

Capítulo Inversiones TLC Perú-EE.UU.

María del Carmen Tovar Gil

¿QUE CONTIENE UN CAPITULO DE INVERSIONES?

- REGIMEN DE TRATO A LAS INVERSIONES QUE LOS ESTADOS SE RECONOCEN MUTUAMENTE.
- UNA SERIE DE GARANTIAS PARA LOS INVERSIONISTAS DE UN ESTADO FRENTE AL OTRO ESTADO COMO ESTADO RECEPTOR.
- INVOLUCRA
 - EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS SUSTANTIVOS
 - MEDIOS AD-HOC DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS

- **TRATO NACIONAL**
- **NACION MAS FAVORECIDA**
- **NIVEL DE TRATO MINIMO**
- **GARANTIAS CONTRA EXPROPIACIONES**
- **LIBERTAD DE TRANSFERENCIAS DE DIVISAS**
- **FACILIDADES EJECUTIVOS Y ORGANOS DE EMPRESAS**
- **REQUISITOS DE DESEMPEÑO**
- **TRATAMIENTO EN CASO DE CONTIENDA**

MEDIOS AD-HOC E SOLUCION DE CONTROVERSIAS

- POSIBILIDAD DEL INVERSIONISTA PRIVADO DE DEMANDAS DIRECTAMENTE AL ESTADO RECEPTOR
- SE LE PERMITE PLANTEAR ARBITRAJE INTERNACIONAL PARA RESOLVER SU RECLAMO RESPECTO DE LA GARANTÍA RECONOCIDAS EN EL TRATADO.

TRATO NACIONAL Y TRATO DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA

CONCEPTO EN NUMERALES 10.3 Y 10.4 :

- TRATO NO MENOS FAVORABLE QUE EL CONCEDIDO A INVERSIONISTAS EN CIRCUNSTANCIAS SIMILARES NACIONALES O A OTRO EXTRANJERO
- SE TRATA DE EVITAR LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LOS INVERSIONISTAS EN RAZON DE SU PAÍS DE ORIGEN
- NO SUPONE UN TRATO IDENTICO PERO NINGUNA DIFERENCIA DEBE PERJUDICAR AL INVERSIONISTA FRENTE A SUS COMPETIDORES NACIONALES O EXTRANJEROS
- NO IMPIDE PEDIR FORMALIDADES COMO REQUERIR QUE LOS INVERSIONISTAS SEAN RESIDENTES O QUE SE CONSTITUYA UNA EMPRESA DE ACUERDO A LAS LEYES DEL PAÍS RECEPTOR.
- NO LIMITA LA POSIBILIDAD DEL DE SOLICITAR INFORMACIÓN SOBRE LA INVERSIÓN PARA FINES ESTADÍSTICOS O INFORMATIVOS.

TRATO NACIONAL Y TRATO DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA

- RESPECTO DE UN GOBIERNO REGIONAL EL TRATO SERÁ NO MENOS FAVORABLE QUE EL TRATO MÁS FAVORABLE QUE ESE GOBIERNO CONCEDA EN CIRCUNSTANCIAS SIMILARES A INVERSIONES E INVERSIONISTAS DE SU PROPIO ESTADO.
- NO SE APLICA A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA O A SUBSIDIOS O DONACIONES OTORGADOS POR UNA PARTE, INCLUYENDO PRESTAMOS, GARANTÍAS Y SEGUROS RESPALDADOS POR EL GOBIERNO.

NIVEL MÍNIMO DE TRATO AL INVERSIONISTA

CONCEPTO EN NUMERAL 10.5 :

- RECONOCE UN TRATO ACORDE CON EL DERECHO INTERNACIONAL CONSUE TUDINARIO INCLUIDO EL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO ASI COMO PROTECCION Y SEGURIDAD PLENAS
- TRATO JUSTO Y EQUITATIVO INCLUYE OBLIGACIÓN DE NO DENEGAR JUSTICIA EN PROCEDIMIENTOS CRIMINALES, CIVILES Y CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS DE ACUERDO A LOS PRINCIPIOS DEL DEBIDO PROCESO INCORPORADOS EN LOS PRINCIPALES SISTEMAS LEGALES DEL MUNDO
- PROTECCIÓN Y SEGURIDAD PLENAS, SE INDICA QUE EXIGE QUE CADA PARTE PROVEA EL NIVEL DE PROTECCIÓN POLICIAL, EXIGIDO POR EL DERECHO INTERNACIONAL CONSUE TUDINARIO.

CONCEPTO EN NUMERAL 10.5

- DERECHO INTERNACIONAL CONSUE TUDINARIO ES UNA OBLIGACIÓN LEGAL. RESULTA DE UNA PRÁCTICA GENERAL Y CONSISTENTE SEGUIDA POR LOS ESTADOS. SE RECONOCE QUE SE REFIERE A TODOS LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUE TUDINARIO QUE PROTEGEN DERECHOS ECONÓMICOS E INTERESES DE LOS EXTRANJEROS.
- SE INDICA QUE NO SUPONE UN TRATO ADICIONAL O MÁS ALLÁ DEL REQUERIDO POR EL ESTÁNDAR Y SE DICE QUE NO CREA DERECHOS ADICIONALES SIGNIFICATIVOS

CONCEPTO EN NUMERALES 10.7

- NINGUNA DE LAS PARTES PUEDE EXPROPIAR NI NACIONALIZAR UNA INVERSIÓN CUBIERTA, SEA DIRECTA O INDIRECTAMENTE MEDIANTE MEDIDAS EQUIVALENTES A LA EXPROPIACIÓN, SALVO QUE SEA POR MOTIVOS DE PROPÓSITO PÚBLICO, DE UNA MANERA NO DISCRIMINATORIA Y MEDIANTE PAGO PRONTO, ADECUADO Y EFECTIVO DE LA INDEMNIZACIÓN.
- INDEMNIZACIÓN DEBE SER PAGADA SIN DEMORA, SER EQUIVALENTE AL VALOR JUSTO DE MERCADO QUE TENGA LA INVERSIÓN EXPROPIADA Y SER COMPLETAMENTE LIQUIDABLE Y LIBREMENTE TRANSFERIBLE. ESTE VALOR DE MERCADO ES EL VALOR ANTES DE CONOCERSE LA MEDIDA DE EXPROPIACIÓN.

- EXPROPIACIÓN DIRECTA. UNA INVERSIÓN ES NACIONALIZADA O DE OTRA MANERA EXPROPIADA DIRECTAMENTE MEDIANTE LA TRANSFERENCIA FORMAL DEL TÍTULO O DEL DERECHO DE DOMINIO.
- EXPROPIACIÓN INDIRECTA. POR MEDIDAS EQUIVALENTES A LA EXPROPIACIÓN. REQUIERE DE UNA INVESTIGACIÓN FACTUAL, CASO POR CASO, QUE CONSIDERE DIVERSOS FACTORES.
- SALVO CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES NO ES EXPROPIACION INDIRECTAS UN REGULATORIO NO DISCRIMINATORIO DISEÑADO Y APLICADO PARA PROTEGER OBJETIVOS LEGÍTIMOS DE BIENESTAR PÚBLICO (SALUD PUBLICA, SEGURIDAD EL MEDIO AMBIENTE)
- UN ACTO O UNA SERIE DE ACTOS NO PUEDEN CONSTITUIR EXPROPIACIÓN A MENOS QUE INTERFIERAN CON UN DERECHO DE PROPIEDAD TANGIBLE O INTANGIBLE O CON LOS ATRIBUTOS O FACULTADES ESENCIALES DEL DOMINIO DE UNA INVERSIÓN.

CONCEPTO EN NUMERALES 10.8.

- RECONOCE QUE TODAS LAS TRANSFERENCIAS RELACIONADAS A UNA INVERSIÓN CUBIERTA PUEDEN SER LIBREMENTE TRANSFERIDAS Y SIN DEMORA DESDE Y HACIA SU TERRITORIO.
- SE GARANTIZA EL DERECHO A TRANSFERIR LIBREMENTE AL EXTERIOR, EN DIVISAS LIBREMENTE CONVERTIDAS, EL ÍNTEGRO DE SUS CAPITALES, DIVIDENDOS, UTILIDADES, Y PRODUCTOS DERIVADOS DE LA TRANSFERENCIA O LIQUIDACIÓN, PAGOS CONFORME A UN CONTRATO, INCLUYENDO UN CONVENIO DE PRÉSTAMO, PAGOS POR REGALÍAS Y COMPENSACIONES O INDEMNIZACIONES QUE LE CORRESPONDAN
- PUEDE LEGÍTIMAMENTE IMPEDIR UNA TRANSFERENCIA, COMO POR EJEMPLO EN EL CASO DE QUIEBRA O DE INFRACCIONES CRIMINALES Y PENALES.

CONCEPTO EN NUMERALES 10.10.

- NO SE PUEDE EXIGIR QUE UNA EMPRESA QUE SEA UNA INVERSIÓN CUBIERTA, DESIGNE A PERSONAS NATURALES DE UNA NACIONALIDAD EN PARTICULAR, PARA OCUPAR PUESTOS DE ALTA DIRECCIÓN.
- RESPECTO DE JUNTAS DIRECTIVAS SÍ PUEDE EXIGIR QUE LA MAYORÍA DE MIEMBROS DE JUNTAS DIRECTIVAS O COMITÉS SEAN DE UNA NACIONALIDAD PARTICULAR O RESIDENTES EN EL TERRITORIO SIEMPRE QUE EL REQUISITO NO MENOSCABE SIGNIFICATIVAMENTE LA CAPACIDAD DEL INVERSIONISTA DE EJERCER CONTROL DE SU INVERSIÓN

CONCEPTO EN NUMERALES 10.9

- ESTA OBLIGACIÓN ES DE CARÁCTER GENERAL PARA TODAS LAS INVERSIONES QUE SE REALICEN EN EL TERRITORIO.
- EL OBJETIVO ES IMPEDIR AL GOBIERNO ANFITRION IMPONER AL INVERSIONISTA CONDICIONES QUE PUEDAN LIMITAR SU CAPACIDAD DE LOGRAR EFICIENCIA Y GANACIAS. ESTA VINCULADO A PROPOSITOS DE LIBERALIZACIÓN DE INVERSIONES
- SUPONE PROHIBIER SE EXIJA PARA EL ESTABLECIMIENTO, ADQUISICIÓN, EXPANSIÓN, ADMINISTRACIÓN, CONDUCCIÓN U OPERACIÓN O MANTENIMIENTO DE LA INVERSIÓN REQUISITOS DE MÍNIMOS RELACIONADOS CON NIVELES O PORCENTAJES DE EXPORTACIÓN, DE INGRESO DE DIVISAS Y GRADOS DE CONTENIDO NACIONAL ENTRE OTROS.

CONCEPTO EN NUMERALES 10.9

- NO IMPIDE CONDICIONAR VENTAJA, A QUE UBICACIÓN DE PRODUCCIÓN, SE CAPACITE O EMPLEE TRABAJADORES, CONSTRUYA O AMPLÍE INSTALACIONES PARTICULARES O LLEVA A CABO INVESTIGACIONES Y DESARROLLO EN SU TERRITORIO.
- NO EXCLUYE COMPROMISOS ENTRE PARTES PRIVADAS.

CONCEPTO EN NUMERALES 10.6 :

- RECONOCE A LAS INVERSIONES E INVERSIONISTAS DE LA OTRA PARTE BENEFICIO DE TRATO NO DISCRIMINATORIO RESPECTO DE CUALQUIER MEDIDA QUE ADOPTE O MANTENGA EN RELACIÓN CON PÉRDIDAS SUFRIDAS POR LAS INVERSIONES EN SU TERRITORIO COMO RESULTADO DE CONFLICTOS ARMADOS O CONTIENDAS CIVILES.

CONCEPTO EN NUMERALES 10.6 :

- SI INVERSIONISTA SUFRE PÉRDIDAS COMO CONSECUENCIA DE LA REQUISICIÓN DE SU INVERSIÓN POR PARTE DE LAS FUERZAS O AUTORIDADES DE LA OTRA PARTE, O RESULTADO DE LA DESTRUCCIÓN DE SU INVERSIÓN CUBIERTA O DE PARTE DE ELLA POR LAS AUTORIDADES DE LA OTRA PARTE, TIENE DERECHO A LA RESTITUCIÓN, A LA COMPENSACIÓN, O A AMBAS. SE INDICA QUE TODA COMPENSACIÓN SERÁ PRONTA, ADECUADA Y OPORTUNA.

- SE APLICAN A LAS MEDIDAS QUE UN ESTADO TOME RESPECTO DE:
 - LOS INVERSIONISTAS DE LA OTRA PARTE
 - LAS INVERSIONES CUBIERTAS

- SE PUEDE RECLAMAR E IR A ARBITRAJE :
 - CUANDO EL ESTADO VIOLA UNO DE LOS DERECHOS DE INVERSIONISTA

 - CUANDO EL ESTADO VIOLA UN ACUERDO DE INVERSION O UNA AUTORIZACION DE INVERSION

 - SIEMPRE Y CUANDO EL DEMANDANTE HAYA SUFRIDO PERDIDAS COMO CONSECUENCIA DE ESTA VIOLACION

¿QUIÉNES SON INVERSIONISTAS?

- CADA UNO DE LOS ESTADOS PARTE DEL TRATADO CONSIDERA INVERSIONISTAS: AL OTRO ESTADO Y A LOS NACIONALES Y EMPRESAS DEL OTRO ESTADO QUE REALICEN INVERSIONES.
- INVERSIONISTA EMPRESA: CONSTITUIDA Y ORGANIZADA DE CONFORMIDAD CON LA LEGISLACIÓN DEL ESTADO PARTE O SUCURSAL UBICADA EN SU TERRITORIO SIEMPRE Y CUANDO LLEVEN A CABO ACTIVIDADES DE NEGOCIO EN ESE TERRITORIO.

¿QUÉ INVERSIONES ESTÁN CUBIERTAS?

- INVERSIONES CUBIERTAS DE ACUERDO AL TLC:
 - CONCEPTO MUY AMPLIO QUE INCLUYE.
 - TODO ACTIVO DE PROPIEDAD DE UN INVERSIONISTA O CONTROLADO POR ÉL, DIRECTA O INDIRECTAMENTE, QUE TENGA CARACTERÍSTICAS DE INVERSIÓN.
 - TIENE CARACTERÍSTICAS DE INVERSIÓN CUANDO SE COMPROMETE CAPITALES U OTROS RECURSOS O LA EXPECTATIVA DE OBTENER GANANCIAS O UTILIDADES O LA ASUNCIÓN DE RIESGOS.

¿QUÉ INVERSIONES ESTÁN CUBIERTAS?

- UNA INVERSIÓN PUEDE ADOPTAR FORMAS MUY DIVERSAS.
 - EMPRESA, ACCIONES O PARTICIPACIONES EN EL CAPITAL DE UNA EMPRESA,
 - BONOS OBLIGACIONES O INSTRUMENTOS DE DEUDA Y PRESTAMOS, FUTUROS OPCIONES Y OTROS DERIVADOS
 - CONTRATOS LLAVE EN MANO, DE CONSTRUCCIÓN DE GESTIÓN, DE PRODUCCIÓN, DE CONCESIÓN, DE PARTICIPACIÓN EN LOS INGRESOS Y SIMILARES

¿QUÉ INVERSIONES ESTÁN CUBIERTAS?

- UNA INVERSIÓN PUEDE ADOPTAR FORMAS MUY DIVERSAS.
 - LICENCIAS AUTORIZACIONES PERMISOS Y SIMILARES
 - DERECHOS RELACIONADOS CON LA PROPIEDAD (ARRENDAMIENTOS HIPOTECAS GRAVÁMENES Y GARANTÍAS EN PRENDA)
 - DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y OTROS DERECHOS DE PROPIEDAD TANGIBLES O INTANGIBLES MUEBLES O INMUEBLES

ACUERDOS O AUTORIZACIONES DE INVERSIÓN

ACUERDOS DE INVERSIÓN:

ACUERDO O SERIE DE ACUERDOS ESCRITOS CON UNA AUTORIDAD NACIONAL DE UNA PARTE QUE ES BASE PARA ESTABLECER O ADQUIRIR UNA INVERSIÓN.

AUTORIZACIÓN A UNA INVERSIÓN:

OTORGADA POR LA AUTORIDAD DE INVERSIONES DE LA PARTE. A LA FECHA NINGUNA DE ELLAS TIENE UNA AUTORIDAD DE INVERSIONES.

- LOS CONTENIDOS QUE PUEDE TENER EL ACUERDO SON:
 - EXPLORACIÓN, EXTRACCIÓN, REFINAMIENTO, TRANSPORTE Y DISTRIBUCIÓN O VENTA DE RECURSOS NATURALES
 - PROVISIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS (AGUA, ENERGÍA O - TELECOMUNICACIONES)
 - PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA COMO VÍAS, PUENTES, CANALES, PRESAS, OLEODUCTOS, O GASEODUCTOS QUE NO SEAN PARA EL USO EXCLUSIVO O PREDOMINANTE DEL GOBIERNOS.
 - UNO DE LOS INSTRUMENTOS QUE PUEDE CONFORMAR UN ACUERDO DE INVERSIÓN ES UN CONVENIO DE ESTABILIDAD JURÍDICA.

- EL CAPITULO NO OBLIGA A PARTE ALGUNA EN RELACION CON CUALQUIER ACTO O HECHO QUE TUVO LUGAR O CUALQUIER SITUACION QUE CESO DE EXISTIR, ANTES DE LA FECHA DE ENTRADA EN VIGOR DE ESTE ACUERDO.
- NINGUNA RECLAMACION PUEDE SOMETERSE A ARBITRAJE SI HAN TRANSCURRIDO MAS DE TRES AÑOS A PARTIR DE LA FECHA EN QUE EL INVERSIONISTA TUVO O DEBIO HABER TENIDO CONOCIMIENTO DE LA VIOLACION ALEGADA Y DE QUE SUFRIO PERDIDAS O DAÑOS (10.18.1)

¿QUÉ SON MEDIDAS DISCOMFORMES?

- MEDIDAS DISCONFORMES SON EXCEPCIONES A LA APLICACIÓN DEL TRATADO QUE EL ESTADO SE RESERVA MANTENER.
- SOLO SE ACEPTAN RESPECTO DE TRATO NACIONAL, NACIÓN MÁS FAVORECIDA, REQUISITOS DE DESEMPEÑO O JUNTAS DIRECTIVAS.
- LA ENTRADA EN VIGOR DE UNA MEDIDA DISCONFORME NO PUEDE PERJUDICAR UNA INVERSIÓN PREEXISTENTE AL EXTREMO DE OBLIGAR A VENDER O DISPONER LA INVERSIÓN.

¿QUÉ SON MEDIDAS DISCOMFORMES?

- EL PERU SE RESERVA PODER INCLUIR NUEVAS MEDIDAS DISCONFORMES. HAY VARIOS TEMAS:
 - COMUNIDADES INDIGENAS,
 - INDUSTRIAS CULTURALES,
 - ARTESANIA,
 - INDUSTRIA AUDIOVISUAL,
 - DISEÑO DE JOYERÍA,
 - ARTES ESCENICAS Y ARTES VISUALES,
 - INDUSTRIA EDITORIAL,
 - MUSICA,
 - SERVICIOS SOCIALES,
 - SERVICIOS DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO (ANEXO II)

TRATO NACIONAL Y TRATO DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA

EJEMPLOS DE NO CONFORMIDADES –

PERU:

- LIMITACIONES A PROPIEDAD EN FRONTERA ARTICULO 71 DE LA CONSTITUCION.
- LIMITES A LICENCIAS DE SERVICIOS DE RADIODIFUSION A FAVOR DE NACIONALES. LIMITE A PARTICIPACION DE EXTRANJEROS EN EMPRESAS LEY DE RADIO Y TELEVISION
- RESTRICCIONES A NACIONALES PARA SER NOTARIO. LEY 26002

ESTADOS UNIDOS:

- ATOMIC ENERGY ACT: RESTRICCIONES PARA LA UTILIZACION IMPORTACION O EXPORTACION DE INSTALACIONES NUCLEARES CON PROPOSITOS COMERCIALES O INDUSTRIALES
- RESTRICCIONES EN TRANSPORTE AEREO, EMPRESAS DE ADUANAS, COMUNICACIONES

- EN TERMINOS GENERALES PODEMOS DECIR QUE LEGISLACION INTERNA DE UN PAIS QUE QUIERE PROMOVER INVERSIONES RECOGE LAS GARANTIAS SUSTANTIVAS A NIVEL DE NORMA INTERNA.
- ESE ES EL CASO DEL PERU EN LO FUNDAMENTAL LAS GARANTIAS SUSTANTIVAS ESTAN INCLUIDAS HACE MUCHOS AÑOS EN NUESTRO MARCO LEGAL

- **SIN DUDA SÍ HACE UNA DIFERENCIA INCLUIRLOS EN UN TRATADO**
 - **OBLIGACION INTERNACIONAL DEL ESTADO. DECLARACION ADICIONAL A LAS OBLIGACIONES INTERNAS.**
 - **HAY UNA MAYOR ESTABILIDAD EN EL DERECHO OTORGADO**
 - **IMPONE UN CAMBIO DE ACTITUD: EL ESTADO SABE QUE PUEDE RECIBIR UN RECLAMO A NIVEL INTERNACIONAL NO SOLO DEL OTRO ESTADO CONTRATANTE SINO DE SUS INVERSIONISTAS.**

- ADEMÁS DA ACCESO A RECLAMAR ESTOS DERECHOS A TRAVÉS DE LOS MEDIOS DE SOLUCIÓN PREVISTOS EN EL MISMO
- EL TRATADO INTRODUCE MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIA INVERSIONISTA ESTADO. POR ELLO EN LOS CONVENIOS DE INVERSIÓN EL ARBITRAJE ES UNA GARANTÍA EN SÍ MISMA.
- EN ESTE MARCO LOS ESTADOS HACEN UNA CESIÓN RECÍPROCA DE SOBERANÍA A FAVOR DEL MECANISMO ARBITRAL.

- EL ESTADO DEBE ESTAR PREPARADO PARA QUE EL SISTEMA FUNCIONE.
- EN PRIMER LUGAR UNA LABOR PREVENTIVA PARA EVITAR QUE SE LE PRESENTEN RECLAMOS.
- EDUCAR A SUS AUTORIDADES RESPECTO DEL SIGNIFICADO DE ESTAS OBLIGACIONES INTERNACIONALES
- ESTAR PREPARADO PARA ENFRENTAR LAS CONTROVERSIAS.
- EN EL PERU SE HA CREADO UN SISTEMA: LEY 28933

GRACIAS

E|E|A| Estudio Eche copar
Abogados

Experiencia e Innovación a su Servicio

T +51 (1) 618 8500 | F +51 (1) 372 7171 / 372 7374

www.echecopar.com.pe