**, 72, 73.
- Deberes de conducta de las empresas transnacionales **4**, 69.
 - Modelo de convenio de doble imposición **16**, 5.
- Organizaciones internacionales **4**, 20 ss.
- Inmunidad **6**, 13.
 - No gubernamentales **4**, 57 ss.
 - Personalidad jurídica **4**, 21.
 - Responsabilidad de los miembros **4**, 22; **11**, 4.
- Organizaciones internacionales de materia primas **4**, 32; **11**, 4.
- Organización Marítima Internacional (IMO) **14**, 7.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) **4**, 30; **15**, 3.
- Organización Mundial del Comercio **3**, 11; **4**, 3 ss.
- Acuerdos comerciales multilaterales **10**, 13, 20 ss.
 - Acuerdos comerciales plurilaterales **10**, 13 20 ss.
 - Evolución **10**, 1 ss.
 - Órganos **10**, 14
 - Solución de diferencias **10**, 118 ss.
- Organización para la cooperación y el desarrollo económico (OCDE) **4**, 31, 54.
- Deberes de conducta para las empresas transnacionales **4**, 69.
 - Tratado para la protección de inversiones **23**, 2.
- Órgano de Solución de Diferencias **10**, 15, 111.
- Ozono, Capa de
- Convenio de Viena para la protección (1985) **4**, 81; **8**, 15.
 - Protocolo de Montreal (1987) **4**, 81; **8**, 15.
- Pacto andino **4**, 33; **12**, 4, 35 ss., 37.
- e inversiones extranjeras directas: **4**, 69.
 - Acuerdo de Cartagena **12**, 35.
 - Acuerdo de Trujillo **12**, 36.
- Pacto de estabilidad **21**, 8.
- Pacto internacional de derechos civiles y políticos (1966) **6**, 14.
- Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (1966) **6**, 14.
- Países emergentes **4**, 12, 49.
- Países en vías de desarrollo **3**, 3, 4, 8, 9; **4**, 7, 12, 20, 25, 26, 31, 32, 52, 53, 66, 67
- Crisis de la deuda (v. Deuda)
 - Fomento **4**, 77.
 - Trato preferente **4**, 7, 77. (v. también GATT)
 - y concesión de créditos por el FMI **26**, 8.
 - y empresas multinacionales **4**, 65 ss.
 - y nuevo orden económico mundial **4**, 76 ss.
- Países menos desarrollados **10**, 134.
- Panel **7**, 45 ss.
- Asunto Camarón – Tortugas (v. United States – Shrimp/Turtle)
 - Asunto Hormonas (v. European Communities – Beef Hormones)
- Paridad con el oro **24**, 7.
- Parlamento europeo **4**, 34, 40.
- Patente comunitaria **15**, 5.
- Convenio de Luxemburgo relativo a las patentes comunitarias (1975) **15**, 5.
- Patente europea **15**, 4.
- Convenio de Múnich para la concesión de patentes europeas (1973) **15**, 4.
 - Oficina europea de patentes **15**, 4.
 - para el mercado común **15**, 5.
- Patentes, Derecho de (v. protección de la propiedad industrial)
- Patrón oro **4**, 2, 24.
- Peces espada – asunto (Chile) **9**, 6; **10**, 131.
- Personalidad jurídica, de las organizaciones internacionales **3**, 17; **4**, 21.
- Pipeline Embargo* – Asunto **3**, 49, 60.
- Poder tributario (v. Derecho tributario internacional)
- Política comercial común en la UE **5**, 21 ss.
- Política de transportes **14**, 8 ss.
- Prescripción

- Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías (1974) **13**, 26.
- Pre-trial discovery* **3**, 66; **9**, 35 ss.
- Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy Inc.* **9**, 25.
- Principio de la fuente (v. Derecho tributario internacional)
- Principio de la renta mundial (v. Derecho tributario internacional)
- Principio de los efectos (v. Derecho de la competencia internacional)
- Principio de equidad **4**, 18.
- Principios generales del Derecho **1**, 15; **3**, 5, 15 ss.
- en el Derecho de la Unión Europea **3**, 25.
- y arbitraje **3**, 40, 41.
- y Derecho transnacional **3**, 38 ss.
- Principio de personalidad **3**, 51 ss.
- Principio de territorialidad **3**, 51 ss.
- y Derecho concursal **18**, 2.
- y Derecho de la expropiación **20**, 15, 21, 23, 25.
- Principio de protección **3**, 51.
- Principio de universalidad (v. Derecho concursal, internacional)
- Principio de prevención **8**, 12 ss.
- Prioridad **15**, 2.
- Proceso Kimberley **11**, 2.
- Production and Process Methods (PPM) **10**, 63.
- Profesión, libre ejercicio de **3**, 25.
- Programa de garantía de inversiones **19**, 14.
- Prohibición de intervención **6**, 4.
- y embargo comercial **6**, 4.
- y concesión de créditos por el FMI/BIRD **6**, 4.
- Prohibición del *bail-out* **5**, 11, 20.
- Prohibición de uso de la violencia **3**, 6.
- Propiedad
 - Garantía **6**, 16, 17; **20**, 26
 - Protección **4**, 8; **20**, 2.
 - Expropiación **20**, 2, 26.
- Propiedad intelectual
 - Convenio Unión de París para la protección de la propiedad industrial (1883) **15**, 2.
 - Organización Mundial de la (WIPO) **4**, 30; **15**, 3.
 - Convenio Internacional para la protección de las obtenciones vegetales **15**, 6 ss.
- Protección de bienes culturales **3**, 76.
- Protección de las inversiones **1**, 3; **2**, 11.
- A través del Derecho de expropiación (v. allí)
- Acuerdos bilaterales (v. allí)
- CISDI (v. allí)
- MIGA (v. allí)
- Protección diplomática **1**, 3.
- Sistema nacional de garantía **19**, 17 ss.
- Protección de los consumidores
 - Code of conduct **4**, 69.
 - y comercio internacional de servicios **14**, 2.
 - y consideración del Derecho extranjero **13**, 11.
 - y efecto directo de las Directivas **3**, 29.
 - y libre circulación de mercancías **12**, 15.
 - y restricciones a la libre competencia **17**, 11.
- Protección del clima, Convenio **4**, 82; **8**, 15 ss.
- Protección del medio ambiente
 - Derecho de la Unión Europea **8**, 26.
 - y *code of conduct* **4**, 79.
 - y desechos (v. allí)
 - mediante restricciones a la importación **8**, 29.
- Protección diplomática **4**, 62; **6**, 22 ss.
- de empresas privadas **4**, 62, 63.
- de inversores **19**, 1 ss., 7.
- Protección internacional de la propiedad intelectual **15**, 1 ss.
- Convenio de la Unión de París para la protección de la propiedad industrial (1883) **15**, 2.
- Convenio sobre patentes europeas **15**, 4.
- Convenio relativo a las patentes comunitarias **15**, 5.
- y GATT **15**, 6.
- Protocolo de Cartagena (bioseguridad) **8**, 23.
- Protocolo de Montreal (Convenio de Viena sobre protección de la capa de ozono) **4**, 81.
- Protocolo de Kyoto **8**, 17, 10, 126.
- Protocolo de Nagoya (Convención sobre diversidad biológica) **8**, 20.
- Pruebas, obtención en el extranjero **9**, 30 ss.
- Diligencia de prueba formal **9**, 33.
- Presentación de documentos, pretrial discovery **9**, 34ss.
- Pseudo foreign corporation **16**, 4.
- Pulp Mills* – asunto (CIJ) **8**, 5.
- Radiodifusión **14**, 44 ss.
- Frecuencias de radio, asignación **14**, 44.
- Monopolio de televisión y radiodifusión **6**, 15.
- Libertad **6**, 15.

- Reciprocidad, en el GATT **10**, 32.
- Reconocimiento
- de decisiones judiciales extranjeras **3**, 37; **9**, 45 ss.
 - de expropiaciones (v. expropiaciones)
 - de laudos arbitrales **3**, 37; **9**, 7-8.
 - de procedimientos concursales (v. Derecho concursal, internacional)
 - de sociedades y personas jurídicas **16**, 2 ss.
- Recurso de anulación, ante el TJUE **4**, 42.
- Recursos genéticos, protección de los **8**, 21, 30 ss.
- Red Internacional de Competencia (ICN) **4**, 56.
- Reducciones arancelarias, lineales **7**, 5.
- Reglamentos, UE **3**, 28.
- Antidumping **10**, 82, 83.
 - Ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”) **3**, 78.
 - Libre circulación de personas **5**, 16.
 - Obstáculos al comercio (3286/1994) **10**, 107.
 - Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y comercial (44/2001) **9**, 19, 45, 46.
- Reglas de Hamburgo **14**, 16.
- Regulación **17**, 16.
- Relaciones exteriores **1**, 4.
- Estados Unidos, Restatement **3**, 70, 71.
- Remailing **14**, 38.
- Rendición de cuentas **16**, 24 ss.
- Repatriación de beneficios **1**, 3; **4**, 64; **24**, 1.
- Represalias **6**, 26.
- República Dominicana – Medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos – Asunto (OMC)* **10**, 47, 68, 77.
- Res transit cum onere suo* **3**, 19.
- Reserva de autorización, en el Derecho del comercio exterior **3**, 42.
- Reservas socioeconómicas **10**, 92.
- Resoluciones, de la Asamblea General de Naciones Unidas **3**, 9; **4**, 70.
- Responsabilidad (v. también indemnización de daños y perjuicios)
- de Estados **3**, 31.
 - de las empresas públicas respecto del Estado **4**, 18.
 - de los Estados miembros de organizaciones internacionales **3**, 17; **4**, 21 ss.
 - del Estado respecto de las empresas públicas **4**, 17.
 - del transportista **14**, 5, 12, 15.
 - por Chernóbil **4**, 17; **8**, 6.
 - en Derecho nuclear (v. allí)
 - por accidentes laborales **4**, 65.
 - por la falta de transposición de Directivas (UE) **3**, 30 ss.
 - por daños en el transporte de mercancías peligrosas **14**, 6.
- Responsabilidad estatal, de empresas privadas **2**, 30.
- Responsabilidad por daños al medio ambiente, civil **8**, 14
- y autorización estatal de establecimientos **48**, 6 ss.
- Responsabilidad por productos defectuosos
- y Derecho uniforme de la compraventa **13**, 45, 46.
- Restatement of the Foreign Relations Law **3**, 53, 70 ss.
- Restricciones cuantitativas **3**, 45; **10**, 51 ss.
- Restricciones de la competencia (v. también Derecho de la competencia
- Regulación transfronteriza **14**, 2.
 - Eficacia transfronteriza **14**, 4.
 - Inadmisibles, resarcimiento de daños **2**, 61.
- Retorsión **6**, 26.
- Riesgo, evaluación **10**, 75, 86, 88 ss.
- Río, Declaración sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo **8**, 10 ss.
- “Roma I”, Reglamento (UE) **13**, 6 ss.
- Ronda Kennedy **10**, 5.
- Ronda Tokio **10**, 5.
- Ronda Uruguay **3**, 11, 10, 8 ss., 111; **14**, 1; 15, 7.
- Rumasa – Asunto (House of Lords) **20**, 27 ss.
- SADC **12**, 45.
- SAIPEM S.p.A. v. The People’s Republic of Bangladesh* **23**, 22.
- Saramaka People v. Suriname* – Asunto (Corte interamericana de DD.HH.) **6**, 18.
- Sardinas – (European Communities – Trade Description of Sardines)* – Asunto (OMC) **10**, 96
- Sawhoyamasa* – Asunto (Corte interamericana de DD.HH.) **6**, 18.
- SEEE – Asunto **9**, 14.
- Seguros
- directos **12**, 18; **14**, 19 ss.

- Seguridad biotecnológica, Protocolo de Cartagena **8**, 21; **10**, 127 ss.
- Seguridad energética **11**, 8.
- Sensor – Asunto **3**, 49 ss.
- Servicio de deuda exterior **26**, 23.
- Servicios, prestación de, internacional **1**, 2
- Competencia de coordinación la UE **14**, 32.
 - de transportes (v. transportes internacionales)
 - Liberalización **14**, 1.
 - Libre prestación de servicios (UE) **12**, 16 ss.; **14**, 1 ss.
 - Noción **14**, 2.
 - Servicios postales **14**, 38 ss.
 - Directiva sobre servicios postales (UE) **14**, 39
 - Seguros **14**, 2, 18 ss. (v. también allí)
 - Telecomunicaciones **14**, 41 ss. (v. también allí)
 - y derecho bancario **14**, 25, 26.
 - y protección de los consumidores **14**, 2.
- Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices **4**, 70.
- Seúl, Declaración de, ILA **4**, 77.
- Shell
- Brent Spar **4**, 58.
 - en Nigeria **4**, 74; **7**, 19.
- Sherman Act* (1982) **3**, 69; **17**, 6.
- Sistema de comercio estatal **1**, 11.
- Sistema Europeo de Bancos Centrales (v. Bancos Centrales)
- Sistema Generalizado de Preferencias **10**, 39.
- Sistema monetario europeo (SME) **5**, 9.
- Soberanía **6**, 1 ss.
- Limitada **6**, 5.
 - e inmunidad de los Estados **6**, 5.
 - y cláusulas de arbitraje con particulares **22**, 4, 8.
 - y pactos de concesión **22**, 3 ss.
 - y transferencia de derechos soberanos **3**, 21; **6**, 2.
 - a la Unión Europea **3**, 21; **4**, 33; **6**, 2.
- Soberanía personal **6**, 1, 3.
- y expropiaciones **20**, 1, 21.
- Soberanía territorial **6**, 1, 3.
- y expropiaciones **20**, 1.
- Sociedad anónima europea **16**, 20.
- Sociedad de Derecho privado **4**, 8.
- Sociedades
- Expropiación **20**, 21 ss.
 - Reconocimiento de sociedades extranjeras **3**, 24; **16**, 2.
- Sociedades, Derecho internacional de **1**, 3; **16**
- Centros – Decisión TJUE **16**, 7.
 - Daily Mail – Decisión TJUE **16**, 6.
 - Derecho de la Unión Europea **16**, 4, 6, 18 ss.
 - Ley aplicable a las sociedades **16**, 1.
 - Noción **16**, 1.
 - Teoría de la constitución **16**, 4 ss.
 - Teoría de la sede real **16**, 3, 5.
 - Teoría de la “superposición” **16**, 6.
 - Tratados internacionales **16**, 13.
 - y Grupos de sociedades internacionales **16**, 17.
- Sociedades base (v. Derecho tributario, internacional)
- Sociedad escindida (v. teoría de la separación)
- Soft Law* **3**, 9.
- Código de conducta de Naciones Unidas **4**, 70.
- Solución de diferencias, internacionales **1**, 13; **9**, 1 ss.
- Additional Facility **19**, 14.
 - Arbitraje (v. allí)
 - CISDI (v. allí)
 - EEE **9**, 22 ss.
 - Entre Estados **6**, 1 ss.; v. también Corte de Justicia Internacional, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, arbitraje interestatal)
 - Entre particulares **6**, 5 ss., 13 ss.
 - Entre particulares y Estados **6**, 4, 9 ss., 13 ss.; (v. también arbitraje mixto)
 - GATT **7**, 52 ss.
 - ILO **3**, 29.
 - NAFTA **9**, 6.
- Sosa v. Alvarez-Machain – Asunto (Corte Suprema de EE.UU.) **9**, 25.
- Southern African Development Community (v. SADC)
- Sovereign Debt Restructuring Mechanism **26**, 27.
- Sovereign Wealth Funds **21**, 4.
- Standing Appellate Body **10**, 113.
- Subjetividad internacional, restringida
- de empresas multinacionales **4**, 67; **22**, 7.
- Substantially all the trade **10**, 35, 40; **12**, 3.
- Subvenciones, estatales **3**, 45.
- Aranceles compensatorios **10**, 56.
 - en el Derecho del comercio exterior **3**, 45.

- y Derecho de la competencia **17**, 14.
- y GATT **10**, 56 ss.
- Sucesión universal (de Estados) **3**, 19.
- y deudas **3**, 18, 19.
- Sujetos económicos **4**, 10 ss.
- Empresas estatales **4**, 17 ss.
- Empresas privadas **4**, 61 ss.
- Estados **4**, 10 ss.
- Organizaciones internacionales **4**, 20 ss.
- Privados **1**, 14, 15.
- Suramérica de Aleaciones Laminadas, C.A. v. United States **10**, 106.
- Sustainable development **8**, 9 ss.
- Tabaco indonesio, disputa (OLG Bremen) **20**, 18, 19.
- Tarifas, fijación (transporte aéreo) **14**, 15.
- Tariffs only – máxima **10**, 50.
- Tatar v. Romania* **8**, 13.
- Tecmed v. Mexico **20**, 6; **23**, 15, 22.
- Tecnología genética **6**, 2, 8, 2, 3, 20; **10**, 92.
- Telecomunicaciones **14**, 40 ss.
- Reglamento Internacional de Telecomunicaciones (1988) **14**, 40.
- y derecho de la Unión Europea **14**, 41, 42.
- Unión Internacional de Telecomunicaciones **4**, 13; **14**, 40.
- Unión Telegráfica Internacional (1865) **14**, 40
- y el Derecho comunitario **11**, 34 ss.
- Televisión vía satélite **14**, 44.
- Teoría de la constitución (v. Sociedades, Derecho internacional de)
- Teoría de la sede real (v. Sociedades, Derecho internacional de)
- Teoría del desdoblamiento, en expropiaciones de derechos sociales **20**, 24 ss.
- Teoría económica, liberal **4**, 8.
- Territorialidad, del Derecho **3**, 42.
- Tipos de cambio **3**, 7; **4**, 24.
- Fijos **24**, 2.
- Flexibles **24**, 2.
- Flexibles por niveles **24**, 2.
- Trabajadores, Seguridad Social **4**, 29
- Trade Act **10**, 106, 120.
- Trade Policy Mechanism **10**, 13.
- Tráfico económico exterior **1**, 4, 9, 11; **3**, 46, 47.
- Tráfico económico, internacional **1**, 1, 16 (v. también orden económico, internacional)
- Participación de Estados **4**, 13.
- y Derecho económico nacional **3**, 42.
- Tráfico económico, interestatal **3**, 10.
- Tráfico económico, privado **1**, 13.
- Acuerdos internacionales **3**, 55 ss.
- Derecho de contratos, internacional (v. allí)
- Transferencia de derechos soberanos **3**, 21; **6**, 2.
- a la UE **3**, 21; **4**, 33; **6**, 2.
- Transferencia de tecnología **4**, 70, 79 ss.; **8**, 17, 20, 32, 33.
- Biotecnología **4**, 82.
- Régimen de los fondos marinos **4**, 80.
- Transporte internacional **14**, 3 ss.
- aéreo internacional **14**, 15.
- Acuerdos sobre la utilización del espacio aéreo y de los aeropuertos **14**, 13.
- Convenio de Varsovia para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional (1929) **14**, 15.
- Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional realizado por quien no sea el transportista contractual de 1961 (Convenio de Guadaluajara) **14**, 15.
- IATA (v. allí)
- ICAO (v. allí)
- Liberalización en la Comunidad Europea **14**, 9.
- Privado **14**, 14.
- Tarifas **14**, 14.
- de mercaderías (v. Mercaderías, transporte)
- de mercancías peligrosas (v. mercancías peligrosas)
- de personas **14**, 11.
- flete (v. allí)
- marítimo **14**, 16.
- multimodal **14**, 17.
- organizaciones internacionales **14**, 6.
- por ferrocarril **14**, 11.
- Convenio Internacional relativo a los Transportes Internacionales por Ferrocarril (COTIF) **14**, 11.
- Reglas uniformes relativas al contrato de transporte internacional de viajeros y equipajes por ferrocarril (CIV) **14**, 11.
- por carretera **14**, 12.
- y Derecho comunitario europeo **14**, 7.

- Transporte multimodal **14**, 16.
 Transporte terrestre, Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (1956) (CMR) **14**, 12.
 Transportista **14**, 5, 12, 15.
 – Aéreo **14**, 15.
 Transposición de Directivas comunitarias **3**, 29.
 Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos **12**, 28.
 Tratado de Libre Comercio de América del Norte (v. NAFTA)
 Tratado de Lisboa (v. Unión Europea)
 Tratado de Maastricht (Unión Europea) **5**, 5, 11.
 Tratado de Niza **3**, 26.
 Tratados de amistad, comercio y navegación **3**, 14; **23**, 7.
 – Alemán-estadounidense (1954) **16**, 14.
 – Ítalo-americano **23**, 7.
 – y protección de las inversiones **6**, 25; **23**, 7.
 Trato de nación más favorecida **3**, 7, 14.
 – en Convenios para la protección de las inversiones **23**, 20.
 – en GATS **10**, 97
 – en GATT **10**, 31, 33 ss.
 – en TRIPS **15**, 7.
 – y países en vías de desarrollo **10**, 36.
 Trato nacional
 – Derecho de extranjería **6**, 24.
 – GATS **10**, 97.
 – GATT **10**, 43 ss.
 – Protección de la propiedad intelectual **15**, 2.
 – Protección de inversiones **23**, 19.
 Tríada, competencia en la **12**, 27.
 Tribunal europeo de derechos humanos **4**, 14; **7**, 15, 17; **17**, 2.
 Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) **3**, 20, 21, 24, 29; **4**, 41 ss.;
 Tribunal Permanente de Justicia **2**, 57.
 TRIMS **10**, 10, 27.
 Trinidad Cement Ltd. v. Caribbean Company **12**, 40.
 TRIPS **10**, 10, 26, 104; **15**, 7 ss.
 Túnel del canal de la Mancha **22**, 11.
 Tutela judicial efectiva **7**, 6.
 Überseering – Asunto (TJUE) **16**, 8.
 Ultra vires – doctrina **16**, 2.
Umbrella clause **23**, 13.
 UNCITRAL (CNUDMI) **4**, 9 ss., 30.
 – Reglamento de arbitraje **6**, 6, 7.
 UNCTAD **4**, 23.
 – Código de conducta **4**, 70, 79.
 Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes **10**, 11.
 UNESCO **10**, 127.
 – Convención para la protección y el fomento de la diversidad de expresiones culturales **10**, 127.
 UNIDO (v. Organización de las Naciones Unidas para el desarrollo industrial)
 Unificación jurídica **1**, 12; **3**, 35, 36, 42.
 – del Derecho de compraventa (v. compraventa)
 – del Derecho material **3**, 57 (v. también Derecho uniforme)
 – por la Unión Europea **3**, 36; **5**, 7; 13, 5 ss.; **14**, 16, 18.
 Unión aduanera **4**, 33; **12**, 1.
 – Unión Europea **5**, 2, 21.
 – y GATT **10**, 35; **12**, 3.
 Unión de París **15**, 2.
 Unión Europea **3**, 20 ss.; **4**, 34 ss.; **12**, 8 ss.
 – Acuerdos de cooperación **14**, 2.
 – Competencia en política comercial **1**, 4.
 – Competencia para la armonización jurídica **5**, 7; **8**, 3, 26.
 – Derecho de la competencia **17**, 9 ss.
 – Directivas **3**, 29.
 – Estructura institucional **4**, 35 ss.
 – Libertad de establecimiento **16**, 6 ss.
 – Libre circulación de mercancías **12**, 8 ss. (v. también allí)
 – Libre prestación de servicios **12**, 16 ss. (v. también allí)
 – Mercado común **5**, 1 ss.
 – Política comercial común **5**, 21 ss.
 – Política común de transporte **14**, 8 ss.
 – Política en materia de protección del medio ambiente **8**, 3 ss., 26 ss.
 – Principio de no discriminación **5**, 8.
 – Relaciones con la OMC **10**, 18.
 – Tratados de asociación económica **3**, 33; **4**, 7; **10**, 40.
 – UE y embargo comercial **3**, 47. – UE y Espacio Económico Europeo **12**, 19 ss.
 – UE y GATT **10**, 4, 18, 87, 88; **92**, 101 ss.

- Unión económica y monetaria **5**, 9 ss.
 - Banco Central Europeo **25**, 4
 - Criterios de convergencia **5**, 13 ss.
 - Pacto de estabilidad y crecimiento **5**, 16.
 - Sistema europeo de bancos centrales **25**, 4 ss.
 - Sistema monetario europeo **5**, 10.
- Unión Europea, Derecho de la **1**, 1, 12; **3**, 13, 20 ss.
- Acuerdos internacionales **3**, 32.
- Derecho de sociedades **16**, 18 ss.
- Derecho de la competencia **3**, 63; **17**, 2 ss.
- Derecho del medio ambiente **8**, 3, 26
- Derecho primario **3**, 34 ss.
- Derecho secundario **3**, 21, 27 ss., 30, 34, 35.
- Directivas **3**, 29, 30. (v. también allí)
- Efecto directo **3**, 21, 22, 27 ss.
- Ejecución administrativa **5**, 25 ss.
- Estándar de protección de derechos fundamentales **3**, 25.
- Interpretación **5**, 9.
- Primacía **3**, 21, 22.
- Principios generales del Derecho **3**, 25.
- Protección de la propiedad **20**, 2.
- Reglamentos **3**, 28, 29. (v. también allí)
- Unión Monetaria (v. también allí)
- Vigilancia de la libre competencia **4**, 9; **5**, 22; **17**, 2.
- y EEE **9**, 20.
- y protección de la propiedad industrial **15**, 4, 5, 8, 9.
- y monopolio estatal **3**, 17 ss.
- Uniones monetarias regionales **25**, 10.
- Unión Postal Universal **4**, 30; **14**, 38, 40.
- Unión Telegráfica Internacional (UIT) **3**, 30; **11**, 33.
- Uniones aduaneras **3**, 33; **9**, 1.
 - UE **5**, 15, 21 (v. también allí)
 - y GATT **7**, 23; **9**, 3.
- US-GAAP **16**, 27.
- Usos comerciales internacionales **3**, 38, 41; **4**, 8; **13**, 3 (v. también *lex mercatoria*)
- van Parys* – Asunto (TJUE) **10**, 103
- Vattenfall* – Asunto **23**, 26.
- Vecindad, Derecho internacional de **8**, 5 ss.
 - y daños al medio ambiente **8**, 5.
 - y desarrollo sostenible **8**, 9 ss.
- Venire contra *factum proprium* **3**, 16.
- Visby – Rules **14**, 16.
- Volkswagen – Asunto **9**, 31.
- Voluntary export restraints **10**, 73.
- Waiver **10**, 16; **15**, 12.
- Waiver clause (GATT) **10**, 37, 38, 83.
- Wiwa v. Shell – Asunto **4**, 74.
- World Duty Free Co. Ltd. v. Kenia – Asunto **6**, 5.
- World Trade Organization (v. Organización mundial del comercio)
- Yukos Universal Ltd. v. Russia **23**, 10.
- Zellstoff – Asunto (TJUE) **3**, 64.
- Zonas de libre comercio **3**, 13; **4**, 33 ss.; **12**, 1 ss.
 - Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos (v. allí).
 - Asociación de integración latinoamericana **12**, 33, 34.
 - Comunidad Caribeña **12**, 2.
 - EFTA (v. Asociación Europea de Libre Comercio)
 - Zona europea de libre comercio (v. Espacio Económico Europeo)
 - Pacto andino (v. allí)
 - Reglas de origen **12**, 2.
 - Tratado de Libre Comercio de América del Norte (v. NAFTA)
 - y GATT **10**, 35; **12**, 3.

Este libro fue compuesto en caracteres Adobe Caslon Pro
10.5 puntos, impreso sobre papel propal de 70 gramos y
encuadernado con método Hot Melt, en el mes de diciembre
de 2012, Bogotá, D. C., Colombia
Xpress. Estudio Gráfico y Digital S.A.