

Trabajo recibido 23 de septiembre de 2015 y aprobado el 12 de julio de 2016

Barreras jurídicas a la inversión extranjera en la "Alianza del Pacífico": convergencia de obligaciones internacionales*

LEGAL BARRIERS TO THE FOREIGN INVESTMENT ON THE "PACIFIC ALLIANCE": CONFLICTS OF INTERNATIONAL LAW

SILVANA INSIGNARES CERA**

RESUMEN

La inversión extranjera es uno de los principales asuntos regulados dentro del proceso de integración profunda denominado "Alianza del Pacífico", por medio del Protocolo Adicional del Tratado Constitutivo el cual no posee la entidad de derecho de la integración, sino de derecho internacional. No obstante ello, los países que conforman la Alianza tienen suscritos una serie de tratados internacionales conocidos como "Acuerdos Bilaterales de Inversión" por medio de los cuales regulan los principales aspectos de la inversión extranjera en su suelo, y que generan convergencias con la regulación de la inversión extranjera realizada en la Alianza, lo cual se constituye como una barrera jurídica para facilitar el incremento de la misma.

ABSTRACT

The foreign investment is one of the principal topics regulated on the process of integration denominated "Pacific Alliance" that in the Additional Protocol to the Constitutive Treaty sets regulations to it, which has the character of the international law. However, the States that conform the "Alliance" have signed a number of International Treaties, known as "Bilateral International Agreements" that regulate the principal aspects of the foreign investment in their territories and generate conflict with the regulation of the "Alliance" and constituting a barrier to allow the increase it.

* El presente paper es un avance del proyecto de investigación del Observatorio del Comercio Internacional de la Universidad del Norte, el cual hace parte del área estratégica institucional en comercio internacional. <http://www.uninorte.edu.co/web/obci>

** Doctora en Derecho de la Universidad de Valencia (España), Maestría en Gestión del Comercio Internacional de la misma universidad. Especialista en procesos de integración regional de la Unión Europea y Latinoamérica de la Universidad Carlos III de Madrid. Coordinadora del Área Estratégica en Comercio e Integración, Directora del Departamento de Ciencia Política y Relaciones Internacionales, profesora investigadora de la División de Derecho, Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad del Norte (Colombia) y miembro del Grupo de Investigación en Derecho y Ciencia Política (GIDCEP) de la misma universidad. Miembro fundador de la Red Internacional de Centros Universitarios y de Investigación Expertos en Procesos de Integración (INTEGRANET). insignares@uninorte.edu.co.

PALABRAS CLAVES

Inversión extranjera, Alianza del Pacífico, convergencia de obligaciones internacionales.

KEYS WORDS

Foreign investment, Pacific Alliance, conflict of international law.

1. Introducción

El Preámbulo del Tratado de Paranal, suscrito el 6 de junio de 2012 establece que la Alianza del Pacífico se constituye como un espacio de concertación y convergencia que busca fomentar el regionalismo abierto creando un área de integración regional. De forma que la iniciativa se proyecta como algo que va más allá de un acuerdo de libre comercio en procura de integrar las economías de los países miembros de la Alianza a través de la liberalización de bienes, servicios, mano de obra y capital¹. De esta forma, la Alianza nace de la necesidad de conformar un espacio económico real, con mayor proyección a las propuestas de integración existentes, materializadas en la Cumbre de Lima para la Integración Profunda, celebrada el 29 de abril 2011, y que se plasmó en la Cumbre del Pacífico, celebrada el 6 de junio de 2012 en Antofagasta (Chile), mediante la cual se firmó el Acta de Constitución oficial del bloque de países².

Así las cosas, se observa que en el Acta de Constitución de la Alianza se consagra su carácter liberal y económico, en cuanto los estados convienen en acogerse al apoyo de los organismos multilaterales de carácter internacional como el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), el Banco Mundial (BM), y la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), que en principio la apartarían de los lineamientos establecidos en otros procesos de integración suramericanos como la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA), y el Banco del Sur (BS). Adicionalmente, se estableció el respeto por los procesos de integración a los que pertenezcan los miembros, así como a los Tratados de Libre Comercio suscritos por los países miembros de la Alianza, lo cual sin duda fue una estrategia para facilitar el ingreso de Chile y México, quienes dentro de su política exterior a nivel comercial privilegian la celebración de acuerdos comerciales por encima del ingreso a alguno, o algunos, de los procesos de integración latinoamericanos vigentes.

De esta manera, podemos llegar a afirmar que el proceso de creación de la Alianza se orienta a constituir un fuerte bloque que involucre más países de la región latinoamericana, encaminados al establecimiento de un mercado común,

¹ SÁNCHEZ (2012), p. 706.

² TREMOLADA (2013a), p. 202.

que además estén dirigidas a la constitución de unas áreas de políticas comunes, entre las que se pueden destacar, políticas migratorias, para la libre circulación de personas; sin olvidar que el eje mismo de la concertación de los países que hacen parte de la Alianza es la economía y el comercio internacional³. Así pues, se busca consolidar la segunda fase del regionalismo latinoamericano, inscrito en los procesos de apertura económica mundial y en la estrategia que busca que las naciones de la región pudieran reinsertarse al sistema mundial. Al punto, que ha sido el cambio de la política exterior mexicana, la cual privilegia el ámbito económico-comercial, que le ha permitido a este estado tomar el liderazgo de la constitución de la Alianza⁴.

Por tanto, se puede establecer desde la teoría de la integración que la Alianza del Pacífico se presenta como una economía abierta fundamentada en los acuerdos económicos, comerciales y de integración vigentes en los países a nivel bilateral, regional y multilateral, con proyección hacia la región Asia Pacífico, es decir, como un foro multilateral de cooperación⁵, lo cual puede llegar a sugerir que la Alianza tiene como uno de sus objetivos fundamentales garantizar autonomía a las políticas comerciales estatales, con el fin que cada país miembro de la Alianza pueda celebrar acuerdos de libre comercio, en especial con países desarrollados⁶.

Así mismo se observa que la Alianza Pacífico incluye tres estados suramericanos y un estado centroamericano, posición excepcionalísima frente los demás procesos de integración que en la actualidad se presentan en Latinoamérica. Conforme lo cual se puede establecer que antes de la conformación de la Alianza del Pacífico cada uno de los países miembros pertenecía o hacía parte de otros procesos de integración entre los que podemos mencionar: la Comunidad Andina de Naciones (CAN), a la que pertenecen Perú y Colombia; la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), al cual está vinculado Chile, como País Observador, al igual que al Mercado Común del Sur (Mercosur); y la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC) y el Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA), al que actualmente está adscrito México, evidenciándose uno de los retos que debe afrontar la Alianza, ya que en palabras de Malamud, esta coexistencia o convergencia de afiliaciones a distintos procesos de integración, le genera a la Alianza del Pacífico la convergencia de las integraciones ya existentes y por consiguiente de normativa

³ MALAMUD (2012), p. 46.

⁴ MORALES y ALMONTE (2012), p. 125.

⁵ TREMOLADA (2014b), p. 155.

⁶ SÁNCHEZ (2012), p. 706.

internacional en la regulación de ciertos asuntos y materia que podrían llegar a tener una “doble” regulación⁷.

La Alianza del Pacífico pretende consolidarse como un verdadero proceso de integración, bajo este supuesto, está cobijada actualmente por un fuerte componente intergubernamental, enmarcado por la conformación de sus instituciones. De la misma manera, la construcción del mismo se deriva de celebración de un instrumento internacional como es el caso de los tratados constitutivos a quienes se les aplica la normatividad internacional, consagrada en la Convención de Viena para la celebración de Tratados Internacionales entre Estados de 1969.

Ahora bien, desde una perspectiva jurídica, si se analiza la naturaleza jurídica de la normativa que al interior de la Alianza del Pacífico se ha establecido, podemos afirmar que la misma pertenece al derecho internacional, supeditado a las reglas de derecho internacional público, ya que dicha normativa no se da en el seno de una organización internacional de carácter supranacional que nos permita afirmar que la misma conforma derecho comunitario o de la integración con las características que este reúne⁸. Ello nos lleva a inferir que la normativa de la Alianza a diferencia de los otros procesos de integración latinoamericanos, no posee carácter preferente frente a la demás normativa internacional, lo cual significa que se ubica en el mismo contexto que cualquier otro tratado internacional.

Desde esta visión, se observa que no obstante existir en el contexto latinoamericano una multiplicidad de procesos de integración, con naturaleza jurídica y características diferentes. Hay un elemento común regulado en las mismas, el cual es la inversión extranjera, que ha estado enmarcada para la mayoría de países latinoamericanos por las políticas implementadas desde el Consenso de Washington⁹, y dependiendo de la implementación en un país de las políticas neoliberales, pues han identificado los estados que a partir del establecimiento de la inversión extranjera se genera un mayor grado de competencia de empresas

⁷ MALAMUD (2012), p. 46.

⁸ Al respecto cabe señalarse que el derecho comunitario, el cual deviene de una organización internacional supranacional se integra de pleno derecho en el orden interno de los países miembros, sin necesitar de ninguna fórmula especial de introducción, de manera que, las normas comunitarias ocupan su lugar en el orden jurídico interno en calidad de derecho comunitario. Los jueces nacionales tienen la obligación de aplicar el Derecho comunitario, regida por los siguientes principios: (i) efecto directo; (ii) primacía; y (iii) aplicación inmediata. INSIGNARES (2015c), p. 185.

⁹ El Consenso de Washington surgió en 1989 a fin de procurar un modelo más estable, abierto y liberalizado para los países de América Latina. Se trata, sobre todo, de encontrar soluciones al problema de la deuda externa que atenaza el desarrollo económico de la zona latinoamericana y, al mismo tiempo, establecer un ambiente de transparencia y estabilidad económica. VILAS (2000), p. 26.

extranjeras, lo cual genera incentivos para que las empresas locales optimicen sus procesos de producción y aumenten su eficiencia. De tal de forma, que la llegada de empresas exportadoras contribuye a abrir nuevos mercados para los demás agentes de la industria local; así como también, la inversión extranjera, a través de la creación de nuevas empresas, permite obtener mayores opciones de consecución de recursos en el mercado financiero internacional, lo cual contribuye a eliminar las restricciones crediticias del mercado local¹⁰.

Bajo esta visión, la regulación de la inversión extranjera se fija como una medida para el desarrollo de las economías latinoamericanas, en la medida que representa una *estrategia que incentive el fortalecimiento de la competitividad en América Latina pasa por plasmar una política proactiva, tanto en términos de definir objetivos nacionales como de implementar políticas específicas para alcanzarlos*¹¹, la cual ha sido uno de los temas discutidos y regulados dentro de la Alianza del Pacífico. De manera que si analizamos las fases por las cuales ha pasado la misma desde su constitución en el año 2011 hasta la fecha, podemos identificar que de una regulación tímida de la inversión extranjera se ha pasado a una regulación integral en el marco de la Alianza, realizada por el Anexo no. 10 del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco para su constitución.

Esta regulación de la inversión extranjera por parte de la Alianza del Pacífico se presenta de forma paralela y concomitante con la normativa establecida por los demás procesos de integración latinoamericano, y además por los Acuerdos Bilaterales de Inversión (en adelante BIT, por sus siglas en inglés) suscritos por los países miembros de la Alianza y terceros estados, y que tienen el carácter de derecho internacional, toda vez que al existir una multiplicidad de obligaciones internacionales, pueden hallarse convergencias entre la misma, que se traduzcan en una barrera jurídica para el incremento de la inversión extranjera al interior de la Alianza del Pacífico.

En este contexto, si la Alianza del Pacífico realmente quiere lograr un aprovechamiento máximo de la inversión extranjera, tanto intrazona, es decir, al interior de los países miembros, como extrazona, con el objetivo de captar recursos para inversión de los estados de la Región Asia Pacífico, debe garantizar entre otros, una eliminación de la barrera jurídicas que faciliten la configuración de una armonización de los requisitos para la recepción de inversión extranjera al interior de los países miembros. Lo cual desde nuestra perspectiva se garantiza no solo con el establecimiento del Grupo Técnico de Trabajo en materia de inversión extranjera, que estudie las posibilidades jurídicas para garantizar dicha armonización, sino también con el gran reto de delinear una normativa

¹⁰ MORTIMORE y otros (2001), p. 35.

¹¹ MORTIMORE y otros (2001), p. 37.

dentro de la organización internacional que permita regular el tema de inversión extranjera, sin que ello signifique una “doble” regulación internacional de la materia, es decir, que no se encuentre de una parte disposiciones internacionales contenidas en los BIT, y por otra una regulación que a nivel de organización internacional realice la Alianza del Pacífico, y que pueda afectar la regulación establecida en los BIT.

Desde esta perspectiva, al ser el derecho establecido en la Alianza del Pacífico derecho internacional ordinario, sin las prerrogativas propios del derecho comunitario y de la integración, y las normas de los BIT tener la misma naturaleza, podría presentarse una convergencia entre obligaciones internacionales, que en vez de facilitar el movimiento e incremento de la inversión extranjera en los países miembros de la Alianza, dificulte el desarrollo de la misma, y llegue incluso a generar responsabilidad internacional de los estados por desconocer alguna de la normativa.

Conforme a ello, el objetivo del presente documento es presentar la convergencia de obligaciones internacionales en cuanto la regulación de la inversión extranjera como una barrera jurídica para facilitar el incremento de la misma, específicamente para el caso de la Alianza del Pacífico y los países miembros de la misma. Para lograr dicho propósito, nos permitimos presentar en primer lugar los lineamientos, inconvenientes y retos de la inversión extranjera en la Alianza del Pacífico con el objetivo de identificar el estado jurídico y económico actual de la inversión extranjera en el marco de la implementación de la Alianza; seguidamente se abordará el estudio de las barreras jurídicas identificadas en la Alianza del Pacífico para facilitar el incremento de la inversión extranjera, delineando y agrupando las mismas en barreras constitucionales, legales, reglamentarias y convergencia de obligaciones internacionales; finalmente, se expondrán las convergencias internacionales como la principal barrera jurídica que presenta la Alianza del Pacífico para el incremento de la inversión extranjera, y la forma como desde nuestra perspectiva debería ser abordada por el Grupo Técnico de Trabajo creado por la misma para su tratamiento.

2. Lineamientos, inconvenientes y retos de la Alianza del Pacífico en materia de inversión extranjera en la Alianza del Pacífico

Para realizar un análisis sobre los lineamiento de la Alianza del Pacífico en materia de inversión extranjera, se hace necesario comprender el funcionamiento organizacional de la misma, el cual se encuentra establecido en el Acuerdo Marco para la constitución de esta, y desarrollado en las Cumbres subsiguientes a la IV Cumbre o de Lima en 2011, donde se estableció el organigrama general de funcionamiento de la Alianza, haciéndose imprescindible estudiar en primer lugar la naturaleza de la misma, para comprender su funcionamiento interno.

En este sentido, encontramos que frente a la naturaleza jurídica de la Alianza, el artículo 1 del Acuerdo Marco prevé la Alianza como un área de integración regional, al disponer: “*Las Partes constituyen la Alianza del Pacífico como un área de integración regional*”. Lo cual sugiere que la Alianza es un bloque económico, toda vez que la iniciativa es liderar el proceso de creación y concreción de un mercado común, entre los países miembros. Conforme lo cual, inicialmente no se perfila la Alianza, como la constitución de un bloque económico de carácter supranacional, puesto que si bien el objetivo de la misma, es la constitución de un bloque económico, podemos determinar que en la actualidad se está en un fase de integración a partir de la cooperación en distintos campos, derivado de su fuerte componente intergubernamental¹².

Esta situación, en principio, sería un obstáculo tanto para la generación de un cuerpo normativo al interior de la Alianza, como en la posible armonización de ciertas temáticas como sería la inversión extranjera en la Alianza, así como en el manejo de la misma entre los miembros o frente a terceros. En tal caso, políticamente podría ser mucho más fácil generar propuestas de armonización de normas frente al manejo y tratamiento de la inversión extranjera, sin que los países miembros sientan vulnerados su ejercicio soberano.

Sin embargo, si se observa con detenimiento el artículo 6° del Acuerdo Marco, el cual establece: “*Las Decisiones del Consejo de Ministros y otros acuerdos adoptados en el marco de la Alianza del Pacífico, en desarrollo del presente Acuerdo Marco, serán parte integrante del ordenamiento de la Alianza del Pacífico*”, parece que sugiriera la constitución de un ordenamiento propio, que puede significar un inicio de supranacionalidad. Intención, que podemos ver ratificada con la manifestación del deseo de constituir un Parlamento, tal cual como fue la voluntad expresada por los países miembros, en la reunión que sostuvieron en la ciudad de Bogotá el día 6 de mayo de 2013. Sin embargo, el camino no sería nada fácil, pues se necesitan instituciones supranacionales para generar un cuerpo normativo vinculante y eficaz.

Organizacionalmente la Alianza del Pacífico posee una Presidencia Pro Tempore la cual se encuentra consagrada en el artículo 7 del Acuerdo Marco, y que determina será un cargo de naturaleza rotativo para cada una de las partes bajo la aplicación del criterio del orden alfabético de los países, con duración de un año contado a partir del mes de enero de entrada en vigencia del Acuerdo. Así mismo se encuentra el Grupo de Alto Nivel (GAN), integrado por los viceministros de Relaciones Exteriores y de Comercio Exterior de los países miembros, se encarga de supervisar los avances de los grupos técnicos, evaluar nuevas áreas en las cuales se pueda seguir avanzado y preparar propuestas para

¹² INSIGNARES (2011a), p. 133.

la proyección y relacionamiento externo con otros organismos o grupos regionales. Este sería un órgano clave, para gestar la armonización de las políticas de inversión extranjera. También se prevé la existencia de estados observadores, tal y como se encontraba establecido desde la Cumbre de Lima, conforme lo establecido en el artículo 10 del Acuerdo Marco, el cual a su vez define las condiciones que debe reunir el estado aspirante para ser miembro de la Alianza.

Por otra parte, encontramos las Cumbres, las cuales constituyen la instancia mediante la cual consolidan las propuestas a desarrollar por parte de los países miembros, en la que los diferentes presidentes definen los lineamientos generales del bloque económico, y fijan los parámetros sobre los cuales deben cimentarse los Consejos de Ministros, apuntando hacia donde deben ser sus decisiones, con el fin de concretizar los objetivos de la Alianza. En otras palabras, a través de las diferentes Cumbres se han consolidado un marco jurídico sobre los principales lineamientos que orientan la Alianza, entre los cuales se encuentra el capítulo de inversiones.

Dentro del organigrama institucional también está el Consejo de Ministros, integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores y de Comercio Exterior de los países miembros, teniendo como principal función adoptar decisiones para cumplir con los objetivos y acciones específicas de la Alianza del Pacífico, evaluar periódicamente los resultados logrados, aprobar los programas de actividades y definir los lineamientos políticos de este proceso de integración, entre otras atribuciones.

Ahora bien, definida organizacionalmente la Alianza del Pacífico, consideramos necesario y pertinente en aras a establecer la actual regulación de la inversión extranjera al interior de la misma, revisar la cronología de la Alianza, estudiando el proceso de creación de la normativa jurídica de la misma en el cual evidenciamos tres etapas. En la que la primera de ellas se identifica una orientación hacia el fortalecimiento de la Alianza como foro político y económico; la segunda inicia el periodo de especialización hacia el desarrollo de los lineamientos de la Alianza, tal y como sería el caso del (i) movimiento de personas de negocios y facilitación para el tránsito migratorios, incluyendo la cooperación judicial; (ii) comercio e integración, incluyendo facilitación de comercio y cooperación aduanera; (iii) servicios y capitales, incluyendo la posibilidad de integrar bolsa de valores; y (iv) cooperación y mecanismos de solución de controversias. Creándose grupos de trabajo para cada una de estas áreas. Por último, la tercera etapa enfocada hacia el desarrollo y la promoción de la inversión extranjera, entre otros. Sin embargo, frente a la inversión extranjero no se creó un grupo técnico adicional que sirviese de apoyo al seguimiento de los acuerdos suscritos.

Ahora bien, con estas tres etapas definidas, podemos establecer una línea de tiempo de regulación de la inversión extranjera en la Alianza del Pacífico, la cual podemos observar en el siguiente cuadro, donde se establece la cronología del tratamiento de la inversión extranjera en las Cumbres de la Alianza del Pacífico::

DECLARACIÓN	REFERENCIA A INVERSIÓN EXTRANJERA	FASES
De Lima: I Cumbre (28 de abril de 2011).	No menciona expresamente al tema de inversión extranjera.	<u>I FASE:</u> Establecimiento de los objetos y fortalecimiento de la Alianza como escenario político y económico.
De Mérida: II Cumbre (4 de diciembre de 2011).	<i>“La suscripción de memorando de entendimiento que crea el Comité Conjunto Mixto para la promoción del comercio de servicio y la inversión, incluyendo el análisis de las medidas existentes relativas de la inversión extranjera de cada país con base en las características actuales del comercio y la inversión internacionales”.</i>	
III Cumbre, se realizó de manera virtual: No hubo documento público (sin fecha disponible en el Portal Web de la Alianza).	Sin documento público	
De Paranal: IV Cumbre (6 de junio de 2012).	<i>“(…) Motivados por el objetivo de estrechar las relaciones bilaterales, profundizar el intercambio comercial, la cooperación e intensificar los flujos de inversión entre la Alianza del Pacífico y terceros mercados; (…) Respaldamos el amplio plan de trabajo que vienen desarrollando ProExport, ProChile, PromPerú, Proinversión y ProMéxico desde abril de 2011, orientado a promover la presencia de bienes y servicios de los países de la Alianza del Pacífico en los mercados internacionales, la promoción de las inversiones extranjeras, aumentar el intercambio comercial entre los países y la instalación de representaciones de promoción conjunta para llegar a nuevos mercados”.</i>	<u>II FASE:</u> Período de especialización hacia el desarrollo de los lineamientos de la Alianza, tal y como sería el caso del (i) movimiento de personas de negocios y facilitación para el tránsito migratorios, incluyendo la cooperación judicial; (ii) comercio e integración, incluyendo facilitación de comercio y cooperación aduanera; (iii) servicios y capitales, incluyendo la posibilidad de integrar bolas de valores; y (iv) cooperación y mecanismos de solución de controversias
De Cádiz: V Cumbre (17 de noviembre de 2012)	<i>“3. Respecto a Servicios y Capitales, acogen con satisfacción la puesta en marcha del Comité Público-Privado creado en el marco del Grupo de Trabajo respectivo, el que trabajará en una estrategia que facilite el aprovechamiento por parte de los empresarios, de los capítulos de inversión y de servicios contenidos en los Tratados de Libre Comercio y Acuerdos Bilaterales de Inversión de los países de la Alianza del Pacífico.</i>	

DECLARACIÓN	REFERENCIA A INVERSIÓN EXTRANJERA	FASES
	<p><i>Asimismo, exhortaron a que el acuerdo sobre Comercio Electrónico se incorpore al ordenamiento jurídico de la Alianza del Pacífico en el más breve plazo. A efectos de continuar materializando resultados en los trabajos del Grupo, los Presidentes destacaron: a) El inicio de las negociaciones para un Acuerdo de Inversión y de un Acuerdo sobre Comercio Transfronterizo de Servicios, incluyendo servicios financieros que contengan disposiciones nuevas o complementarias que agreguen valor a los acuerdos pre-existentes entre los países de la Alianza del Pacífico”.</i></p>	
<p>Declaración de Santiago: VI Cumbre (26 de enero de 2013).</p>	<p><i>“De esta forma, y como reflejo del compromiso de los gobiernos de Chile, Colombia, México y Perú con la Alianza del Pacífico, durante la primera mitad del presente año, habrán culminado las negociaciones en un conjunto de áreas y disciplinas que profundizan los acuerdos bilaterales existentes entre nuestros países. Esto incluye Acceso a Mercado para el Comercio de Bienes; el Régimen de Origen; Medidas Sanitarias y Fitosanitarias; Obstáculos Técnicos al Comercio; Facilitación de Comercio y Cooperación Aduanera; Servicios (incluyendo Servicios Financieros, Transporte Marítimo, Telecomunicaciones, Servicios Aéreos y Servicios Profesionales); Inversiones, y Compras Públicas. A su vez, destacaron la importancia de continuar con los trabajos exploratorios en otras materias tales como Propiedad Intelectual y Mejora Regulatoria”.</i></p>	
<p>Declaración de Cali: VII Cumbre (23 de mayo de 2013).</p>	<p><i>Concluir la negociación de un Capítulo de Inversión que mejore los estándares de protección a las inversiones previstos en los acuerdos bilaterales previos, que establezca disposiciones complementarias a los mismos y que refleje las mejores prácticas de los países con respecto al mecanismo de solución de controversias inversionista – Estado. Continuar con las actividades programadas.</i></p>	

DECLARACIÓN	REFERENCIA A INVERSIÓN EXTRANJERA	FASES
<p>Declaración de Cartagena, aprobada en la VIII Cumbre (10 de febrero de 2014).</p>	<p><i>“Para responder a las nuevas dinámicas globales, la integración profunda debe abarcar áreas como la energía y las telecomunicaciones. Estando la innovación en el centro de la economía mundial, se deben incentivar y promover políticas en la materia, así como compartir experiencias exitosas. De igual forma, nuestra diversidad cultural, en muchos casos celebrada como patrimonio mundial, es una oportunidad para aunar esfuerzos y promover las expresiones artísticas y culturales de nuestros pueblos. En el corto plazo instruimos:</i></p> <p><i>4. Elaborar e implementar, en el marco de las Agencias de Promoción, un plan de trabajo para el año 2014, que potencie los logros del año 2013 e incentive las exportaciones, la atracción de inversión extranjera directa y el turismo hacia los países miembros de la Alianza del Pacífico, en coordinación con las autoridades competentes de cada país, según corresponda. De igual forma, elaborar un plan de trabajo para incentivar el emprendimiento, tanto en los países Miembros, como con los Estados Observadores. Dicho plan deberá ser presentado en el primer semestre de 2014, e incluirá aspectos como investigación, desarrollo y fomento al mayor valor agregado en nuestras exportaciones.</i></p> <p>Además de ello en esta cumbre se emplea un Capítulo completo del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de Constitución de la Alianza, denominado “Inversión”, el cual representa un gran avance en materia de regulación de la inversión extranjera al interior de la Alianza”.</p>	<p><u>III FASE:</u> Establecimiento de un cuerpo normativo, regulando, entre otros asuntos, la inversión extranjera directa.</p>
<p>Declaración de Veracruz</p>	<p>No mención expresa al tema de inversión extranjera.</p>	

Conforme lo anterior, se puede evidenciar que el tratamiento al interior de la Alianza del Pacífico, frente a la inversión extranjera ha sido paulatino y progresivo, caracterizado por encontrarse regulado en su totalidad por el Capítulo 10 del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco para la constitución de la misma, y del cual se puede afirmar que conserva un manejo proteccionista frente al tratamiento que le den las instituciones financieras de cada estado a la inversión. En este sentido, sujeta a las inversiones y a su reglamentación a una posición jerárquica inferior que a las otras materias reguladas en el Protocolo, lo cual se evidencia en el artículo 10.3 sobre incompatibilidad con otro capítulo, frente a lo cual le otorgó prevalencia a otro capítulo del Protocolo frente al de inversiones.

Ahora bien, para el caso específico de solución de controversias entre una parte y el inversionista de otra parte, se someterá a las reglas de arbitraje contempladas en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). La promoción de inversiones como política pública continúa en cabeza de cada Estado, tal y como lo reafirman en el artículo 10.29, el cual mantiene la promoción de inversiones en los organismos de promoción de cada Estado parte.

En este sentido, a pesar de la naturaleza jurídica actual de la Alianza, en la que se encuentra más en un foro de cooperación¹³ que en un proceso de integración real, la visión política y normativa de la misma tiende hacia la consolidación de un proceso de integración en el que sería necesario determinar las competencias transferidas, compartidas y exclusivas tanto de la Alianza como de los países miembros. En este sentido, se podría analizar el modelo europeo como el proceso de integración de mayor consolidación a nivel mundial, en la medida en que consideraron como fundamental para el fortalecimiento del mercado común europeo, reglamentar el tratamiento de la inversión extranjera. Por tanto, la Unión Europea a través del Tratado de Lisboa, se atribuye como competencia exclusiva la necesidad de reglamentar la inversión extranjera tanto de los países miembros de la Unión como de esta frente a terceros países. En este sentido, la Comisión propone una serie de principios que deberán ser consagrados a través de una recomendación¹⁴. Como puede entenderse en materia

¹³ En este punto, se considera menester colocar de manifiesto la diferencia entre cooperación e integración. Desde esta visión, la cooperación se entiende como el mecanismo mediante el cual se realizan acciones encaminadas a reducir la discriminación comercial entre unidades económicas de países diferentes, sin tener que integrarse totalmente. Por su parte, la integración busca suprimir algunas formas de discriminación en un lugar determinado. INSIGNARES (2013b), p. 124.

¹⁴ Estos principios son: *“(i) criterios para la selección de países socios, que tengan en cuenta las garantías ofrecidas a los inversores europeos (trato justo y predecible, estabilidad política e institucional, potencial económico, etc.) y el grado de cooperación comercial; (ii) tratamiento de los ámbitos relacionados con las inversiones, para cubrir todas las operaciones relacionadas con las adquisiciones o constituciones de empresas (gastos de transferencias de fondos, pagos, derechos de propiedad*

de inversiones internacionales, la Unión Europea intenta cobijar todas las etapas que implica una inversión, las cuales inician desde las negociaciones hasta la recepción de la inversión.

Ahora bien, se ha logrado evidenciar la inversión extranjera es uno de los pilares que pretenden fomentar los estados en el marco del comercio internacional. En este sentido, en Latinoamérica ha sido una de las banderas del modelo de liberalización económica, sin embargo, los fines que persiguen tanto el Estado receptor de la inversión como el inversionista (particular), en algunas ocasiones puede ser distinto. En palabras de García Bolívar, para los inversionistas el enfoque principal se orienta en las ganancias que se puedan obtener en el respectivo mercado, para el estado, los intereses van más allá de una posición lucrativa, para orientarse más a temas de fomento del desarrollo, renta de recursos naturales, promoción de créditos empresariales y fortalecimiento de ayudas internacionales¹⁵.

Tan es así, que algunos organismos internacionales evalúan los grados de inversión extranjera para facilitar créditos y apoyos internacionales a los estados, los grados de inversión también son un elemento de referencia para determinar el nivel de crecimiento de la economía de un Estado. Incluso algunos autores, señalan que las inversiones en regiones como las latinoamericanas donde la tendencia de los estados es proteccionista, permiten que abrir espacios al sector privado nacional e internacional a través de la privatización de la economía y de la inversión extranjera en general¹⁶.

Ciertamente la Cepal definió a partir del regionalismo abierto las razones de conveniencia para fomentar la integración, entre las que se encuentran *"el aprovechamiento de economías de escala, la reducción de las rentas improductivas por falta de competencia, la influencia favorable en las expectativas de inversión nacional y extranjera, la reducción de costos de transacción, los efectos considerables y duraderos que la integración ejerza sobre las tasas de crecimiento de los países participantes, la incorporación del progreso técnico y la articulación productiva, liberalización comercial intrarregional a favor del proceso de especialización intraindustrial que puede inducir una mayor eficiencia y generar externalidades como resultado del empleo de fuerza de*

intelectual, etc.); (iii) normas de protección de las inversiones, sobre todo en lo que respecta al tratamiento equitativo de los inversores, la seguridad jurídica, el principio de proporcionalidad de la acción pública y los derechos de expropiación o la libertad de transferencia de fondos; (iv) IED, por ejemplo, para garantizar la transparencia a y la correcta resolución de conflictos jurídicos; (v) responsabilidad internacional de los Estados, sobre todo, en relación con el pago de compensaciones financieras" INSIGNARES (2015c), p. 198.

¹⁵ GARCÍA BOLÍVAR (2009), p. 13.

¹⁶ GARZA CANOVAS (1991), p. 372.

*trabajo calificada, el fortalecimiento empresarial basado en diversas formas de vinculación con la inversión extranjera y el contacto más estrecho entre proveedores y usuarios; adquisición y difusión de información, capacitación y servicios financieros, elevar la producción y la productividad agrícolas, estabilidad y aumento de la inversión al elevar la eficiencia de la adopción de decisiones en materia de política económica, emprender en forma conjunta proyectos de infraestructura, lograr un modelo de desarrollo que impulse, de manera simultánea, el crecimiento y la equidad*¹⁷.

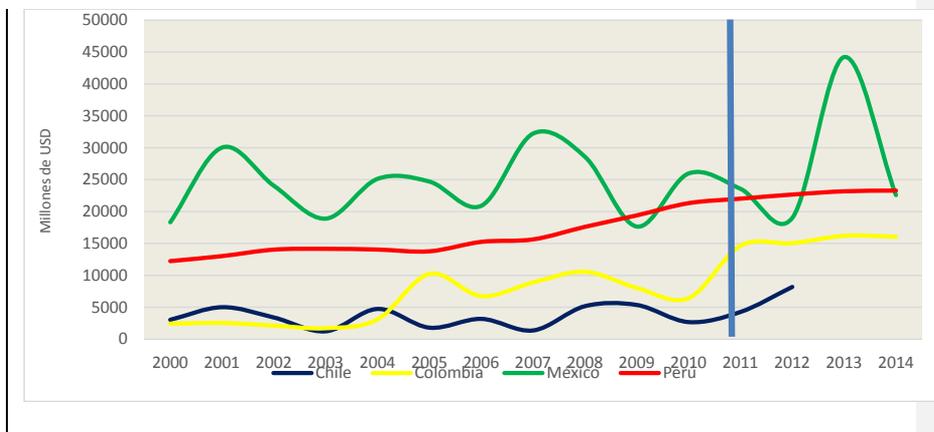
Antes de la constitución de la Alianza del Pacífico los flujos de inversión extranjera en los países del área se caracterizaron por presentar un carácter cíclico, demostrado por las frecuentes variaciones observadas en Chile, Colombia y México. No obstante, Perú es el único caso donde los flujos de inversión extranjera tuvieron un crecimiento sostenido en el tiempo. Para el periodo 2000-2011, el mayor crecimiento anual promedio en los flujos de inversión extranjera se registró en Colombia, motivado principalmente por las mejores condiciones de seguridad, estabilidad jurídica y nuevo marco en las políticas petroleras y mineras, así como la privatización de algunas empresas estatales. En contraste y a pesar de su comportamiento sostenido el crecimiento promedio para Perú fue del 7,5%.

El sector de Minas y Canteras predomina como el principal atrayente de inversión extranjera, salvo en México, donde la industria manufacturera tiene una participación promedio del 43,4% en los flujos de inversión extranjera para el periodo 2000-2011. En esencia, la inversión en este periodo estuvo marcada principalmente por los altos precios en los mercados de bienes básicos y la creciente demanda de *commodities* propiciada por el crecimiento de China e India, dando lugar a un fenómeno de reprimarización de las economías latinoamericanas; en el caso de México la inversión se orientó principalmente a los sectores industrial y financiero.

De esta manera, si se revisa con detenimiento el flujo de capital proveniente de inversión extranjera en los países miembros de la Alianza del Pacífico, podemos evidenciar que desde el año 2011 la misma ha tenido un ascenso, excepto por México la cual en el año 2012 descendió, recuperándose en el año 2013, incrementándose en casi 20.000 Millones de USD, como lo muestra la siguiente gráfica:

¹⁷ INSIGNARES (2015c), p. 129.

Flujo de inversión extranjera directa en los países miembros de la Alianza del Pacífico



Gráfica N° 1: Flujo de la inversión extranjera en los países miembros de la Alianza del Pacífico.
Fuente: Comité de Inversiones Extranjeras (Chile), Banco de la República (Colombia), Secretaría de Economía (México) y Proinversión (Perú). Elaboración propia.

Conforme lo cual, podemos establecer que para el periodo 2012-2014, el crecimiento de la inversión extranjera en los países miembros de la Alianza del Pacífico fue positivo, no obstante que en países como Colombia y Perú el crecimiento de la misma fue inferior al registrado en el periodo 2000-2011, y concretamente para el caso colombiano, la caída del crecimiento fue de un 34% y el Perú de 5%. Sin embargo, derivado del crecimiento exponencial que la inversión extranjera tuvo en México en el año 2013, esta reportó un incremento de 15 puntos porcentuales, como resultado de las reformas implementadas durante el primer año de presidencia de Enrique Peña Nieto, conforme se evidencia en el siguiente gráfico:

Crecimiento promedio flujos de inversión extranjera

Periodo	Chile	Colombia	México	Perú
2000-2011	36.1%	36.7%	9.4%	7.5%
2012-2014	91.9%	3.2%	21.4%	1.9%

Gráfica N° 2: Crecimiento promedio de flujos de inversión extranjera en los países miembros de la Alianza del Pacífico.

Nota: para Chile solo se cuenta con cifras hasta el 2012.

Fuente: Cálculos propios con base en Comité de Inversiones Extranjeras (Chile), Banco de la República (Colombia), Secretaría de Economía (México) y Proinversión (Perú). Elaboración propia.

Ahora bien, en lo que respecta a la estructura de sectores en los cuales se enfoca la inversión extranjera, se reportan cambios. Para el caso de Chile se aumenta la participación del sector de minas y canteras, y el sector de seguros ocupa el segundo lugar; en Colombia la inversión en el sector petrolero se incrementa, y la industria manufacturera gana espacio; en México la industria atrae más recursos, pero los servicios financieros ya no lo hacen como antes; y en Perú, la minería pasa a recibir casi una cuarta parte de los flujos de inversión extranjera, seguido del sector financiero, como se evidencia a continuación:

Sectores con mayor importancia en flujos de inversión extranjera				
País	2000-2011		2012-2014	
Chile	Minería y canteras	31.50%	Minería y canteras	34.70%
	Electricidad, gas y agua	18.40%	Seguros	18.70%
Colombia	Petróleo	26.90%	Petróleo	32.70%
	Minas y canteras	25%	Industria manufacturera	15.80%
México	Industria manufacturera	43.40%	Industria manufacturera	55.10%
	Servicios financieros y de seguros	21.10%	Servicios financieros y de seguros	12.60%
Perú	Comunicaciones	26.50%	Minería	24.30%
	Minería	17%	Finanzas	18.50%

Gráfica N° 3: Sectores con mayor importancia en flujos de inversión extranjera en los países miembros de la Alianza del Pacífico.

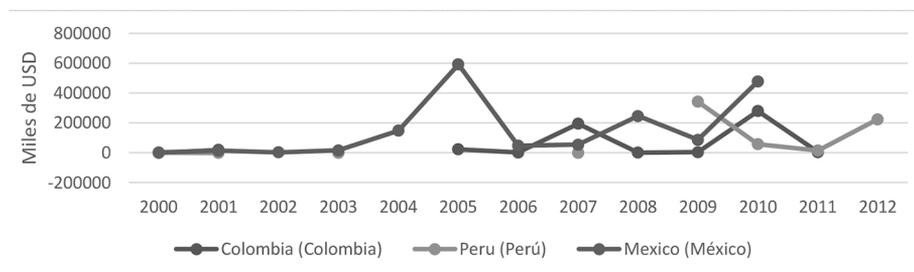
Nota: para Chile solo se cuenta con cifras hasta el 2012.

Fuente: Cálculos propios con base en Comité de Inversiones Extranjeras (Chile), Banco de la República (Colombia), Secretaría de Economía (México) y Proinversión (Perú). Elaboración propia.

Ahora, si se analiza el flujo de capital extranjero en cada uno de los países miembros de la Alianza del Pacífico, bien sea intrazona, o extrazona con un enfoque a los países de la región Asia-Pacífico, se puede establecer que el incremento en los países miembros no ha sido suficiente como para poder determinar un aprovechamiento de la Alianza del Pacífico en la consecución de capital extranjero.

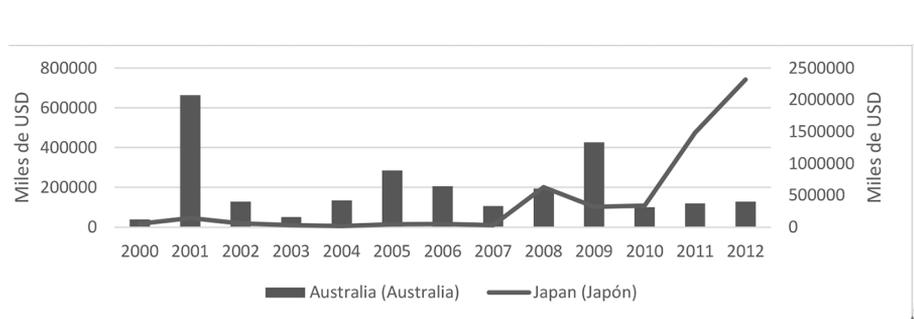
En el caso chileno, el estado de la inversión extranjera al interior de la zona de la Alianza del Pacífico, los flujos de inversión extranjera entrantes a Chile

muestran que México fue el mayor inversor antes de la creación de la Alianza; para el 2010 había invertido 478 millones de dólares. En el 2012, el sector privado peruano invirtió en la economía chilena el equivalente a 224 millones de dólares.



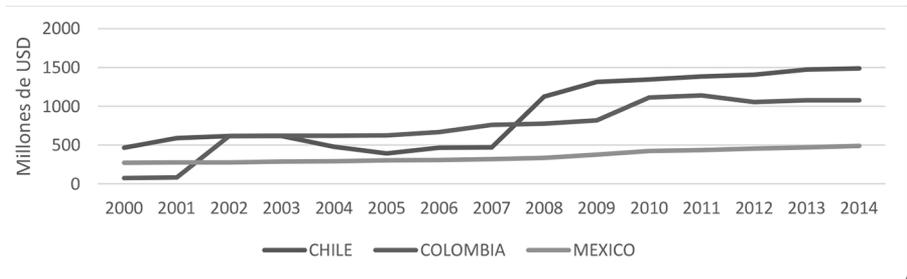
Gráfica N° 4: Inversión extranjera intrazona Alianza del Pacífico en Chile.
Fuente: Comité Central de Inversiones de Chile. Elaboración propia.

Ahora bien, de los países de la cuenca del Asia-Pacífico que han mantenido intereses económicos en la economía chilena han sido Australia y Japón, mientras que la presencia China ha sido más reciente y constante desde el 2009, como se grafica a continuación:

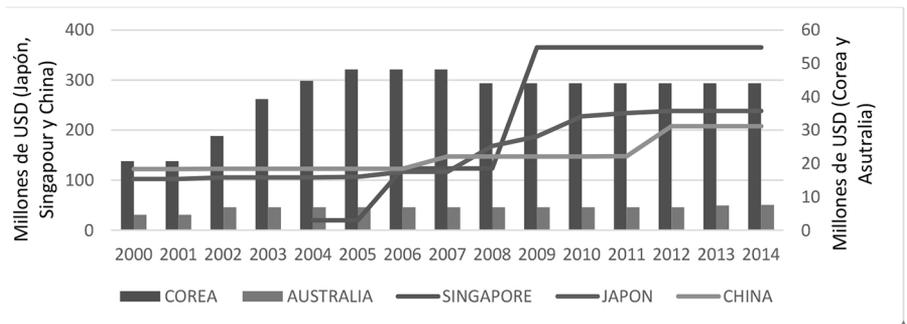


Gráfica N° 5: Inversión extranjera de los países de la Región Asia-Pacífico en Chile.
Fuente: Comité Central de Inversiones de Chile. Elaboración propia.

Por su parte, en el Perú, a partir del 2011 han crecido las inversiones provenientes desde los países integrantes de la Alianza del Pacífico, excepto Colombia; el crecimiento promedio anual de los flujos de IED provenientes de México y Chile entre el 2012 y el 2014 ha sido del 3,8% y 2,4% respectivamente, mientras que las inversiones desde Colombia han caído en promedio un 1,7%. Desde los países del Asia Pacífico, Singapur y Japón han reportado mayores niveles de Inversión en Perú, respecto a China, Corea y Australia.

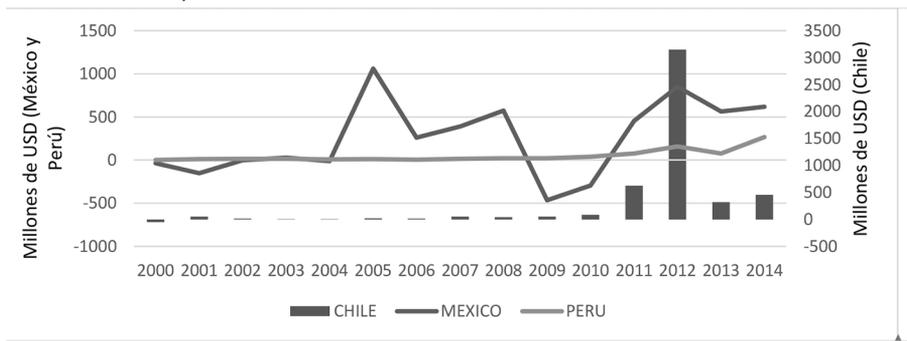


Gráfica N° 6: Inversión extranjera intrazona Alianza del Pacífico en Perú.
Fuente: Proinversión de Perú. Elaboración propia.



Gráfica N° 7: Inversión extranjera de los países de la Región Asia-Pacífico en Perú.
Fuente: Proinversión de Perú. Elaboración propia.

En Colombia, el mayor flujo de inversión de un país de la Alianza se registró en el 2011 cuando los recursos provenientes de Chile alcanzaron los 3149 millones de dólares; comparativamente los flujos provenientes desde México y Perú han sido mayores desde la firma de la Alianza.

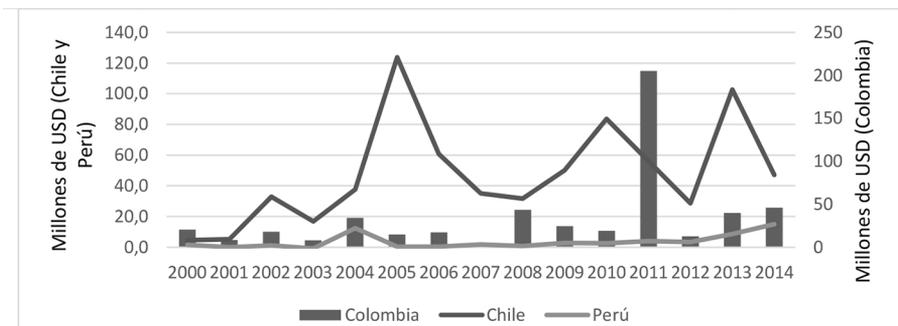


Gráfica N° 8: Inversión extranjera intrazona Alianza del Pacífico en Colombia.
Fuente: Banco de la República de Colombia. Elaboración propia.

De los países de la región Asia-Pacífico, Japón ha sido tradicionalmente el país de origen de esta zona con mayores recursos puestos en la economía

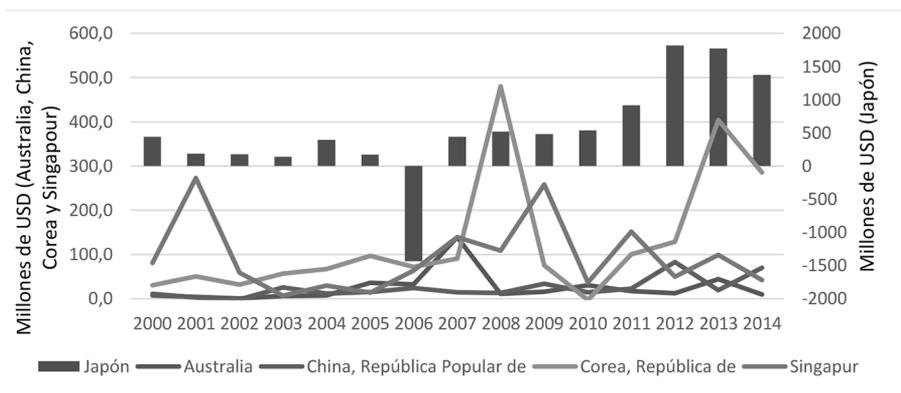
colombiana; de hecho, en el 2011 de los flujos de inversión extranjera en Colombia, más de 40 millones de dólares provenían del país asiático; para el 2014 la cifra llega a 55 millones de dólares. En cuanto a otros países de la cuenca del pacífico, China ha incrementado su participación, al igual que Corea.

De manera que se puede concluir, que México, Chile y Colombia tradicionalmente han sido de los países de la Alianza los que más han invertido en la economía de este país. Con la constitución de la Alianza, si bien en términos absolutos para el 2014 han sido mayores que en 2011 y 2012, las inversiones chilenas y colombianas en términos relativos han sido menores que en el 2010 y 2011 respectivamente, años de conformación de la Alianza. Solo Perú con la puesta en marcha esta ha incrementado sus flujos hacia México. Desde los países del Asia-Pacífico, Japón predomina como principal fuente de recursos de inversión extranjera; comparativamente los recursos del país nipón en México han sido mayores desde la constitución de la Alianza, al igual que como Corea, China y Australia, aunque en proporciones más reducidas frente a los recursos japoneses. Como lo muestran los gráficos a continuación:



Gráfica N° 9: Inversión extranjera intrazona Alianza del Pacífico en México.

Fuente: Secretaría de Economía de México. Elaboración propia.



Gráfica N° 10: Inversión extranjera de los países de la Región Asia-Pacífico en México.

Fuente: Secretaría de Economía de México. Elaboración propia.

Así mismo, comparativamente frente al periodo 2000-2011, los flujos de inversión extranjera en los países de la Alianza del Pacífico han sido mayores desde su entrada en vigor. Si bien en las cifras totales se encuentran incluidas inversiones provenientes desde países terceros, la participación de los recursos provenientes de los países miembros se ha incrementado. En tal caso, también se observa que si bien se han presentado grandes fluctuaciones de flujos de un país a otro, en promedio la inversión de los países intra-zona ha aumentado en cada uno de ellos. Cabe resaltar además, que la presencia de inversiones chinas (país perteneciente al área al que apunta la Alianza) ha venido incrementándose, aunque todavía sigue siendo inferior a las inversiones japonesas en la región. Cada país revela un patrón de especialización a nivel de las inversiones: mientras en México gran parte de los flujos de inversión extranjera van hacia los sectores de manufactura y finanzas, en Colombia y Perú se privilegian las actividades extractivas, mientras que en Chile además de la minería (sector tradicional) se invierte en seguros.

3. Barreras jurídicas para la inversión extranjera proveniente de la Región Asia-Pacífico en la AP

Las barreras de acceso a los mercados son obstáculos que se crean al interior de los estados para limitar el volumen de los productos o mercancías que son importados y que puedan causar un perjuicio al mercado doméstico, en otras palabras, son medidas que buscan equilibrar el mercado interno frente a la oferta de los productos extranjeros. De esta manera, en palabras de Hernández Díaz, las barreras son aquellas políticas que fija un país, que puede contener un tratamiento arancelario y no arancelario para gravar los productos que ingresen de otro país, con el objeto de buscar un equilibrio entre los bienes producidos en él, o bien proteger fallas en el mercado, y la imposibilidad de medir el bienestar marginal de la sociedad. En este sentido, al interior de las barreras administrativas encontramos como, se pueden establecer normas técnicas como las medidas fito y zoo sanitarias, así como cualquier otro requisito que deba someterse a la mercancía al momento de su ingreso en el país¹⁸. Por tanto se encuentra que las barreras han sido clasificadas así: (i) de tipo cuantitativo; (ii) cualitativo; (iii) administrativas; e (iv) impositivas; estas últimas las que en mayor medida se controlan a través de la celebración de acuerdos de libre comercio entre las partes.

No obstante lo anterior, se observa que existen otros tipos de barreras las cuales no están referidas a requisitos *de facto* en el ejercicio de las relaciones

¹⁸ HERNÁNDEZ (2014), p. 240.

comerciales, sino que son impuestas *de iure*, de manera indirecta, toda vez que se fijan como medidas normativas, bien a nivel constitucional, legislativo y/o reglamentario que impactan el ejercicio de la actividad económica llegando a afectar la misma, e incluso generando una disminución de estas, y las cuales podemos denominar “barreras jurídicas”.

De esta forma, las barreras jurídicas contenidas al interior de cada uno de los ordenamientos jurídicos de los miembros de la Alianza podrían llegar a convertirse en obstáculos del comercio, al momento del manejo de las políticas de inversión, que al final podrían traducirse en una desviación del comercio, toda vez que los inversionistas extranjeros preferirán establecer transacciones internacionales con aquellos países que les ofrezcan mejores alternativas para el ingreso de sus inversiones. Por tanto, analizaremos como en cada ordenamiento jurídico se encuentran regulada la inversión desde el ámbito (i) internacional; (ii) constitucional; (iii) legislativo y (iv) reglamentario.

3.1. Barreras constitucionales

Para estudiar las barreras constitucionales frente la liberalización de la inversión extranjera de los estados latinoamericanos, debemos hacer referencia a los textos constitucionales latinoamericanas que se encuentran enmarcados en el viejo y nuevo constitucionalismo¹⁹, toda vez que estos se apartan de la mayoría de las políticas establecidas en el Consenso de Washington como una forma de reafirmar su soberanía y de aplicar políticas económicas acordes con la realidad latinoamericana, donde el interés principal se centra en el desarrollo sostenible, en la protección de los recursos naturales y de los interés del estado, prevaleciendo el criterio de lograr el bienestar de la población y de los sectores olvidados a la largo de la historia²⁰.

De esta manera, frente a la liberalización de la inversión extranjera, así como el estímulo al incremento de la misma en los estados latinoamericanos, encontramos diversas posiciones planteadas al interior de los textos constitucionales. En la Constitución chilena, perteneciente al vejo constitucionalismo, que a pesar de haberse expedido en vigencia de un estado dictatorial, se dio una aplicación casi que completa a las políticas establecidas en el Consenso de Washington

¹⁹ En términos generales, podemos decir que el viejo constitucionalismo o constitucionalismo clásico se origina a partir del siglo XVIII donde se gira de una posición absolutista del poder al liberalismo. En este sentido, la ley cumple un papel fundamental en la organización del Estado y en los límites del poder. MATTEUCCI (1998), p. 80. Por su parte, por nuevo constitucionalismo se entienden las constituciones resultado de procesos constituyentes democráticos que surgen de procesos constituyentes promovidos por movimientos ciudadanos o reacciones de grupos sociales frente a las desigualdades y la corrupción imperante en la mayoría de los estados latinoamericanos. INSIGNARES (2015c), p. 195.

²⁰ INSIGNARES (2015c), p. 137.

como una manera de guiar la economía del estado, direccionada en el sentido de internacionalización de la misma. Sin embargo, en su texto constitucional no hace referencia expresa al tratamiento de la inversión extranjera.

Por su parte, la Constitución colombiana de 1991, plantea la regulación del régimen de cambios internacionales por parte del Congreso de la República; a partir de esta función, se reglamentó a través de la Ley 9 de 1991 todo lo relativo con las normas generales sobre control de cambios internacionales. De esta forma, se evidencia que a pesar que la Constitución de 1991 pertenece al nuevo constitucionalismo, tiene una marcada influencia neoliberal en el manejo de la economía, tan es así, que a partir de la puesta en marcha de la Constitución a nivel económico se vivió el proceso denominado "*apertura económica*", donde se dio una liberalización del mercado y una facilidad para el ingreso de la inversión extranjera en Colombia. Sin embargo, se dio en un contexto en el que el país no contaba con la competitividad suficiente para hacerle frente al ingreso de productos y servicios extranjeros lo que trajo como consecuencia que algunos sectores económicos desaparecieran. De esta manera, el artículo 334 constitucional también incluye una protección y control especial sobre los recursos naturales, así como la prohibición de configurar una posición dominante en el mercado por parte de una persona o empresa. Esto es un claro ejemplo de regulación y control de los mercados.

El texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 con sus reformas, se prevé en la Sección II artículo XXIX-F que el poder legislativo es el facultado para dictar las medidas en inversión que mejor le parezca, sin adscribir constitucionalmente a un tratamiento específico de la misma. En este sentido, no podemos clasificar la Constitución mexicana en el viejo o nuevo constitucionalismo, toda vez que ésta clasificación obedece a situaciones concretas y específicas de la política suramericana, que no se evidenciaron en Centroamérica. De la misma forma, en la Constitución se establecen límites a la inversión extranjera directa, en materias como la radiodifusión, tal y como lo consagra el artículo 206 numeral quinto.

Por su parte la Constitución peruana, perteneciente al nuevo constitucionalismo, la cual se dictó en un régimen de transición dictatorial hacia la democracia, prevé en su artículo 63 que inversión nacional y extranjera se sujetan a las mismas condiciones, previniéndose la cláusula de trato nacional a nivel constitucional, y una medida de retorsión que habilita a Perú para adoptar medidas proteccionistas o discriminatorias contra la inversión extranjera proveniente de determinados estados, si en este se aplican medidas discriminatorias o proteccionistas; elevando a su vez al carácter de constitucional la resolución de controversias derivadas de la inversión extranjera, permitiendo el establecimiento de arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

Conforme lo anterior, Colombia y Perú son los países andinos que en este momento representan una mayor protección a las inversiones extranjeras, lo cual resulta atractivo dentro del comercio internacional. Además, haría parte de la estrategia por parte de la Unión Europea para diversificar su inversión en estos momentos de crisis, que desde el año 2009, el Consejo Europeo, a través de una decisión, acordó que ante la imposibilidad de lograr consolidar las negociaciones comerciales a nivel birregional, se iniciaran con cada país por separado²¹.

3.2. Convergencia de obligaciones internacionales

Al analizar las barreras jurídicas derivadas de las obligaciones contraídas internacionalmente, se examina el nivel de convergencia que pueden llegar a tener las obligaciones fijadas por el texto del Capítulo 10 del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco para la Constitución de la Alianza del Pacífico, y las demás contraídas por los países miembros, ya sea en sede de procesos de integración anteriores, como lo constituye el caso de Colombia y Perú, estados que pertenecen a la Comunidad Andina de Naciones y por tanto, les he vinculante el régimen jurídico comunitario andino; o las derivadas de áreas de libre comercio, como sería el caso de Colombia y Perú con tratados y acuerdos de libre comercio suscritos con Estados Unidos y la Unión Europea.

En el caso de las obligaciones derivadas de los acuerdos de libre comercio suscritos por los países miembros de la Alianza, consideramos que al ser el derecho que se está conformado en la Alianza un derecho internacional público que no tienen la entidad para ser derecho comunitario o de la integración, se aplicarían las reglas de solución de controversias previsto en los ordenamientos para la incompatibilidades entre las mismas, como lo es el criterio de ley posterior deroga ley anterior.

Ahora bien, Perú y Colombia reúnen una situación especialísima, pues estos estados pertenecen a un proceso de integración más avanzado, en el cual hay una estructura de derecho comunitario, la Comunidad Andina de Naciones, la cual regula la inversión extranjera a nivel comunitario, por medio de la Decisión 291 relativa al Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías, la cual siendo un "régimen común", remite su tratamiento a lo dispuesto en las legislaciones de cada país miembro, al señalar, en su artículo 2, que los inversionistas extranjeros tendrán los mismos derechos y obligaciones a los que se sujetan los inversionistas nacionales, salvo lo dispuesto en las legislaciones de cada país miembro"²².

²¹ INSIGNARES (2015c), p. 187.

²² INSIGNARES (2015c), p. 87.

Si bien el texto de la Decisión remite a la legislación de cada Estado, esta reúne las características de derecho comunitario, y es una obligación internacional adquirida con anterioridad, las cuales deben ser atendidas en el seno de la nueva reglamentación e implementación de las políticas de tratamiento de la inversión extranjera en la Alianza, para que no se constituyan en barreras que impidan el flujo de las transacciones internacionales y que pueda haber una libre transferencia de inversiones tanto entre los países miembros de la Alianza, como de éstos con estados de la Región Asia-Pacífico.

No obstante lo anterior, el nivel de convergencia más grande respecto de las obligaciones internacionales puede ser el generado a partir de las incompatibilidades de las obligaciones adquiridas por los estados de manera bilateral con otros estados a través de los BIT, toda vez que estos Acuerdos tienen la naturaleza jurídica de ser un tratado Internacional, y por lo tanto, se le debe dicho tratamiento, es decir, que dichas obligaciones se deben cumplir, y deben ser observadas al interior del grupo técnico que se instituya para implementar el mismo.

3.3. Barreras jurídicas legislativas

Los cuatro países miembros de la Alianza, a excepción de Perú que prevé disposición constitucional, regulan la inversión extranjera a nivel legislativo, sea porque la Constitución misma delega dicha función, o porque ante la ausencia del mandato constitucional, el Congreso debe expedir la normativa referida a la misma, legislaciones que entre los cuatro estados puede distar, sea en requerimientos técnicos y/o funcionales que cada Estado establezca para la inversión extranjera en su suelo.

En el caso de Colombia, encontramos una situación excepcional, la regulación de la inversión extranjera no la realiza el Congreso de la República a nivel legislativo, sino una autoridad administrativa como lo es el Banco de la República, el cual cumple funciones de Banca Central, entidad que regula la normativa en inversión extranjera, por medio del Decreto N° 2.080 de 2000 modificado parcialmente por los Decretos Ns.º 1.844 de 2003, 4.210 de 2004 y 1.866 de 2005 expedidos por el Gobierno Nacional; el Decreto N° 2.466 de 2007, y el Decreto N° 1.888 de 2008. Mientras que en el caso de México, Perú y Chile la misma tiene una regulación legislativa propiamente dicha, es decir, que la reforma de la misma implicaría un proceso más demorado que en el caso colombiano, incluso en la actualidad se discute un nuevo régimen de inversión extranjera para Chile, el cual en aprovechamiento de la coyuntura de la Alianza debe armonizarse con las políticas de estas para tender a eliminar las barreras jurídicas respectivas.

3.4. Barreras reglamentarias

Además de lo anterior, se pueden encontrar otras barreras reglamentarias que no se encuentran reguladas propiamente en las legislaciones relativas a inversión extranjera, pero que son requisitos impuestos por autoridades administrativas en cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales al interior de los estados que permiten obtener los fines del Estado, pero que inciden directamente en el tratamiento de la inversión extranjera en el mismo. Por ejemplo, en el caso colombiano la Superintendencia de Sociedad ha fijado la obligación de establecer a las sociedades constituidas con capital extranjero (vigiladas por la Superintendencia) la implementación de un sistema informático para minimizar los riesgos de obtener dentro de sus capitales dineros provenientes de actividades ilícitas como el lavado de activos y la financiación del terrorismo²³. Dicho sistema genera costos administrativos adicionales a la inversión extranjera, además que se constituyen en regulaciones reglamentarias a las cuales deben obedecer los inversionistas, y que generalmente son desconocidas por los mismos.

El Grupo de Acción Financiera Internacional, el cual es una institución intergubernamental creada por el G7 en 1989 y que tiene como propósito desarrollar políticas que ayuden a combatir el lavado de activos y la financiación del terrorismo²⁴, para el año 1990 diseño cuarenta (40) recomendaciones con el objetivo de prevenir el lavado de activos, y posteriormente desarrollo nueve (9) recomendaciones especiales contra la financiación del terrorismo. Derivado de ello, en el año 2000 se creó el Grupo de Acción Financiera Internacional –GAFISUD–, conformado por países de América del Sur y México, donde se estableció como obligación internacional adoptar las recomendaciones del GAFI.

De esta manera, la Recomendación 1 del GAFI establece que los países deben exigir tanto a las instituciones financieras como a las sociedades que desarrollen actividades financieras en especial, aquellas cuyo capital proviene de inversión extranjera, investigar, evaluar y tomar acciones eficaces para mitigar los riesgos de lavados de activos y financiación de terrorismo. Así mismo, la Recomendación 34 establece que se deben instituir autoridades competentes para desarrollar

²³ Circular Externa N° 002 de 2007, de la Superintendencia de Sociedades, es un organismo técnico, adscrito al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, mediante el cual el Presidente de la República ejerce la inspección, vigilancia y control de las sociedades mercantiles, así como las facultades que le señala la ley en relación con otros entes, personas jurídicas y personas naturales. Disponible en: <http://www.supersociedades.gov.co/superintendencia/quienes-somos/Paginas/default.aspx> [visitado el 31/10/2015].

²⁴ Información recuperada de la página web de la Secretaría de Hacienda Pública y Crédito Público de los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en: http://www.shcp.gob.mx/inteligencia_financiera/Paginas/Preguntas_Frecuentes.aspx [visitado el 31/10/2015].

las medidas respectivas, que puede ser una autoridad administrativa, policial o judicial, según sea el modelo que el Estado adopte.

En el caso de Chile, Colombia, México y Perú se implementó el modelo administrativo, conforme el cual la autoridad competente de realizar la respectiva vigilancia pertenece a Ministerios o a la Banca Central. Por ejemplo, en el caso chileno, dicha obligación está en la Unidad de Análisis Financiero, adscrita al Ministerio de Hacienda; en el colombiano en la Unidad de Información y Análisis Financiero –UIAF– adscrita también al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y la Superintendencia de Sociedades adscrita al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; en México la competencia la tiene la Unidad de Inteligencia Financiera adscrita a la Secretaría de Hacienda; y en Perú es la UIF Unidad de Inteligencia Financiera, unidad especializada de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

De conformidad a ello, puede observarse que la inversión extranjera, intra y extra zona, de los países miembros que integran la Alianza del Pacífico se enfrenta a unas barreras de carácter jurídico, al confluir el cumplimiento de obligaciones internacionales por parte de los estados que intentan conformar el foro político y económico, con las demás obligaciones adquiridas, y en específico, las contempladas en los acuerdos bilaterales de inversiones, las cuales por ser norma internacional vinculan a los estados, lo cual genera que no puedan desconocer estas, y por consiguiente deban atender a ellas dentro del marco y la estructuración de una regulación jurídica de la inversión extranjera al interior de la Alianza, para no crear un conflicto normativo internacional, y evitar una “doble” regulación de la inversión extranjera.

Así las cosas, la Alianza, a partir de la conformación del Grupo Técnico experto en inversión extranjera, debe analizar estrategias que permitan el incremento de la misma no solo desde la perspectiva económica y política, sino además desde la visión jurídica, atendiendo a la naturaleza de la normativa del proceso de integración, frente los demás procesos de integración latinoamericanos, con el objetivo de evitar una “doble” regulación de la inversión extranjera, que se traduzca en una barrera para incrementar la misma al interior de los países miembros de la Alianza. Enfoque el cual en la actualidad no se le observa al mismo.

4. La convergencia de obligaciones internacionales

De conformidad con lo expuesto, puede identificarse que una de las barreras jurídicas al interior de la Alianza del Pacífico obedece a la convergencia de las obligaciones internacionales adquiridas por los países miembros de la misma para regular en específico la inversión extranjera, especialmente en los denominados BIT. De esta manera, según la información del Sistema de Información

sobre Comercio Exterior (SICE) de la Organización de los Estados Americanos, se logra establecer que a la fecha Chile posee 52 BIT, de los cuales 5 son con estados de la Región Asia Pacífico; de igual forma, de los 8 BIT que Colombia tiene vigentes, 3 son con países de la Región Asia Pacífico; y de los 29 BIT que México ha suscrito a la fecha, 4 son con estados de esta Región, al igual que Perú quien cuenta con 3 BIT con países de esta Región de los 29 en vigencia actual.

Ello sugiere una multiplicidad de obligaciones internacionales, a la cual debe atender el Grupo Técnico de la Alianza a la hora de regular los principales aspectos de la misma, para evitar una “doble” regulación internacional de la inversión extranjera, y por consiguiente, eliminar la convergencia de obligaciones internacionales como una barrera jurídica que permita y garantice el incremento de la inversión extranjera al interior de la Alianza.

En este sentido, encontramos que por ejemplo el artículo 1 (a) del Anexo No. 10 del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco para la constitución de la Alianza del Pacífico establece:

“ARTÍCULO 10.2: Ámbito de Aplicación.

1. El presente Capítulo se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte relativas a:

(a) los inversionistas de otra Parte;

(b) las inversiones cubiertas, y

(c) a todas las inversiones en el territorio de la Parte en lo relativo a los Artículos 10.8 y 10.31”.

De la lectura de la anterior disposición, encontramos que la normativa determinada al interior de la Alianza del Pacífico referida a “Requisitos de desempeño” (10.8), e “Inversión y Medidas sobre Salud, Medioambiente y otros Objetivos Regulatorios” (10.31), es aplicable a todas las inversiones en el territorio Parte, sin importar si proviene o no de uno de los países miembros de la Alianza. Ello sugiere, que las inversiones resultado de los BIT deben atender a los asuntos reglados en los puntos 10.8 y 10.31 del Anexo No. 10 del Protocolo Adicional al Acuerdo Marco para la constitución de la Alianza, a pesar que en el texto del mismo no se haya dispuesto tal cosa, pues dicha obligación internacional así lo impone.

De conformidad con lo anterior, si se analiza por el ejemplo el “Acuerdo Bilateral para la Promoción y protección de Inversiones entre el Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República Popular China” suscrito el 22 de noviembre de 2008, en el clausulado del mismo no se dispone la obligación de los países miembros, Colombia y China, relativas a la Salud y

Medioambiente, lo cual sugiere que normativa internacional, dada en el seno de la Alianza del Pacífico no estipulada en el BIT, va a regular aspectos de este, lo cual no garantiza la seguridad jurídica de los BIT suscritos por los países miembros de la Alianza.

Ahora bien, el texto del Anexo N° 10 del Protocolo Adicional al Acuerdo Constitutivo de la Alianza del Pacífico, no prevé una cláusula de conciliación entre la normativa de la Alianza regulatoria de la inversión extranjera, y otras obligaciones internacionales adquiridas por los países miembros, tan solo impone las obligaciones del Anexo, el cual según el ámbito de aplicación, los puntos 10.8 y 10.31 aplican para toda la inversión de los países miembros.

No obstante lo anterior, se encuentra que existen BIT prevén regulación de la inversión extranjera que puede afectar al mismo, estableciendo que en el caso de ser más favorable para la regulación del acuerdo se aplicará la misma. Así lo dispone por ejemplo, el artículo 15 del *“Agreement between Australia and the government of the Republic of Peru on the promotion and Protection of investments”*, en el siguiente sentido:

“Article 15. Application of other rules.

If the provisions of the law of either Party or the provisions of an international agreement between the Parties contain rules, whether general or specific, entitling investments by investors of either Party to treatment more favorable than is provided for by this Agreement, such rules shall, to the extent they are more favorable, prevail over this Agreement”.

Sin embargo, se observa que no todos los BIT tienen incluidas la anterior cláusula de aplicación de otras reglas, y en caso que la posean, las partes que suscribieron el mismo deben entrar a determinar hasta qué punto lo regulado en los apartes 10.8 y 10.31 del Anexo No. 10 al Protocolo Adicional del Acuerdo Marco para la Constitución de la Alianza del Pacífico, se constituye en una regulación más favorables, pues desde nuestra visión, al imponer nuevas obligaciones relativas a requisitos de desempeño y deberes relativos a inversión en salud y medioambientales, dicha regulación no parece ser más favorables.

En este sentido, la ausencia de una cláusula conciliatoria entre la regulación establecida en el Protocolo Adicional al Acuerdo Marco para la Constitución de la Alianza del Pacífico, y las obligaciones impuestas en el artículo 10.8 y 10.31 del mismo, lo que podría llegar a generar es una convergencia entre obligaciones internacionales adquiridas por los países miembros de la Alianza que no permitan el incremento de la misma intra y extra zona. Por ello, el Grupo Técnico de la Alianza del Pacífico que trabaja en los temas relativos a la inversión extranjera, debe intentar conciliar estas obligaciones internacionales, haciendo uso del cuerpo normativo que prevé el texto de la Alianza.

En este sentido, nos encontramos con obligaciones internacionales en materia de inversiones suscritas por los países miembros, las cuales son anteriores a la constitución de la Alianza, estas normas gozan de la misma fuerza vinculante, ya que no tienen aplicación preferente por no formar parte de un derecho derivado²⁵ en el ámbito de una posible normatividad de la integración. Por tanto, la propuesta estaría enfocada a la armonización legislativa en el ámbito de inversiones, que permita que los estados apliquen los mismos criterios para la recepción y promoción de la inversión. De esta manera, se lograría uno de los objetivos de la Alianza, que se encamina hacia la integración profunda.

5. Conclusiones

Uno de los objetivos de la Alianza del Pacífico se encuentra enmarcado en el tratamiento de la inversión extranjera en los países miembros, como uno de los elementos que permite alcanzar los fines y de esta manera integrar las economías de los países miembros. Esto se debe, al carácter de economía abierta, el cual se fundamenta en acuerdos comerciales a nivel bilateral y multilateral.

De manera que desde nuestra visión para que la Alianza del Pacífico pueda lograr resultados positivos en materia de inversión extranjera, debe avanzar hacia la eliminación de las barreras jurídicas que se presentan para la misma, las cuales tienen el carácter de (i) constitucionales, pues las disposiciones de las Constituciones de cada uno de los países miembros, con excepción de Chile, prevé pautas para el tratamiento de la inversión extranjera; (ii) internacionales, en la medida que sus países miembros tienen obligaciones internacionales adquiridas en Tratados previos a la constitución de la Alianza, como lo es caso de las disposiciones en materia de inversión extranjera que poseen todos los Países Miembros que han suscrito Tratados de Libre Comercio; además de la situación especialísima de Colombia y Perú que tienen un régimen supranacional de inversión extranjera creado en el seno de la Comunidad Andina de Nacionales, y de los BIT suscrito por cada uno de los Países Miembros; (iii) legales, a través de los presupuestos y requisitos que cada uno de los países miembros a través de sus disposiciones legislativas le impone a la inversión extranjera; e incluso (iv) reglamentarios, derivado de la imposición de obligaciones de las autoridades administrativas para efectuar el estudio de la proveniencia de los recursos de la inversión extranjera.

²⁵ Se entiende como derecho de la integración originaria, el formado por el Tratado Constitutivo de la Organización Internacional, sus Protocolos Adicionales y Anexos; mientras que el derecho derivado, es la normativa dispuesta por los órganos instituido al interior de la Organización Internacional, el cual se caracteriza por ser secundario, unilateral, escrito y autónomo. INSIGNARES (2015c), p. 147.

Uno de los aspectos que pueden servir como marco de referencia, remiten a un estudio de la Cepal, donde se establecen una serie de criterios diferenciadores que deben tenerse en cuenta para que cada país, establezca dependiendo de sus condiciones económicas, puesto que cada Estado es diferente en cuanto a los recursos que destinen a la promoción de la inversión, así como en los parámetros de diseño de la respectiva política pública que debe ir respaldada con el modelo económico de los estados. En este sentido, los países de la Alianza son cercanos en cuanto a la aplicación de estos modelos económicos, pero conservan asimetrías en el tratamiento de inversiones.

En este sentido, el Grupo Técnico de Trabajo en inversiones debería estar encaminado a fortalecer el trabajo conjunto con los mercados locales de los estados partes, que le permita hacer un seguimiento de las tendencias del mercado internacional a través de una fuente de información pública, que podría ser la ventanilla única del comercio exterior, adicional al manejo de incentivos relacionados con el tratamiento de los negocios internacionales en general. De esta forma, se estaría orientado más hacia la armonización legislativa que hacia una unificación, para que los estados puedan conservar su manejo de inversiones de conformidad a sus indicadores específicos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BARRERA GRAF, Jorge (1975): "Inversiones extranjeras; régimen jurídico" (México, Editorial Porrúa).
- FLOREZ, Laura & RAMIREZ, Carlos (2006): "Apuntes de inversión extranjera Directa: definiciones, tipología y casos de aplicación Colombianos", en: *Apuntes de economía* (Nº 8), pp. 2-25.
- FONDO MONETARIO INTERNACIONAL. (1994): "Manual de Balanza de Pagos", Quinta edición (Washington, D.C, Fondo Monetario Internacional FMI).
- GARCIA BOLIVAR, Omar (2009): "Nociones básicas del arbitraje internacional de inversiones". Disponible en: <http://www.bg-consulting.com/basic.pdf> [visitado el 31/10/2015].
- GARZA CANOVAS, Antonio. (1991): "La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional", en: *Revista de Derecho Privado* (año 2, núm. 5) pp. 371-382.
- HERNÁNDEZ DIAZ, Francia. (2014): "Barreras al comercio exterior", en: G. Pardo Carrero, *Acuerdos comerciales y aspectos relacionados con el comercio exterior*. (Bogotá D.C., Universidad del Rosario), pp. 232-285.
- INSIGNARES, Silvana (2011s): "El proceso de integración europeo: entre lo intergubernamental y lo supranacional" (Barranquilla, Editorial Uninorte y Editorial Ibañez).

- INSIGNARES, Silvana (2013b): La Unasur: ¿integración regional o cooperación política?, en: *Revista de Derecho* de la Universidad del Norte (Nº 40), pp. 167-198.
- INSIGNARES, Silvana (2015c): *El proceso de integración latinoamericana: su construcción jurídico-política* (México D.F., Porrúa).
- MALAMUD, Carlos. (2012): "La Alianza del Pacífico: un revulsivo para la integración regional en América Latina", en: *Revista Area America Latina* (vol. 46), pp. 1-5.
- MATTEUCCI, Nicola. (1998): "Organización del poder y libertad" (Madrid, Trotta).
- MORALES, María y ALMONTE, Leobardo (2012): ¿Un nuevo intento a la integración latinoamericana? México y la Alianza del Pacífico, en: *Cuadernos sobre Relaciones Internacionales, Regionalismo y Desarrollo* (vol. 7, Nº 14), pp. 111-134.
- MORTIMORE, Michael, VERGARA, Sebastián, y KATZ, Jorge. (2001). La competitividad internacional y el desarrollo nacional: implicaciones para la política de inversión extranjera directa (IED) en América Latina, en: *Serie de desarrollo productivo* (Nº 107), pp. 1-69.
- SÁNCHEZ, Alfredo (2012): "El nuevo mapa político y económico de América: Alianza Pacífico versus UNASUR", en: *Revista Estudios Geográficos* (vol. LXIII), pp. 703-719.
- TREMOLADA, Erick (2013a): "La Alianza del Pacífico: ¿una organización consecuente con sus objetivos?", en: Erick Tremolada, *Repensando la integración y las integraciones*, (Bogotá, Universidad Externado de Colombia), pp. 195-217.
- TREMOLADA, Erick (2014b): La integración de la Alianza del Pacífico. En E. Pastrana Buelvas y H. Gehring, *Alianza del Pacífico: mitos y realidades* (Cali, Universidad Santiago de Cali y Fundación Konrad Adenauer), pp. 145-173.
- VILAS, Carlos. (2000). ¿Más allá del "Consenso de Washington"? Un enfoque desde la política de algunas propuestas del Banco Mundial, en: *América Latina Hoy* (Nº 26), pp. 21-39.

