

Derecho Económico Internacional

Dr. Matthias Herdegen

 KONRAD
ADENAUER
STIFTUNG

 Programa
Estado de Derecho
Latinoamérica

13ª edición, revisada y ampliada, 2023

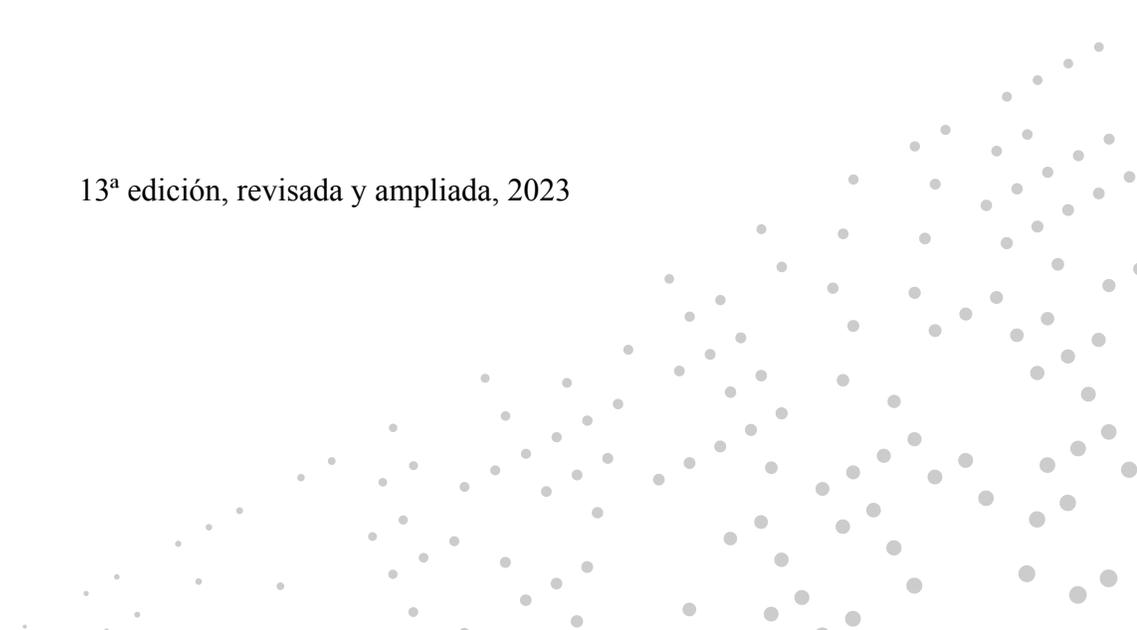


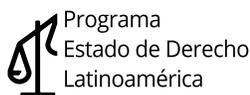
Programa
Estado de Derecho
Latinoamérica

Derecho Económico Internacional

Dr. Matthias Herdegen
Profesor en la Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

13ª edición, revisada y ampliada, 2023





©2024 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Calle 93B n.º 18-12, piso 7

Bogotá, Colombia

Tel.: (+571) 743 0947

iusla@kas.de

www.kas.de/iusla

Twitter: KASiusLA

Facebook: /kasiusla

Linkedin: kasiusla

©2024 Matthias Herdegen

ISBN: 978-628-7708-16-7

Herdegen, Matthias Dr. Internationales Wirtschaftsrecht: Ein Studienbuch, 13 Ed., München, Beck Juristischer Verlag, 2023.

Traducción al español y revisión por Juan Pablo Irrazabal y Andrés Felipe Garzón

Editado por Hartmut Rank y Felipe Franco

Primera edición en español: Bogotá D.C, diciembre de 2012

Coordinación Editorial: Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer

Diseño de cubierta y diagramación: Manuel Alejandro Sáenz Pinilla

Correspondencia, contribuciones, solicitudes de canje o donación email: iusla@kas.de

Esta publicación se distribuye en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer. El texto que se publica es de exclusiva responsabilidad de su autor y no expresa necesariamente el pensamiento de la FKA. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

CONTENIDO

Abreviaturas	XVIII
Prólogo	XXVII
Presentación	XXIX

Primera parte

Introducción

§ 1. Concepto y significado del derecho económico internacional.....	1
§ 2. Globalización de las relaciones económicas.....	7

Segunda parte

Fundamentos

§ 3. Fuentes jurídicas del derecho económico internacional	11
1. El derecho internacional como orden de las relaciones económicas interestatales.....	11
a) Nociones generales sobre el derecho económico internacional.....	11
b) La costumbre internacional	13
c) Tratados sobre comercio interestatal.....	14
d) Principios generales del derecho	16
2. Derecho de la Unión Europea	18
3. Acuerdos internacionales sobre transacciones comerciales privadas ...	22
4. “Derecho transnacional” y “lex mercatoria”	23
5. El derecho económico nacional y su aplicación extraterritorial	26
a) Derecho de comercio exterior.....	27
b) Consideraciones generales sobre el derecho económico conflictual.	30

c) Aplicación del Derecho nacional a supuestos con un elemento extranjero.....	33
d) Conflictos de jurisdicción	39
e) Consideración del derecho económico extranjero	43
6. Regulación para el “Ciberespacio”	48
§ 4. Orden económico internacional	51
1. Principios rectores del orden económico internacional	51
a) Liberalización del comercio internacional, relaciones monetarias estables y protección de las inversiones.....	51
b) No discriminación.....	52
c) Espacio para las opciones de política económica	53
d) Consideración para los países en desarrollo	53
e) Conceptos de orden de la economía de mercado	53
2. Sujetos de derecho económico internacional.....	54
a) Estados	55
b) Empresas estatales	59
c) Organizaciones internacionales.....	60
d) Unión Europea	66
e) Agrupaciones de Estados basadas en intereses económicos comunes.....	69
f) Cooperación internacional de autoridades.....	70
g) Organizaciones internacionales no gubernamentales (organizaciones no gubernamentales)	71
h) Empresas privadas y corporaciones transnacionales	73
3. Responsabilidad social de las empresas y estándares de conducta para las empresas multinacionales	78
4. Debate sobre un nuevo orden económico mundial.....	94

§ 5. Orden económico europeo	98
1. El mercado interior europeo y las libertades de mercado	98
2. Unión económica y monetaria	100
3. Política comercial común.....	106
§ 6. “Buena gobernanza”, estructuras estatales internas e integración económica mundial	108
1. Estándares de “Buena Gobernanza”	109
2. Integración económica mundial: la importancia del orden constitucional y económico	111
§ 7. Derechos y obligaciones elementales de los estados	113
1. Soberanía y relaciones económicas internacionales	113
a) Concepto moderno de soberanía.....	113
b) Prohibición de intervención.....	114
2. Inmunidad de los Estados	115
3. Los derechos humanos y su importancia para el orden económico internacional.....	120
4. Derecho de extranjería y protección diplomática	126
§ 8. Derecho medioambiental internacional y relaciones económicas internacionales	132
1. Derecho internacional de vecindad.....	133
2. El concepto de “desarrollo sostenible”	135
3. El principio de prevención.....	136
4. Tratados internacionales sobre protección del medio ambiente y responsabilidad por daños medioambientales.....	137
5. Acuerdos sobre la protección de la atmósfera terrestre y la protección del clima.....	138
6. Acuerdos sobre protección de la biodiversidad y bioseguridad.....	143
7. Derecho de la biotecnología	146

8. Acceso a los recursos genéticos y a los conocimientos de los pueblos indígenas	148
§ 9. Resolución de litigios y derecho procesal internacional.....	151
1. Mecanismos internacionales de resolución de conflictos	151
2. Arbitraje comercial internacional.....	153
3. Competencia judicial internacional	157
a) Derecho de la Unión Europea.....	158
b) Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro.....	160
c) Derecho procesal civil alemán	160
d) Derecho estadounidense	161
e) El atractivo del Derecho estadounidense	167
f) “Forum shopping”	169
4. Obtención de pruebas en el extranjero	169
5. Notificación, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras	172

Tercera parte

Comercio de bienes y servicios

§ 10. El sistema de la OMC	177
1. Desarrollo.....	177
a) Desarrollo hasta la “Ronda Uruguay”	177
b) Reforma en el marco de la “Ronda Uruguay”	179
c) Ronda de Doha.....	181
2. La Organización Mundial del Comercio.....	182
3. Acuerdos comerciales “multilaterales” y “plurilaterales	185
4. El GATT de 1994 y los acuerdos complementarios.....	186

5. Principios fundamentales del GATT	187
a) Trato de la nación más favorecida	188
b) Prohibición de discriminación (trato nacional)	192
c) El desmantelamiento de los derechos de aduana y de las barreras comerciales no arancelarias	202
6. Estándares de justificación de las restricciones comerciales en el GATT	208
a) Excepciones generales del artículo XX del GATT: visión general y cuestiones fundamentales	208
b) Medidas para proteger la moralidad pública (artículo XX lit. a GATT)	212
c) Medidas para proteger la vida y la salud de las personas, de los animales y los vegetales (artículo XX lit. b GATT)	215
d) Medidas para hacer cumplir determinadas disposiciones legales (artículo XX lit. d GATT)	216
e) Medidas para la conservación de los recursos naturales agotables (artículo XX lit. g GATT)	217
f) Medidas en caso de escasez de mercancías (artículo XX lit. j GATT)	220
g) Excepciones por motivos de seguridad	221
h) Cláusulas de salvaguardia	225
i) Cláusulas de renuncia	226
j) Carga de la prueba	226
7. Regulación de las subvenciones y medidas antidumping	227
a) Subvenciones y medidas compensatorias	227
b) Subvenciones en el sector agropecuario	235
c) Dumping y medidas antidumping	237
8. Acuerdo sobre la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias	238
9. Acuerdo sobre obstáculos técnicos al comercio	245

10. El GATS (AGCS).....	252
11. Aplicabilidad nacional del Derecho de la OMC	257
12. Solución de diferencias.....	260
13. Relaciones osmóticas entre el Derecho de la OMC y otros regímenes de Derecho internacional público.....	267
14. Perspectivas y futuros retos para el sistema de la OMC.....	270
§ 11. Gestión internacional de las materias primas: Comercio y seguridad del suministro	271
1. Comercio internacional de materias primas.....	271
a) Las materias primas en el GATT	271
b) Mecanismos de control para determinadas materias primas	272
2. Acuerdos sobre materias primas	272
3. Seguridad del suministro y formas de cooperación internacional	274
§ 12. Acuerdos económicos para la liberalización del comercio de bienes y servicios.....	277
1. Formas de integración regional (zonas de libre comercio, uniones aduaneras y comunidades económicas)	277
2. Libertad de circulación de bienes y servicios en la Unión Europea	280
a) Libertad de circulación de mercancías.....	280
b) Libertad de prestación de servicios	285
3. Espacio Económico Europeo.....	286
4. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN, North American Free Trade Agreement, NAFTA).....	288
5. La integración regional en América Latina y el Caribe	291
a) Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).....	291
b) Acuerdo de Cartagena (Pacto Andino) y Comunidad Andina	292
c) MERCOSUR.....	292
d) Libre comercio e integración económica en América Central y el Caribe	294

6. Asociación de Estados del Sudeste Asiático (ASEAN).....	295
7. RCEP.....	295
8. SAFTA	296
9. Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC).....	296
10. Integración regional en África	296
11. La Gran Zona Árabe de Libre Comercio (GAFTA).....	297
12. Nuevos acuerdos comerciales “megarregionales”	298
a) CETA.....	298
b) AAE UE-Japón	299
c) TTIP	299
d) CPTPP.....	300
e) IPEF	300
§ 13. Compraventa internacional y otros contratos	300
1. Consideraciones generales.....	300
2. Legislación de la UE: legislación aplicable a las obligaciones contractuales y a la compraventa.....	303
3. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías	305
a) De la Convención de La Haya sobre la Compraventa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.....	305
b) Ámbito de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa.....	307
c) Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa y acuerdos sobre la elección de la ley aplicable.....	310
d) La celebración de contratos de comraventa y las obligaciones precontractuales.....	312
e) Obligaciones del vendedor.....	314
f) Obligaciones del comprador.....	317

g) Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos	318
4. Comercio electrónico (electronic commerce).....	319
§ 14. Áreas de servicios individuales.....	320
1. Consideraciones generales	320
2. Transportes.....	321
3. Seguros.....	326
4. Banca y protección de los inversores.....	328
5. Servicios postales.....	336
6. Telecomunicaciones.....	337
7. Radiodifusión.....	339
§ 15. Protección internacional de la propiedad intelectual	341
1. Visión general	341
2. Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionadas con el Comercio (ADPIC)	343
3. Protección mediante patentes de las invenciones biotecnológicas	348
4. Propiedad intelectual y libre circulación de mercancías.....	351

Cuarta parte

Derecho Internacional de las Empresas

§ 16. Derecho internacional de sociedades y contabilidad	353
1. “Estatuto de la sociedad” y reconocimiento de las personas jurídicas extranjeras.....	353
2. Derecho de la Unión Europea.....	357
3. Gobierno corporativo (<i>Corporate Governance</i>)	359
4. Contabilidad internacional.....	360

§ 17. Derecho internacional de la competencia	363
§ 18. Derecho concursal internacional.....	372
§ 19. Derecho Tributario internacional	374

Quinta parte

Derecho internacional de la expropiación y Derecho de inversiones

§ 20. Expropiaciones en virtud del derecho internacional.....	377
1. Admisibilidad de las expropiaciones	377
2. El efecto de las expropiaciones en el extranjero.....	385
a) La transferencia de bienes expropiados al extranjero	386
b) La expropiación directa e indirecta de bienes extranjeros.....	388
§ 21. Inversiones extranjeras: Importancia y normativa nacional	391
1. Importancia de las inversiones extranjeras	391
2. Restricciones a la inversión extranjera directa	393
3. Inversión y desarrollo sostenible	395
§ 22. Contratos de inversión entre Estados y empresas extranjeras	397
§ 23. Mecanismos de protección en el Derecho de inversiones	401
1. Visión general	401
2. Acuerdos bilaterales de protección de las inversiones y protección de inversiones en tratados de comercio	404
a) Consideraciones generales.....	404
b) Ámbito de protección personal.....	407
c) Inversiones protegidas.....	412
d) “Cláusula paraguas” (<i>umbrella clause</i>)	418
e) Principio de trato nacional	420

f) Cláusula de la nación más favorecida	420
g) Principio de “protección y seguridad plenas”.	422
h) Principio de “trato justo y equitativo”Literatura:	427
i) Protección contra la expropiación e indemnización	439
j) Cláusulas de emergencian	443
3. El Tratado de la Carta Europea de Energía.....	444
4. Medidas reglamentarias de interés general.....	445
5. Derechos humanos y protección del medio ambiente	448
6. Solución de controversias	449
a) Arbitraje internacional	449
b) El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI	453
c) Nuevas formas de jurisdicción interestatal	455
7. Acuerdos de inversión de la Unión Europea.....	456
a) Responsabilidad de la protección contractual de las inversiones	456
b) Resolución de controversias en los contratos de los Estados miembros de la UE.....	457
8. Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI).....	458
9. Regímenes nacionales de seguros.....	459

Sexta parte

Sistemas monetarios y servicios financieros internacionales

§ 24. Derecho monetario internacional.....	461
1. Generalidades.....	461
2. El desarrollo del sistema de Bretton Woods	462
3. Cumplimiento de la normativa sobre divisas.....	464

4. Eurodivisas.....	467
5. Bitcoin y otras monedas digitales	468
§ 25. Unión monetaria europea y otras uniones monetarias regionales	469
1. Unión Monetaria Europea.....	469
2. Otras uniones monetarias regionales	471
§ 26. Servicios financieros internacionales y el seguimiento de la política monetaria.....	471
1. Fondo Monetario Internacional	471
2. Banco Mundial.....	479
3. Insolvencia soberana y crisis de la deuda internacional	481

Abreviaturas

AA	Acuerdo sobre Agricultura
A.C	The Law Reports, Casos de apelación
ADR	Acuerdo Europeo sobre Transporte Internacional de Mercancías Peligrosas por Carretera
AFDI	Annuaire français de droit international
AG	Amtsgericht
AICPA	American Institute of Certified Public Accountants / Instituto Americano de Contadores Públicos Certificados
AJIL	American Journal of International Law/ Revista Americana de Derecho Internacional
American Int. Arb	American Review of International Arbitration / Revista Americana de Arbitraje Internacional
AoA	Acuerdo sobre agricultura
APEC	Asia-Pacific Economic Cooperation / Cooperación Económica Asia-Pacífico
Art.	Artículo
As.	Asunto
ASEAN	Association of Southeast Asian Nations / Asociación de Estados del Sudeste Asiático
ATCA	Alien Tort Claims Act
AVR	Archiv des Völkerrechts
AWG	Außenwirtschaftsgesetz
BB	Betriebs-Berater
BCE	Banco Central Europeo
BDGV	Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BIT	Bilateral Investment Treaty
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOT	Buid-Operate-Transfer
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BT	Deutscher Bundestag
BverfG	Bundesverfassungsgericht
BverfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BverwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts

BYIL	The British Year Book of International Law / Anuario Británico de Derecho Internacional
CDI	Convenio de Doble Imposición
CECA	Comunidad Europea del Carbón y del Acero
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEE	Comunidad Económica Europea
CEEA	Comunidad Europea de la Energía Atómica
CFI	Corporación Financiera Internacional
Cir.	Circuit / Circuito
CISG	Convention on Contracts for the International Sale of Goods / Convención sobre compraventa internacional de mercaderías
CIV	Reglas uniformes relativas al contrato de transporte internacional de viajeros y equipajes por ferrocarril
CMR	Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route/ Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera
COCOM	Coordinating Committee for East-West Trade / Comité de Coordinación para el Comercio Este-Oeste
Coord(s).	Coordinador(es)
COTIF	Convention relative aux transports internationaux ferroviaires / Convenio internacional relativo a los transportes internacionales por ferrocarril
CSCE	Conferencia para la seguridad y cooperación en Europa
DB	Der Betrieb
DO	Diario Oficial de la Unión Europea
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DSB	Dispute Settlement Body
DSU	Dispute Settlement Understanding
ECOFIN	Consejo de Ministros de economía y finanzas
ECOWAS	Economic Community of West African States / Comunidad Económica de los Estados de África Occidental
ed.	Edición
EE.UU.	Estados Unidos de América
EFTA	European Free Trade Association / Asociación Europea de Libre Comercio
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
ELJ	European Law Journal
esp.	Especialmente
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftrecht

F.2d	Federal Reporter, Second Series / Reportero Federal, Segunda Serie
FAO	Food and Agriculture Organization of the UN / Organización de las Naciones Unidas para la agricultura y la alimentación
FASB	Financial Accounting Standards Board
FIATA	International Federation of Freight Forwarders Associations / Federación internacional de asociaciones de transportistas
FMI	Fondo Monetario Internacional
F.Supp	Federal Supplement / Suplemento Federal
GG	Grundgesetz/Constitucional alemana
GATS/AGCS	General Agreement on Trade and Services / Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios
GATT	General Agreement on Trade and Tariffs / Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung / Sociedad de responsabilidad limitada
Governance	Governance: An International Journal of Policy, Administration and Institutions
GPA	Agreement on Government Procurement / Acuerdos sobre Compras del Sector Público
GRURInt.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GYIL	German Yearbook of International Law / Anuario Alemán de Derecho Internacional
IAS	International Accounting Standards / Estandares Internacionales de Contabilidad
IASB	International Accounting Standards Board / Junta de Estandares Internacionales de Contabilidad
IASC	International Accounting Standards Committee / Comité de Estandares Internacionales de Contabilidad
IATA	International Air Transport Association / Asociación Internacional de Transporte Aéreo
IBRD	International Bank for Reconstruction and Development / Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo
ICAO	International Civil Aviation Organization / Organización de Aviación Civil Internacional
ICJ/CIJ	International Court of Justice / Corte Internacional de Justicia

ICJ Reports	International Court of Justice Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly / Boletín de Derecho Internacional y Comparado
ICSID/CIADI	International Center for Settlement of Investment Disputes / Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
ICSID Review	ICSID Review – Foreign Investment Law Journal – Revista sobre Inversión Extranjera
IDA/AIF	International Development Association / Asociación Internacional de Fomento
IEA	International Energy Agency / Agencia Internacional de la Energía
IFC	International Finance Corporation / Corporación Financiera Internacional
IFRIC	International Financial Reporting Interpretations Committee / Comité de interpretaciones relativas a reportes de finanzas internacionales
IFRS	International Financial Reporting Standards / Estándares para reportes de finanzas internacionales
IHR	Internationales Handelsrecht
ILA	International Law Association / Asociación de Derecho Internacional
ILM	International Legal Materials / Materiales Legales Internacionales
ILO/OIT	International Labour Organization / Organización Internacional del Trabajo
ILR	International Law Reports, E. Lauterpacht (ed.)
IMF/FMI	International Monetary Fund / Fondo Monetario Internacional
IPRax	Praxis des internationalen Privat-und Verfahrensrechts
Iran-U.S.C.T.R	Iran-United States Claims Tribunal Reports
ITO/OIC	International Trade Organization / Organización Internacional de Comercio
JA	Juristische Arbeitsblätter
JIEL	Journal of International Economic Law / Revista de Derecho Económico Internacional
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JWT	Journal of World Trade / Revista de Comercio Mundial
JZ	Juristenzeitung
KAS	Konrad Adenauer Stiftung

KG	Kammergericht
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht
KTS	Konkurs-, Truhand und Schiedsgerichtswesen
LG	Landgericht
lit.	Littera
LNTS	League of Nations Treaty Series / Serie del Tratado de la Liga de Naciones
Marg.	Marginal
MAI	Multilateral Agreement on Investment / Acuerdo Multilateral de Inversiones
MCCA	Mercado Común Centroamericano
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MIGA	Multilateral Investment Guarantee Agency / Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones
MPEPIL	Max Planck Encyclopedia of Public International Law / Enciclopedia Max Planck de Derecho Internacional Público
MPYUNL	Max Planck Yearbook of United Nations Law / Anuario de Derecho de las Naciones Unidas Max Planck
n.	Nota
n.marg	Nota marginal
NAFTA/TLCAN	North American Free Trade Agreement / Tratado de Libre Comercio de América del Norte
N.D.	Northern District / Distrito Norte
N.E	North Eastern Reporter /Reportero Noreste
NILR	Netherlands International Law Review / Anuario Holandes de Derecho Internacional
NJOZ	Neue Juristische Wochenschrift
No.	Número
núm.	Número
NU	Naciones Unidas
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
N.Y.	Nueva York
OIC	Organización Internacional de Comercio
OLG	Oberlandesgericht
ONU	Organización de Naciones Unidas
ONGs	Organizaciones no gubernamentales
OPEC/OPEP	Organization of the Petroleum Exporting Countries / Organización de Países Exportadores de Petróleo
OSD	Órgano de solución de diferencias
par.	Párrafo / parágrafo

PESC	Política Exterior y de Seguridad Común
PIB	Producto Interno Bruto
p(p).	Página(s)
PPM	Production and Process Methods / Métodos de Proceso y Producción
PTA	Preferential Trade Agreements / Acuerdos Preferenciales de Comercio
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdC	Recueil des Cours de l'Académie de droit international de la Haye
RdE	Rech der Energiewirtschaft
REDI	Revista de Derecho de la Unión Europea
Res.	Resolución
Rev.arb	Revue de l'Arbitrage
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGDJP	Revue Generale du Droit International Public
RGD	Revista General de Derecho
RIAA	Reports of International Arbitral Awards / Reportes de Decisiones de Arbitraje Internacional
RID	Reglamento Internacional sobre el Transporte de Mercancías Peligrosas por Ferrocarril
RIE	Revista de Investigación Educativa
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RIW/AWD	Recht der International Wirtschaft / Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters (seir 1982: RIW)
s.	Siguiente
ss.	Siguientes
SADC	Comunidad Sudafricana de Desarrollo
S.Ct.	Supreme Court Reporter / Reportero de la Corte Suprema
SE	Societas Europaeae
SEC	Security and Exchange Commission
Ser.	Serie; Series
SICA	Sistema de Integración Centroamericano
SME	Sistema Monetario Europeo
SPS Agreement	Agreement of Sanitary and Phyto-Sanitary Measures / Acuerdo de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias
Supp.	Suplemento
t.	Tomo

TBT Agreement	Agreement on Technical Barriers to Trade / Acuerdo sobre Barreras Técnicas de Comercio
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TransportR	Transportrecht
TRIPS/ADPIC	Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights / Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio
TS	Tribunal Supremo
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
UEM	Unión económica y monetaria
UIC	International Railroad Union / Unión Internacional de Ferrocarriles
UN/NU	United Nations / Naciones Unidas
UNCED	UN Conference on Environment and Development / Conferencia de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo
UNCITRAL / CNUDMI	UN Commission on International Trade Law / Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional
UNCTAD	UN Conference on Trade and Development / Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo
UNESCO	UN Educational, Scientific and Cultural Organization / Organización de Naciones Unidas para la Educación, Ciencia y Cultura
UNIDO	UN Industrial Development Organization / Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial
UNTS	United Nations Treaty Series / Series de Tratados de Naciones Unidas
UNYB	United Nations Yearbook / Anuario de las Naciones Unidas
U.S.	United States (Reports)
USA	United States of America
U.S.C	United States Code
US-GAAP	United States – Generally Accepted Accounting Principles
v.	Versus
V.	Véase
Virginia J.Int.L	Virginia Journal of International Law / Revista de Derecho Internacional de Virginia

vol.	Volumen
VRÜ	Verfassung und Recht in Übersee
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WIPO/OMPI	World Intellectual Property Organization / Organización Mundial de Propiedad Intelectual
W.L.R	The Weekly Law Reports / Reportes Legales Semanales
WM	Wertpapiermittlungen
WTO/OMC	World Trade Organization / Organización Mundial de Comercio
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
YIEL	Yearbook of International Environmental Law / Anuario de Derecho Ambiental Internacional
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens – und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZPO	Zivilprozessordnung
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
ZVglRwiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

Direcciones de Internet

EU	www.europa.eu
IWF	www.imf.org
NAFTA	www.nafta-sec-alena.org
OCDE	www.oecd.org
CNUDMI	www.uncitral.org
UNO	www.un.org
Banco Mundial	www.worldbank.org
OMC	www.wto.org

Nueva cita de las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se citan según el ECLI (European Case Law Identifier) (para una explicación del nuevo método de citación: http://curia.europa.eu/jcms/jcms/P_126035/, consultado el 12 de enero de 2022).

Prólogo a la 13ª edición

Esta nueva edición refleja la dinámica del derecho económico internacional en diversos ámbitos. El tema de la responsabilidad social de las empresas ha cobrado mayor relevancia. A ello ha contribuido la legislación vigente o prevista en Europa (como la ley alemana sobre la cadena de suministro o la propuesta de directiva de la Comisión Europea), pero también la jurisprudencia reciente en Canadá, los Países Bajos y el Reino Unido. Además, el libro rastrea una serie de avances, por ejemplo, en el derecho del orden comercial mundial, en los acuerdos regionales de libre comercio y en el derecho internacional de inversiones.

El objetivo del libro no ha cambiado. Pretende ser una guía introductoria que facilite la comprensión de la organización de las relaciones económicas internacionales en el entramado del derecho internacional, el derecho de la Unión Europea y el derecho económico nacional. Este breve libro de texto está dirigido a estudiantes de derecho y economía, así como a lectores procedentes de la práctica jurídica y empresarial que busquen orientación en el amplio campo del derecho económico internacional.

Una vez más, me gustaría dar las gracias al personal de mi cátedra en Bonn, en particular al Dr. Sebastián Mantilla Blanco, LL.M., por su dedicada cooperación.

Matthias Herdegen
Bonn, agosto de 2022

Presentación

Es un honor para el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer presentar la más reciente edición de la renombrada obra del Dr. Matthias Herdegen, la cual expande los contenidos y desarrollos originales que el profesor ha realizado en sus anteriores ediciones acerca del derecho económico internacional.

Para la Fundación Konrad Adenauer contar con el apoyo del Dr. Herdegen en la ampliación y promoción del estudio del derecho en general nos llena de mucho orgullo y en tal medida, es para nosotros un honor contar con su voto de confianza para brindar nuevamente este trabajo a las manos de lectoras y lectores de habla española, quienes encontrarán en esta nueva edición una guía de referencia y de consulta acerca de la actualidad del nuevo orden económico internacional, los desafíos que este enfrenta y las dinámicas de diferentes actores económicos como los estados, las empresas, los organismos multilaterales y otros actores involucrados en actividades económicas de carácter multilateral.

El Dr. Herdegen entrega en esta obra una explicación detallada de las complejidades que existen con la aplicación de conceptos, estructuras y marcos jurídicos del derecho económico internacional, abordándolos desde múltiples perspectivas, y señalando los puntos sensibles en su aplicación, para llegar así a importantes reflexiones que permitan el mejor entendimiento de estas para toda la comunidad jurídica.

El desarrollo económico constituye un reto importante para los estados y la posibilidad de que este sea capaz de fomentar y respetar los principios del Estado de Derecho y de los estándares de Derechos Humanos continúa siendo un ideal fundamental. En este sentido, nos encontramos ante una obra con una inmensa importancia que refleja una opinión informada acerca de los últimos avances en materias como el comercio internacional, la solución de diferencias económicas, el derecho internacional de las empresas y el funcionamiento de los sistemas financieros internacionales, por nombrar algunos de los temas desarrollados aquí por el Dr Herdegen.

Debido a lo anterior consideramos que, para los lectores de este trabajo, el aporte brindado por el Dr. Herdegen es sustancial e invita a fortalecer las capacidades y conocimientos en esta importante materia, por lo que esperamos que sea objeto de activa lectura, análisis y reflexión.

Hartmut Rank
Director Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Fundación Konrad Adenauer Bogotá D.C, noviembre de 2024

Primera Parte

Introducción

§ 1. Concepto y significado del derecho económico internacional

Literatura:

C. Baudenbacher, Internationales und europäisches Wirtschaftsrecht, Vol. 1-3, 2004; *D. Bethlehem/D. McRae/R. Neufeld/I. Van Damme*, The Oxford Handbook of International Trade Law, 2009; *J. Braithwaite/P. Drahos*, Global Business Regulation, 2008; *D. Carreau/B. Juillard*, Droit international économique, 6.^a ed. 2017; *S. Charnovitz*, ¿Qué es el Derecho económico internacional? JIEL 14 (2011), p. 3 y ss.; *W. J. Davey/J. H. Jackson*, The Future of International Economic Law, JIEL 10 (2007), p. 439 y ss.; *C. Kreuter-Kirchhof*, Economy and Culture in International Law, en: W. Graf Vitzthum/A. Proelß (eds.), Völkerrecht, 8.^a ed. 2019, p. 585 y ss.; *G. Erler*, Grundprobleme des internationalen Wirtschaftsrechts, 1956; *W. Fikentscher*, Wirtschaftsrecht, Bd. I, Weltwirtschaftsrecht und Europäisches Wirtschaftsrecht, 1983; *P. Fischer*, Das internationale Wirtschaftsrecht - Versuch einer Systematik, GYIL 19 (1976), p. 143 y ss.; *R. Folsom/M. Gordon/J. Spanogle*, . *Gordon/J. Spanogle*, International Business Transactions, 12.^a edición 2015; *R. Goode/H. Kronke/E. McKendrick/J. Wool*, Transnational Commercial Law, 6.^a ed. 2021; *L. Gramlich*, International Business Law, 2004; *A. Guzman/J. Pauwelyn/J. A. Hillmann*, International Trade Law, 3.^a ed. 2016; *M. Herdegen*, International Economic Law, en: A. Peters (ed.), MPEPIL, 2020; *ders.*, Principles of International Economic Law, 2.^a ed. 2016; *J. H. Jackson*, The World Trading System, 2.^a ed. 1997; *C. Joerges*, Vorüberlegungen zu einer Theorie des internationalen Wirtschaftsrechts, RabelsZ 43 (1979), p. 6 y ss.; *G. Kegel/K. Schurig*, Internationales Privatrecht, 9.^a ed. 2004, § 23; *P. Kohona*, The Regulation of International Economic Relations Through Law, 1985; *H. Kronke/W. Melis/A. K. Schnyder* (eds.), Handbuch Internationales Wirtschaftsrecht, 2.^a ed. 2017; *F. Lachenmann/R. Wolfrum* (eds.), International Economic Law: The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2015; *S. Lester/B. Mercurio/A. Davies*, World Trade Law: Text, Materials and Commentary, 3.^a ed. 2018; *A. F. Lowenfeld*, International Economic Law, 2.^a ed. 2008; *S. Langer*, Grundlagen einer internationalen Wirtschaftsverfassung, 1995; *M. A. G. Meerhaeghe*, International Economic Institutions, 7.^a ed. 1998; *K. M. Meessen*, Zu den Grundlagen des internationalen Wirtschaftsrechts, AöR 110 (1985), p. 398 y ss.; *A. Qureshi/A. Ziegler*, International Economic Law, 4.^a ed. 2019; *I. Seidl-Hohenveldern*, International Economic Law, 3.^a ed. 1999; *M. J. Trebilcock/R. Howse/A. Eliason*, The Regulation of International Trade, 4.^a ed. 2012; *P. VerLoren van Themaat*, The Changing Structure of International Economic Law, 1981.

Colecciones de materiales:

Chia-Jui Cheng (ed.), Basic Documents on International Trade Law, 4.^a ed. 2012; *J. H. Jackson/W. J. Davey/A. O. Sykes*, Legal Problems of International Economic Relations, 7.^a ed. 2021.

- 1 Las transacciones económicas internacionales están inmersas en una red de normativas que tienen su origen en diversas fuentes jurídicas y se refieren al amplio espectro de actividades económicas de los Estados, las organizaciones internacionales y las empresas privadas. La interacción entre las normas con las que los ordenamientos jurídicos nacionales, el derecho internacional y el derecho de la Unión Europea regulan las transacciones económicas internacionales es cada vez más estrecha. La creciente interdependencia de las áreas económicas nacionales y los esfuerzos globales por reducir las barreras al comercio (liberalización) implican que ya no es posible considerar los complejos normativos individuales (como el derecho internacional privado de los Estados individuales o el derecho económico internacional) de forma aislada.

- 2 Este desarrollo está forzando una vinculación jurisprudencial de los complejos individuales que regulan el establecimiento transfronterizo de empresas, el comercio internacional de bienes y servicios, el movimiento de mano de obra y el movimiento internacional de capital. El resultado es una visión jurídica global del orden económico internacional: el derecho económico internacional.
- 3 La interacción de las diferentes áreas normativas puede ilustrarse, por ejemplo, con las condiciones del marco jurídico que son decisivas para la decisión de una empresa de establecer una sucursal, crear una filial o realizar otras inversiones de capital en el extranjero. Las cuestiones de derecho societario internacional, fiscal y laboral también podrían incluirse en el proceso de toma de decisiones, al igual que la protección de las inversiones en virtud del derecho internacional y las posibles restricciones a la transferencia de beneficios.
- 4 El derecho internacional, el derecho administrativo económico y el derecho económico privado están estrechamente entrelazados, por ejemplo, en el caso de las restricciones al comercio exterior (por ejemplo, mediante una prohibición de importación o exportación). En el caso de los Estados miembros de la Unión Europea, las competencias y los mecanismos intergubernamentales de la Unión sustituyen y se superponen a los poderes reguladores de los Estados miembros individuales. Las prohibiciones de importación y exportación impuestas por Estados individuales, grupos de Estados y las Naciones Unidas en relación con conflictos interestatales, violaciones graves de los derechos humanos o medidas represivas internas son un ejemplo de la interconexión de los distintos niveles de regulación. Algunos ejemplos son las medidas de embargo contra Irak tras la ocupación de Kuwait,¹ contra la antigua República de Yugoslavia por las graves violaciones del derecho internacional humanitario en Bosnia-Herzegovina² y por la persecución de la población civil albanesa en Kosovo³ o contra Irán por su programa nuclear.⁴

En el plano del derecho internacional, debe observarse aquí la competencia del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas para la imposición de un embargo comercial de conformidad con el artículo 41 de la Carta de la Organización de Naciones Unidas (ONU), que los miembros de las Naciones Unidas deben aplicar (Artículo 25, 48 de la Carta de la ONU). En la República Federal de Alemania, la autorización del Artículo 4 (2) de la Ley de Comercio Exterior y Pagos (AWG) sirve para aplicar dicha obligación en virtud del derecho internacional. Esta disposición autoriza (en conjunción con el Artículo 12 (1) AWG) restricciones al comercio exterior por vía reglamentaria con el fin de aplicar las resoluciones del Consejo de Seguridad (nº 3) y garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los acuerdos intergubernamentales a los que los órganos legislativos hayan dado su consentimiento en forma de ley federal (nº 4).

La autorización del artículo 4 (1) de la AWG permite medidas similares, por ejemplo, para proteger la coexistencia pacífica de los pueblos (nº 2) y las relaciones exteriores de la República Federal de Alemania (nº 3). En este contexto, cabe señalar que la República Federal de Alemania y los demás Estados miembros de la Unión Europea han perdido en gran medida su competencia para tomar decisiones de política comercial. Según el artículo 206 del Tratado

1 S/RES 661 (1990).

2 S/RES 771 (1992); S/RES 787 (1992).

3 S/RES 1160 (1998); S/RES 1199 (1998); S/RES 1203 (1998); S/RES 1244 (1999).

4 S/RES 1696 (2006); S/RES 1737 (2006); S/RES 1747 (2007); S/RES 1803 (2008); S/RES 1929 (2010).

de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), la política comercial ha pasado a ser competencia de la Unión Europea. En el caso del embargo de Irak, las medidas alemanas estaban amparadas por un reglamento de la Comunidad Europea (reglamento de embargo de la Comunidad Europea).⁵ Hace tiempo que el TFUE aclaró expresamente que las competencias de la Unión Europea también abarcan las sanciones económicas contra terceros países basadas en decisiones en el marco de la política exterior y de seguridad común y motivadas por la política exterior (Artículo 75, 215 TFUE).

- 5 El ejemplo de las medidas de embargo también muestra cómo las posiciones de las empresas privadas están sujetas a los intereses del Estado y a los conflictos de intereses. Una prohibición de exportación puede conducir a la nulidad de los contratos de suministro y constituye un obstáculo al cumplimiento en virtud del derecho de obligaciones. Una cuestión importante sigue siendo si otros Estados observan o no una prohibición de exportación.
- 6 El término "derecho económico internacional" se utiliza en la literatura jurídica desde hace varias décadas. También se reconoce cada vez más la necesidad de considerar al derecho económico internacional como asignatura independiente en la formación jurídica. Como conceptualización moderna, el *derecho económico internacional* se refiere a la regulación de las relaciones económicas internacionales dentro de la red de normas internacionales y nacionales. El contenido del *derecho económico internacional* como materia de estudio jurídico se encuentra todavía en estado de cambio. Una de las razones es que la materia desafía una categorización clara en las disciplinas jurídicas convencionales. La diversidad de los movimientos transfronterizos de mercancías y factores de producción y los diferentes sujetos de las transacciones económicas internacionales dificultan una descripción generalmente reconocida de este complejo jurídico. Una división de las relaciones jurídicas en derecho internacional y derecho nacional o derecho privado y derecho público desgarraría las conexiones justificadas por los hechos y obstaculizaría la visión de una comprensión sintetizadora de la vida económica actual en la comunidad internacional. Aquí es donde se hacen patentes las debilidades de una parcelación de los dos campos del derecho, una debilidad de la que la jurisprudencia alemana aún adolece mucho más que, por ejemplo, el pensamiento jurídico angloamericano.
- 7 Tampoco en los sistemas económicos en los que los grandes movimientos de bienes y factores de producción están en manos de particulares puede ignorarse, desde un punto de vista jurídico, el control estatal ejercido sobre la producción y el comercio. En el plano del derecho internacional público, el ámbito estatal de decisión se ve restringido por los compromisos derivados de acuerdos internacionales; entre ellos, por ejemplo, las disposiciones de los acuerdos sobre el comercio mundial como el Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT). El mercado interior de la Unión Europea es actualmente el máximo exponente de la consecución de la libre circulación de mercancías, servicios, personas y capitales, en un grado no alcanzado en otra parte. Finalmente, el derecho internacional público general, por medio del principio consuetudinario de no intervención, limita las posibilidades de cada Estado de hacer valer su Derecho del comercio exterior más allá de su ámbito nacional (por ejemplo, mediante la extensión de restricciones al comercio a filiales extranjeras de empresas nacionales).

5 Sobre la responsabilidad de la República Federal de Alemania a causa del embargo de Irak con respecto a la interferencia en las relaciones contractuales de partes privadas con el Estado de Irak BGHZ 125, 27 = BGH, JZ 1994, p. 725 m. Nota de M. Herdegen, p. 729 y ss.

- 8 En principio, los Estados no están obligados individualmente a cumplir o hacer cumplir la normativa económica de un Estado extranjero en su propio territorio o con respecto a sus propios nacionales. La situación es diferente en el caso de las disposiciones especiales de los tratados; el ejemplo más conocido es la disposición del artículo VIII Sección 2 *lit. b* del Acuerdo de Bretton Woods sobre el Fondo Monetario Internacional de 1944, que obliga a los Estados miembros a observar las regulaciones sobre divisas.⁶ Según esta disposición, las reclamaciones contractuales de pago en una determinada divisa, para las que falte la preceptiva autorización del banco central de un Estado contratante, no pueden hacerse valer ante los tribunales de otro Estado.
- 9 El efecto "extraterritorial" del derecho nacional es uno de los grandes temas del derecho económico internacional.⁷ Se trata, por ejemplo, de que un Estado someta un comportamiento competitivo en otro país a sus normas de prohibición porque repercute en la actividad del mercado en su propio territorio. En el caso de las restricciones al comercio exterior (como la prohibición de exportar máscaras tribales de un país africano), a menudo se plantea la cuestión de cómo afectan dichas restricciones a los contratos privados de suministro en virtud de la legislación de otro país (por ejemplo, como motivo de inmoralidad en virtud del artículo 138 (1) del BGB).
- 10 Una comprensión adecuada de la vida económica actual en la comunidad internacional requiere, por tanto, una visión global y completa. El *derecho económico internacional* reúne así, en particular, el derecho internacional, el derecho del comercio exterior y los elementos de derecho civil del derecho económico nacional. Esta comprensión rechaza una concepción del derecho económico internacional basada sistemáticamente en las fuentes jurídicas y centrada únicamente en los complejos normativos del derecho internacional (limitación al derecho económico internacional). De este modo, se sustituye una perspectiva basada en las regulaciones intergubernamentales por una orientación hacia la función reguladora del derecho. El derecho económico internacional se revela así como un marco regulador normativo de las relaciones económicas internacionales. Según esta concepción, el derecho económico internacional no es sólo el derecho internacional de la economía (es decir, el derecho económico internacional tal y como lo describen, por ejemplo, *Carreau/Juillard*, *Schwarzenberger* y *Seidl-Hohenveldern*), sino también el derecho de la economía internacional (*Behrens*, *Erler*, *Fikentscher*, *P. Fischer*, *Großfeld*, *Joerges*).
- 11 El concepto de orden económico mundial se refiere a la integración de los sistemas económicos nacionales en el comercio económico mundial. Por lo tanto, la comprensión del derecho económico internacional como marco regulador sólo puede satisfacerse mediante un enfoque que tenga en cuenta la importancia de la regulación jurídica de las transacciones económicas privadas para la capacidad de integración de un sistema nacional y no considere las transacciones económicas exteriores únicamente como un factor intergubernamental. La eliminación de la economía planificada marxista del círculo de modelos competitivos o aceptables y el fracaso de los sistemas comerciales estatales deben reforzar esta toma de conciencia.

6 Véase más abajo, § 24 párrafo 15.

7 Véase más abajo, § 3 párr. 42 y ss.

- 12** La concepción que se va a defender en este trabajo es la del derecho económico internacional como el ordenamiento jurídico de las relaciones económicas entre Estados y organizaciones internacionales, la circulación de bienes, servicios y factores de producción por parte de particulares, y los aspectos transfronterizos de las estructuras empresariales y las normas de producción.
- 13** La inclusión de los aspectos del derecho civil conlleva una importante ampliación del contenido. Esto obliga a limitar los siguientes comentarios a cuestiones seleccionadas. Los instrumentos reguladores del derecho internacional ya van mucho más allá del equilibrio de intereses entre Estados. Los acuerdos internacionales (por ejemplo, en el derecho de obligaciones) se utilizan cada vez más para regular las transacciones comerciales privadas en aras de la armonización jurídica y la mejora de la cooperación. Algunos ejemplos son los acuerdos sobre la venta internacional de mercancías o la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Lo único de naturaleza jurídica internacional aquí es la incrustación normativa. En el fondo, no se trata realmente de regular las relaciones económicas entre Estados (y organizaciones internacionales), sino de facilitar las transacciones económicas privadas. La contradicción entre el derecho internacional, por un lado, y el derecho civil y mercantil, por otro, parece estar ampliamente anulada en el derecho de la Unión Europea. El derecho internacional privado (conflicto de leyes) es uno de los complejos de derecho civil que desempeñan un papel especialmente importante en el derecho mercantil internacional. El derecho internacional privado de cada Estado regula el ordenamiento jurídico nacional según el cual deben regirse los elementos individuales de las relaciones jurídicas entre las partes implicadas en el caso de asuntos con implicaciones extranjeras (por ejemplo, cuando se celebra un contrato de compraventa en Alemania que debe cumplirse en Panamá). Las cuestiones de conflicto de leyes relacionadas con el derecho de compraventa, el derecho de propiedad industrial, el derecho de sociedades, el derecho de la competencia y el derecho de insolvencia merecen un tratamiento especial.
- 14** La extensión del derecho económico internacional a la regulación de las transacciones económicas privadas también se basa en valores inherentes al propio derecho internacional moderno. Es cierto que el núcleo del derecho económico internacional está formado por las normas que rigen las relaciones económicas entre los Estados y las organizaciones internacionales. Esto incluye complejos clásicos como la inmunidad estatal, así como la organización del comercio mundial basada en tratados internacionales a través del derecho de la Organización Mundial de Comercio (OMC). Sin embargo, incluso el derecho internacional consuetudinario tradicional establece límites al acceso de un Estado a la propiedad de los extranjeros. En la práctica de los tratados internacionales, los inversores privados suelen disfrutar de una protección especial a través de acuerdos entre su Estado de origen y el Estado extranjero anfitrión. En este caso, sólo el Estado de origen puede hacer valer reclamaciones en virtud del derecho internacional. Sin embargo, el peso económico de algunas empresas multinacionales conduce a una equiparación de facto entre el "inversor privado" y el Estado anfitrión. Esta fuerza puede entonces reflejarse también en el derecho: concretamente en el intento de la empresa de dirigirse contractualmente al Estado extranjero como socio igualitario y de sustraer las relaciones jurídicas (por ejemplo, para proteger la existencia de una concesión) al alcance del derecho nacional. La posición jurídica de la empresa individual se refuerza aún más si los contratos o acuerdos intergubernamentales entre la empresa y el Estado anfitrión sitúan a este Estado y a su socio "privado" en el mismo nivel procesal al someterlos al arbitraje o a otros mecanismos de resolución de disputas. La relación jurídica entre el particular o la empresa y el Estado extranjero la decide entonces un organismo independiente. Cabe mencionar aquí en particular el Centro Internacional de Arre-

glo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), que ofrece un foro para los procedimientos de arbitraje entre los Estados contratantes y los inversores privados sobre la base de un tratado multilateral.

Los acuerdos especiales, como los alcanzados por EE.UU. e Irán a raíz del "asunto de la toma de rehenes en Teherán" con el establecimiento de un tribunal de arbitraje en La Haya (*Tribunal de Reclamaciones Irán-EE.UU.*), pueden, brindar a los particulares, desde el punto de vista de la ejecución de sus derechos, una protección equivalente a la de un tribunal estatal. Ese Tribunal arbitral garantizó, de manera apropiada, la satisfacción de las reclamaciones planteadas por los acreedores estadounidenses mediante la puesta a disposición de activos procedentes de la previa congelación de bienes iraníes que el Gobierno de Estados Unidos había realizado en su país.

- 15** Sin embargo, la revalorización de las posiciones jurídicas de los particulares no es sólo el resultado del poder económico, como el que disfrutaban los países industrializados occidentales al proteger a sus nacionales o a las grandes empresas multinacionales. En el desarrollo de la protección de los derechos humanos sobre una base contractual o de derecho consuetudinario, se reconoce cada vez más a los particulares como titulares de sus propios derechos, que también configuran su posición como sujetos económicos. Estos efectos son de mayor alcance allí donde la protección de los derechos humanos ha experimentado una diferenciación comparable a la de los derechos fundamentales nacionales y está flanqueada por mecanismos de control eficaces. Esto se aplica sobre todo al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que, por ejemplo en el derecho de radiodifusión o en la protección de la propiedad, interviene profundamente en la organización de la vida económica garantizando las libertades individuales. Las garantías del CEDH también desempeñan un papel clave en el derecho de la Unión Europea como factor de conexión para el establecimiento de principios jurídicos generales y como fuente de inspiración para la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (sobre la adhesión prevista al CEDH, artículo 6 del TFUE). Regímenes contractuales como el "Convenio de Bioética" del Consejo de Europa establecen límites a las opciones de la biomedicina moderna en interés de la dignidad humana y de una determinada imagen de la humanidad y restringen el acceso a los datos genéticos en el sector de los seguros y en la vida laboral.
- 16** Debido a su función rectora de las relaciones económicas internacionales, como marco para el conflicto y el equilibrio de los diferentes intereses dentro de la comunidad de Estados, el derecho económico internacional está fuertemente cargado de valores políticos. Sin embargo, esto no sólo se aplica a la dimensión intergubernamental, sino también a la regulación de las relaciones económicas privadas. La visión de un mero marco regulador para el "biotopo" de una sociedad de entidades económicas privadas en gran medida autorregulada no cumple las tareas reguladoras del derecho económico internacional. Al mismo tiempo, existe un amplio acuerdo en que la salvaguarda transfronteriza de la competencia efectiva a través de normas uniformes o armonizadas de derecho antitrust y - yendo aún más lejos - a través de organismos de supervisión intergubernamentales es una de las preocupaciones esenciales del orden económico moderno. Hasta ahora, este orden internacional de la competencia sólo se ha hecho realidad en el seno de la Unión Europea.
- 17** Uno de los valores centrales de un orden constitucional es el reconocimiento del individuo como persona con responsabilidad personal que no debe quedar simplemente a merced del poder soberano. El derecho internacional moderno prohíbe la subordinación de la individualidad humana a objetivos económicos y que el estatus jurídico del individuo en el Estado o dentro de

la comunidad de Estados se oriente enteramente hacia las expectativas de eficacia económica. Esta idea caracteriza la relación entre el derecho y el análisis económico.⁸ El contenido de derechos humanos del derecho internacional moderno y los derechos fundamentales del Estado constitucional ideológicamente neutral prohíben que el derecho sea visto simplemente como la "servidora" de la racionalidad económica (como siempre se ha entendido). Más bien ocurre lo contrario: la imagen del hombre cristalizada en un sistema jurídico controla el diseño del orden económico.⁹

- 18** La ley determina el abanico de opciones que quedan en el ámbito económico tanto a nivel intergubernamental como nacional. No es el *homo oeconomicus*, configurado según alguna doctrina económica, sino la decisión normativa básica a favor del margen de libertad individual y la disciplina del poder económico la que crea el marco normativo nacional e internacional para configurar la vida económica.

§ 2. Globalización de las relaciones económicas

Literatura:

S. Alam/N. Klein/I. Orelund, Globalisation and the Quest for Social and Environmental Justice, 2010; *U. Beck*, Was ist Globalisierung? 3ª ed. 2007; *W. Benedek/K. DeFeyter/M. Marrella*, Economic Globalisation and Human Rights, 2011; *T. Friedman*, The World is Flat: A Brief History of the Twenty-First Century, 2005; *J. Bhagwati*, In Defense of Globalisation, 2007; *M. Doucet*, Global Justice and Democracy: The Anti-globalisation Movement, 2011; *D. W. Drezner*, All Politics is Global: Explaining International Regulatory Regimes, 2007; *D. Gerber*, Global Competition: Law Markets and Globalisation, 2010; *U. J. Heuser*, Das Unbehagen im Kapitalismus, 2000; *I. Kaul/I. Grunberg/M. A. Stern* (eds.), Global Public Goods, 1999; *P. Krugman/M. Obstfeld/M. Melitz*, Internationale Wirtschaft, 11ª ed. 2019; *W. H. Reinicke*, Global Public Policy, 1998; *D. Rodrik*, The Globalisation Paradox, 2011; *H. Siebert*, Weltwirtschaft, 1997; *ders. / O. Lorz*, Außenwirtschaft, 9ª ed. 2014; *ders.* (ed.), Global Governance: An Architecture for the World Economy, 2003; *J. Spero/J. Hart*, The Politics of International Economic Relations, 7ª ed. 2010; *J. Stiglitz*, Globalization and its Discontents, 2002; *T. Vollmöller*, Die Globalisierung des öffentlichen Wirtschaftsrechts, 2001; *C. von Weizsäcker*, Logik der Globalisierung, 3ª ed. 2003; *M. Wolf*, Why Globalization Works, 2004.

- 1** La estrecha interconexión de las áreas económicas nacionales se esboza a menudo en el debate público con la palabra clave "globalización" de la economía. La atención se centra aquí en la integración ya avanzada de los mercados de capitales y la circulación de mercancías en particular. La integración mundial de los mercados de servicios va a la baja. La interconexión internacional de los mercados laborales (en formas de integración regional como el mercado único europeo) es menos pronunciada. La globalización de las relaciones económicas se remonta a la época de los grandes imperios coloniales y se ha visto impulsada por el desarrollo de los medios modernos de comunicación y transporte. Sin embargo, la globalización económica sólo adquirió su consolidación normativa con el desmantelamiento de las barreras comerciales en el marco contractual (como el GATT y los demás tratados de la Organización Mundial del Comercio creada en 1994) y la creación de un sistema monetario internacional. Además, uno de los componentes centrales del proceso de globalización es el desmantelamiento de las barreras a la inversión, las distorsiones de la competencia y la intervención estatal. En el terreno políti-

⁸ Sobre el análisis económico del derecho *R. A. Posner*, Economic Analysis of Law, 9ª ed. 2014.

⁹ Véase, por ejemplo, *K.-H. Fezer*, Aspekte einer Rechtskritik an der economic analysis of law und am property rights approach, JZ 1986, p. 817 y ss.; *E. Hoppmann*, Ökonomische Theorie der Verfassung, ORDO 38 (1987), p. 31 y ss.

co, el triunfo de los modelos de Estado constitucional y democrático y de los sistemas de economía de mercado ha actuado como catalizador del proceso de globalización. En los procesos de transformación asociados, el sector estatal se ha reducido drásticamente en muchos países. En algunos países, el desmantelamiento de los monopolios estatales y la privatización de las empresas públicas (por ejemplo, en los mercados del transporte o las telecomunicaciones) han dado grandes pasos. Una faceta importante de la globalización económica es el acuerdo global sobre la protección de los intereses comunes en los que la comunidad internacional tiene interés (*bienes comunes globales/bienes públicos globales*). Entre ellos se encuentran la protección del clima y el control de la contaminación del aire y del agua, así como la preservación de los bienes culturales de importancia mundial. Además, los valores fundamentales reconocidos por el derecho internacional, como los derechos humanos básicos, sirven como parámetros de control, en particular para la cooperación al desarrollo.

- 2 Adam Smith (*An Inquiry into the Nature and the Causes of the Wealth of Nations*, 1776) y David Ricardo (*On the Principles of Political Economy and Taxation*, 1817) ya han proporcionado importantes explicaciones sobre las ganancias de bienestar asociadas a la creciente interdependencia de las economías nacionales, especialmente en lo que respecta a las ventajas de costes comparativos del libre comercio y la división del trabajo.¹⁰
- 3 La globalización de las relaciones económicas, con una integración cada vez más estrecha de los mercados nacionales y una gran movilidad del capital financiero y físico, alimenta constantemente la competencia internacional entre las localizaciones, que se nutre sobre todo de los esfuerzos por atraer inversiones nacionales y extranjeras. Esta competencia también tiene un impacto particular en las condiciones del marco jurídico para la creación de empresas, la fiscalidad, las normas laborales y sociales y otras condiciones de producción.
- 4 En los últimos tiempos se ha generalizado el malestar por el fenómeno de la globalización, entendido como un conjunto de amenazas más o menos claras. Detrás de ello está el temor al dominio de los grandes bloques económicos y a la marginación de los países en desarrollo. Además, la presión competitiva asociada a la globalización plantea un desafío particular no sólo para las economías de los países en vías de desarrollo. El aumento de la competencia internacional también está poniendo en peligro los "biotopos" sociales y culturales de los países ricos que están firmemente arraigados en la conciencia colectiva.¹¹ Estas preocupaciones se combinan a menudo con la resistencia al poder de las empresas multinacionales y con una hostilidad inespecífica hacia la tecnología o con temores bastante comprensibles ante los riesgos de las tecnologías modernas. La crisis financiera de 2007 en adelante, que se extendió rápidamente, mostró claramente cómo la negligente evaluación de riesgos de los grandes (y pequeños) bancos y el ansia desenfrenada de rentabilidad pueden poner en peligro de un plumazo varias economías nacionales en la interdependencia global de los mercados de capitales. Las organizaciones no gubernamentales, que como actores multinacionales se benefician ellas mismas en su eficacia de la creación de redes mundiales, se complacen en actuar como vehículos de todas estas preocupaciones y resistencias. La resistencia a la globalización, que se expresa en protestas contra la OMC, por ejemplo, oscurece las ganancias de bienestar que ya se han producido o que aún pueden esperarse, especialmente para los países más pobres

10 A este respecto, O. Lorz/H. Siebert, *Außenwirtschaft*, 9ª ed. 2014.

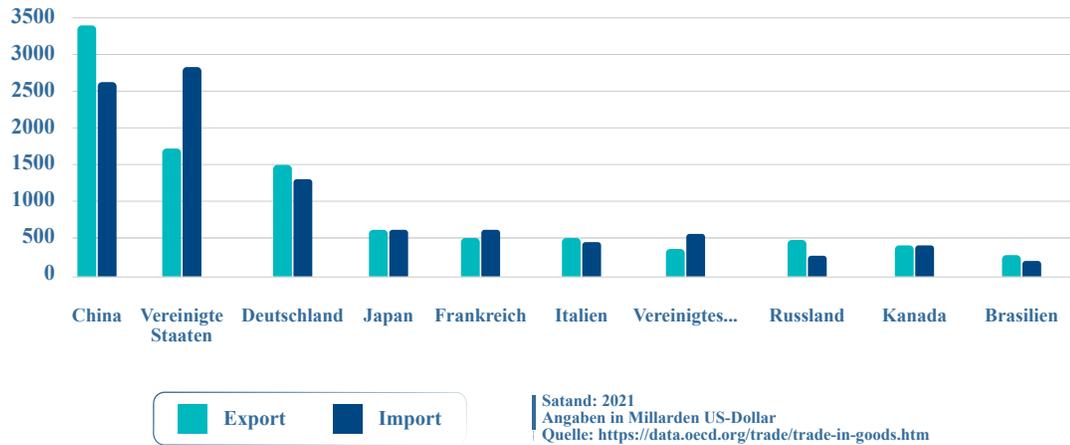
11 J. P. Paul, *Cultural Resistance to Global Governance*, *Michigan Journal of International Law* 22 n° 1 (2000), p. 1 y ss.

(incluso a través de la inversión extranjera directa). Ciertamente, algunos de los efectos de la integración mundial de los mercados de bienes, servicios y capitales deben contemplarse con atención crítica y también pueden justificar los llamamientos a una intervención estatal más fuerte en algunos casos. Por otro lado, la crítica fundamental de los llamados "oposidores a la globalización" no se dirige en última instancia sólo contra la eficacia de un intercambio de bienes basado en el mercado y contra la búsqueda natural de una prosperidad creciente a través del comercio transfronterizo y de una especialización cada vez mayor.¹² Un rechazo frontal de las redes comerciales económicas mundiales tampoco reconoce su importancia estabilizadora para la comunidad internacional. Esta dimensión estabilizadora y pacificadora del comercio y de la interdependencia de las economías nacionales está detrás de la famosa sentencia del economista y publicista francés Frédéric Bastiat (1801-50): "Si las mercancías no cruzan las fronteras, lo harán los soldados".

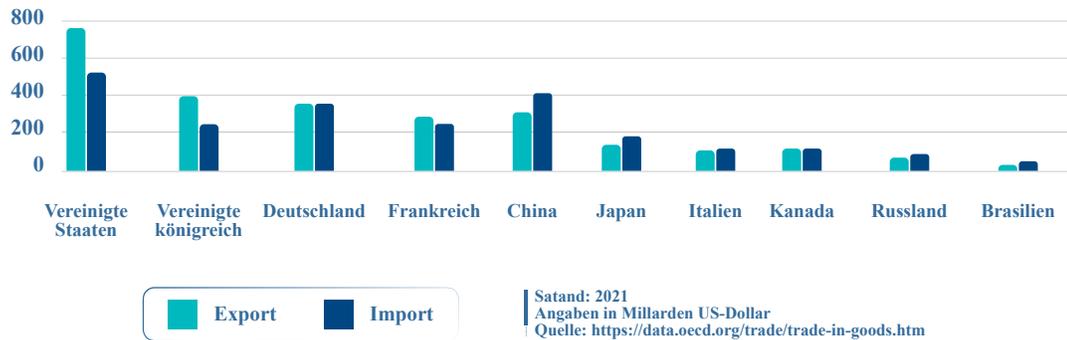
- 5 Por supuesto, esto no cambia las injusticias y asimetrías distributivas existentes en la organización de los procesos de política económica. A menudo, estas injusticias y asimetrías no tienen su origen en el proceso de globalización, sino en desigualdades que preceden a la globalización. Esto incluye también los desequilibrios sociales, económicos y políticos de muchos países que se consideran "víctimas" de la globalización, ya sea por ellos mismos o por otros.
- 6 El actual "debate sobre la globalización" a menudo no reconoce que la interdependencia de las economías nacionales no es un fenómeno nuevo y es particularmente diversa en términos de movilidad de personas, bienes, servicios y capital. La interconexión de los mercados de capitales alcanzó un nivel extraordinariamente alto en el periodo anterior a la Primera Guerra Mundial, por ejemplo. La movilidad global de las personas y la interconexión asociada de los mercados laborales siguen siendo hoy menos pronunciadas que en algunas épocas anteriores. Es precisamente la ansiosa protección de las normas sociales en muchos países industrializados, al tiempo que se sellan los mercados laborales al mundo exterior, lo que establece poderosas barreras a la globalización en este sector.
- 7 La interconexión de las relaciones económicas también conduce a un mecanismo de control global (*Global Governance*). En ello no sólo intervienen los Estados y las organizaciones internacionales. Las organizaciones no gubernamentales y las empresas privadas también establecen incentivos de comportamiento y desarrollan normas con autoridad internacional. Por ejemplo, las agencias privadas de calificación tienen una influencia decisiva en la evaluación de la solvencia (calificación crediticia) de las empresas e incluso de los Estados.
- 8 Existe una gran disparidad en la participación de las distintas regiones del mundo en el comercio de bienes y servicios. Europa (principalmente la Unión Europea), Asia y Estados Unidos desempeñan claramente un papel dominante tanto en las importaciones como en las exportaciones.

¹² Por ejemplo, la conferencia de V. Smith, Human Betterment through Globalisation.

Warenhandelsvolumina einzelner Staaten



Dienstleistungshandelsvolumina einzelner Staaten



Segunda Parte

Fundamentos

§ 3. Fuentes jurídicas del derecho económico internacional

1. El derecho internacional como orden de las relaciones económicas interestatales

Literatura:

R. Bismuth/D. Carreau/A. Hamann/P. Juillard, Droit international économique, 6ª ed. 2017, § 2; *R. Dolzer/C. Kreuter-Kirchhof*, Economy and Culture in International Law, en: W. Graf Vitzthum/A. Proelß (eds.), Völkerrecht, 8.ª ed. 2019, p. 455 y ss.; *P. Fischer*, Das Internationale Wirtschaftsrecht, GYIL 19 (1976), p. 143 y ss.; *K. Hailbronner*, Entwicklungstendenzen des Wirtschaftsvölkerrechts, 1983; *P. Picone/G. Sacerdoti*, Diritto Internazionale dell'Economia, 1982; *I. Seidl-Hohenveldern*, International Economic Law, 3ª ed. 1999; *Zamora, S.*: "Is there Customary International Economic Law?", GYIL, 32/1989, pp. 9 y ss., esp. pp. 29 y ss.

a) Nociones generales sobre el derecho económico internacional

- 1 En su esencia, el derecho internacional sigue teniendo como objetivo organizar las relaciones entre los Estados. Sin embargo, desde el final de la Segunda Guerra Mundial, el desarrollo de la protección de los derechos humanos ha llevado a una revalorización del individuo frente a su Estado de origen (o de residencia). Además, los tratados constitutivos de las organizaciones internacionales, los actos jurídicos de sus órganos y sus relaciones exteriores han cobrado mucha más importancia.
- 2 La disposición del artículo 38 párr. 1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia enumera las fuentes reconocidas del derecho internacional: los tratados internacionales, "el derecho internacional consuetudinario como expresión de una práctica general reconocida como derecho" y los "principios generales del derecho reconocidos por los pueblos civilizados" (letras a-c). La disposición también menciona las decisiones judiciales y la doctrina jurídica internacional como ayudas para la determinación del derecho internacional (letra d).
- 3 La contribución del derecho internacional a la organización de las relaciones económicas internacionales difícilmente puede sobrestimarse. Las expectativas económicas sobre el comportamiento de los Estados (o de las organizaciones internacionales y sus órganos) requieren las formas del derecho internacional cuando se trata de consolidar estas expectativas en normas vinculantes a nivel internacional. Las posiciones del derecho internacional, como las que existen a favor de un inversor privado en un Estado extranjero de acogida, son independientes del derecho nacional y de su modificación. El derecho internacional y el derecho nacional son sistemas jurídicos independientes con múltiples puntos de contacto. La violación de las obligaciones de un tratado internacional, por ejemplo mediante restricciones a la importación o medidas

contra una empresa extranjera, puede estar cubierta por una ley nacional desde la perspectiva del juez nacional, pero entrañar la responsabilidad del Estado en virtud del derecho internacional. Aunque los mecanismos para hacer cumplir el derecho internacional son a menudo menos eficaces que el aparato coercitivo del derecho nacional, existen sanciones jurídicas y fácticas detrás de las obligaciones derivadas del derecho económico internacional, cuya eficacia es considerable. En caso de incumplimiento de las obligaciones del derecho consuetudinario o de incumplimiento de los tratados, la práctica estatal reconoce un espectro de reacciones graduadas que pueden garantizar la conformidad de la práctica estatal con el derecho internacional en un alto grado. Por debajo del umbral de las medidas económicas coercitivas, la falta de apoyo económico o el cese de la inversión extranjera pueden representar un alto precio por la violación del derecho internacional y pueden afectar gravemente al Estado responsable. Tras el final del conflicto Este-Oeste, la disposición de los países industrializados occidentales a reaccionar de este modo está menos cargada de consideraciones políticas conflictivas de lo que solía estar. Al mismo tiempo, la disputa entre los países industrializados y los países en desarrollo sobre principios concretos del derecho económico internacional, como la compensación por la expropiación de extranjeros, que estaba alimentada por ideas normativas divergentes, también ha remitido. Por último, los procedimientos de resolución de litigios y de clarificación vinculante de las diferentes posiciones jurídicas - por ejemplo, a través de organismos de arbitraje - se han ampliado enormemente desde hace algún tiempo. Esto también ha aumentado la autoridad del derecho internacional en la práctica estatal. Las resoluciones vinculantes del Consejo de Seguridad de la ONU en virtud del Capítulo VII de la Carta de la ONU sobre sanciones económicas contra Estados individuales y sobre acciones contra el terrorismo internacional (incluidas las denominadas *sanciones inteligentes* contra grupos terroristas e individuos sospechosos de estar implicados en el terrorismo internacional) también son importantes para las relaciones económicas.¹

- 4 Por supuesto, siguen existiendo graves lagunas normativas a nivel interestatal. Esto se aplica sobre todo a la distribución de los recursos entre los países industrializados y los países en desarrollo. Además, falta una densa red de disposiciones de derecho internacional para la regulación de cuestiones que tienen puntos de contacto con diferentes Estados y que, por tanto, pueden dar lugar a normativas nacionales contradictorias (por ejemplo, en materia de derecho de la competencia, derecho de insolvencia o derecho de comercio exterior).
- 5 La validez interna del derecho internacional, su fuerza vinculante para los organismos nacionales, es de vital importancia para la observancia del derecho internacional en la práctica estatal. Cuanto más arriba se sitúan las normas de derecho internacional en la jerarquía del derecho nacional, más fácil será evitar conflictos entre el derecho nacional y el derecho internacional. En la República Federal de Alemania las normas generales del derecho internacional, es decir, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho, tienen incluso rango superior a las leyes federales de conformidad con el Artículo 25.2 GG. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal se caracteriza por una pronunciada inclinación hacia el derecho internacional.²

1 Sobre el efecto vinculante de las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU para los Estados miembros de la ONU en virtud del Artículo 25, 48 de la Carta de la ONU Tribunal Supremo Federal Suizo, EuGRZ 2008, p. 66; sobre el efecto en el Derecho comunitario europeo en relación con la protección de los derechos fundamentales TJCE, ver. C-402/05 P y C-415/05 P, EU:C:2008: 461, párr. 280 y ss. - *Kadi y Al Barakaat*.

2 Véase, por ejemplo, BVerfGE 58, 1 (34); sobre la necesaria consideración del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la concreción por parte del TEDH BVerfGE 74, 358 (370), 111, 307 (324 y ss.). Según BVerfGE 75, 1 (19), las autoridades y los tribunales de la República Federal de Alemania están "obligados sobre la base del artículo 25 de la

b) La costumbre internacional

- 6 El derecho internacional consuetudinario se crea por el comportamiento de los sujetos de derecho internacional (en particular, los Estados y las organizaciones internacionales) que tiene una cierta duración y que, al mismo tiempo, es expresión de una convicción jurídica correspondiente. Por lo general, el derecho internacional consuetudinario ocupa un lugar secundario con respecto a las disposiciones especiales de los tratados. Las normas del derecho consuetudinario que protegen los intereses fundamentales de la comunidad internacional y que, por tanto, tienen carácter vinculante, constituyen una excepción (*jus cogens*). Entre ellas se encuentran, por ejemplo, la prohibición del uso de la fuerza, el derecho de los pueblos a la autodeterminación y el núcleo de los derechos humanos. De especial importancia para la vida económica internacional son las normas del derecho consuetudinario sobre la exención de los Estados de la jurisdicción extranjera (inmunidad estatal),³ sobre el trato adecuado a los ciudadanos extranjeros (norma mínima) incluida la indemnización por expropiación y sobre la protección diplomática de los individuos por parte de su Estado de origen frente a la autoridad estatal extranjera.⁴ El contenido de derecho consuetudinario de la delimitación de las áreas jurisdiccionales también está adquiriendo cada vez más importancia en lo que respecta al poder de los Estados para regular asuntos con implicaciones extranjeras.⁵ Algunos principios del derecho consuetudinario, como la prohibición de intervención⁶, aún carecen de perfiles claros.
- 7 Dada la heterogeneidad de la comunidad internacional, el derecho internacional consuetudinario ha sido capaz de producir pocos principios de derecho económico. El posible triunfo del sistema de economía de mercado puede provocar un cambio en este sentido. En la actualidad, los Estados apenas están sujetos a restricciones del derecho consuetudinario en la organización de sus relaciones comerciales exteriores, por ejemplo en la autorización de las importaciones o la fijación de los tipos de cambio. Un Estado tampoco está obligado automáticamente a hacer extensivos a otros países los privilegios económicos que concede a un Estado en particular, de acuerdo con el principio de "nación más favorecida". En este sentido, la no discriminación sólo puede garantizarse por contrato.
- 8 En algunas áreas de importancia central, el desarrollo del derecho consuetudinario se encuentra en un estado de flujo: esto se aplica, por ejemplo, al problema de la crisis de la deuda externa con respecto a las obligaciones extraordinariamente elevadas de algunos países en desarrollo y su derecho a renegociar con los Estados acreedores o a los deberes de consideración en el derecho medioambiental internacional. Ciertos deberes de consideración en el ejercicio de los poderes reguladores nacionales también se están debatiendo en el derecho monetario internacional.⁷

Ley Fundamental a abstenerse de hacer cualquier cosa que dé efecto a un acto de autoridades públicas no alemanas que viole las normas generales del derecho internacional dentro del ámbito de aplicación de la Ley Fundamental, y están impedidos de participar de manera decisiva en un acto de autoridades públicas no alemanas que viole las normas generales del derecho internacional".

3 Véase más adelante, § 7, 2.

4 Véase más adelante, § 7, 4.

5 Véase más adelante, § 3, 5. c).

6 Véase más abajo, § 7, 1. b).

7 M. w. Nach. S. Zamora, ¿Existe un derecho económico internacional consuetudinario?, GYIL 32 (1989), p. 9 (29 y ss.).

- 9 La creación del derecho consuetudinario es un proceso largo y engorroso. Esto da lugar a menudo a disputas sobre si un principio ya forma parte del derecho consuetudinario o ha dejado de serlo. En el desarrollo de los principios jurídicos, la opinión de gran parte de la comunidad internacional precede a veces a la práctica de los Estados. Especialmente, algunas resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas ponen de manifiesto, en ocasiones, una convicción mayoritaria que todavía no se sustenta en una práctica asentada. De esta forma, este tipo de aclaraciones ayuda a modificar el derecho consuetudinario. Debido a la necesidad de una práctica estatal suficiente, estas opiniones no constituyen por sí mismas una fuente de derecho. Por otro lado, tales declaraciones como manifestaciones de la opinión jurídica predominante pueden conducir a la consolidación de normas de derecho consuetudinario. El término "*soft law*" se ha impuesto para estas opiniones. Las resoluciones de la Asamblea General relativas al orden económico incluyen, en particular, la declaración "*Friendly Relations*" (Declaración relativa a los principios del derecho internacional sobre las relaciones amistosas y la cooperación entre Estados), adoptada por unanimidad en 1970,⁸ que proclama el deber de todos los Estados de cooperar entre sí, especialmente con los países en desarrollo. Las preocupaciones en materia de política económica de los países en desarrollo, que dominan la Asamblea General en términos numéricos, quedaron reflejadas en la llamada Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados de 1974⁹. Esta resolución fue adoptada por la Asamblea General de la ONU con una mayoría abrumadora. El peso de los votos en contra y las abstenciones es inversamente proporcional a su escaso número: esto refleja el rechazo o el no reconocimiento de la resolución por parte de casi todos los países industrializados occidentales importantes. La importancia indicativa de las resoluciones de la Asamblea General de la ONU como expresión del derecho internacional aplicable depende del grado en que las apoyen los distintos segmentos de la comunidad internacional, como los países industrializados y los países en desarrollo. El área de "*soft law*" también incluye los esfuerzos por desarrollar códigos de conducta para las empresas multinacionales.

c) Tratados sobre comercio interestatal

- 10 La pobreza del derecho internacional consuetudinario en términos de principios específicos de derecho económico significa que los acuerdos internacionales sobre transacciones económicas interestatales tienen una importancia reguladora decisiva. Hasta la fecha, todavía no existe ningún acuerdo global a nivel universal que regule las dimensiones individuales de la vida económica internacional según normas uniformes. Los mayores progresos se han realizado en la regulación de las relaciones comerciales exteriores en términos de restricción de los derechos de importación y otras barreras comerciales.
- 11 El intento realizado tras la Segunda Guerra Mundial de crear una organización internacional de comercio con un amplio campo de competencias fracasó, pues "Carta de una Organización Internacional de Comercio" de 1948 nunca llegó a entrar en vigor.¹⁰ Sólo se hizo realidad un torso de este ambicioso proyecto: el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (*General Agreement on Tariffs and Trade*, GATT), un acuerdo sobre las disposiciones de polí-

8 GA Res. 2625 (XXV), UNYB 1970, 788.

9 GA Res. 3281 (XXIX), UNYB 1974, 402.

10 Véase G. Sacerdoti, Carta de La Habana, en: R. Wolfrum (ed.), MPEPIL, vol. IV, 2012, p. 718 y ss.

tica comercial de la Carta y sobre las disposiciones aduaneras negociadas paralelamente.¹¹ Al final de la Ronda Uruguay,¹² se negoció una actualización masiva del sistema del GATT: una enmienda al GATT (GATT 1994) y una red de otros acuerdos que crearon un amplio marco regulador para la liberalización del comercio internacional. La OMC se encuentra en el centro de este marco. Junto con los demás acuerdos de la OMC, el GATT constituye la espina dorsal de la actual organización del comercio mundial basada en un modelo liberal. En el ámbito de la cooperación monetaria y para el desarrollo, se crearon el Fondo Monetario Internacional y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial).¹³ Bajo el paraguas del régimen del Banco Mundial, el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) de 1965 y el Acuerdo sobre el Establecimiento de la Agencia Internacional de Seguros (MIGA) de 1985 pretenden garantizar la protección de las inversiones en términos de procedimiento.¹⁴

- 12** Finalmente, los acuerdos sobre materias primas desempeñan un papel a nivel suprarregional.¹⁵ Estos acuerdos suelen agrupar los intereses de los países productores; sin embargo, algunos acuerdos sobre productos básicos también sirven para equilibrar los intereses de los países productores y consumidores.
- 13** Además de los acuerdos de la OMC, los acuerdos de cooperación económica regional¹⁶ revisten una gran importancia. En el marco de la Unión Europea se ha alcanzado un grado de integración único.¹⁷ El derecho de la Unión Europea se ha convertido en un ordenamiento jurídico independiente que incorpora cada vez más elementos federales y se encamina hacia una nueva dimensión con el Tratado de la Unión Europea. El Tratado sobre el Espacio Económico Europeo (EEE) vincula a la Unión Europea y a la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) sobre la base de los principios del Tratado de la Comunidad Europea (hoy TFUE).¹⁸ La zona de libre comercio acordada entre EE.UU. y Canadá ha ampliado hacia el sur el *Tratado de Libre Comercio de América del Norte* (TLCAN) incluyendo a México.¹⁹ También existen varias alianzas regionales de países latinoamericanos en el continente americano.²⁰ En particular, el *Mercosur* ha contribuido a una importante expansión de las relaciones comerciales entre los Estados miembros. En cambio, la Comunidad Andina (antiguo Pacto Andino), por ejemplo, sólo ha tenido un impacto limitado hasta la fecha. En 2016, 12 países de la cuenca del Pacífico, entre ellos Australia, Japón, Canadá, México y EE.UU. (pero no China), negociaron la Asociación Transpacífica (*Trans-Pacific Partnership*). Tras la retirada de EE.UU., los once socios restantes quieren continuar con el acuerdo en una forma ligeramente modificada (*Acuerdo Integral y Progresista de Asociación Transpacífico - CPTPP*). El *Acuerdo Regional de Asociación Económica Global* entre los diez Estados de la ASEAN (Brunei Darussalam, Birmania, Camboya, Indonesia, Laos, Malasia, Filipinas, Singapur, Tailandia y Vietnam) así como Australia, la República Popular China, Japón, Nueva Zelanda y Corea del Sur es de la mayor importancia económica y geoestratégica. La Unión Europea ha celebrado acuerdos de libre comercio y pro-

11 Para más detalles, véase el § 10.

12 Véase más abajo, § 10, 1. b).

13 Véase infra, § 24, 2. y § 26, 1. y 2.

14 Véase más adelante, § 23, 6. b).

15 Véase más adelante, § 11.

16 Véase más adelante, § 12.

17 Véase más abajo, § 5 y § 12, 2.

18 Véase más adelante, § 12, 3.

19 Véase más adelante, § 12, 4.

20 Véase más adelante, § 12, 5.

tección de las inversiones con varios países importantes, como Corea del Sur, Canadá (*Acuerdo Económico y Comercial Global - CETA*) y Japón (*Acuerdo de Asociación Económica - EPA*). Tras el Brexit, la Unión Europea y el Reino Unido negociaron el *Acuerdo de Comercio y Cooperación UE-Reino Unido* en 2020. El acuerdo de inversión de 2020 entre la Unión Europea y la República Popular China pretende facilitar el acceso al mercado. Los Estados miembros de la Unión Africana, con la excepción de Eritrea, negociaron el *Acuerdo Continental Africano de Libre Comercio* (2018); sobre esta base, la Zona Continental Africana de Libre Comercio (AfCFTA) entró en vigor inicialmente para 34 Estados miembros a principios de 2019. En verano de 2019, la Unión Europea y los Estados del Mercosur acordaron un amplio acuerdo de libre comercio. Sin embargo, el futuro del acuerdo es incierto debido a la resistencia de algunos Estados miembros de la UE.

- 14** Los acuerdos bilaterales incluyen, en particular, los numerosos tratados de amistad, comercio y navegación, que a menudo proporcionan una protección especial al derecho de establecimiento de los respectivos nacionales y a su estatus legal en el Estado anfitrión.²¹ Muchos de estos tratados contienen una cláusula de nación más favorecida que garantiza a la parte contratante respectiva las mismas ventajas que se conceden a otros Estados. Los tratados bilaterales de protección de las inversiones también tienen una importancia práctica considerable.²²

d) Principios generales del derecho

- 15** Los principios generales del derecho (Artículo 38 párr. 1 *lit. c* del Estatuto de la CIJ) tienen una función de integración de lagunas como parte del orden jurídico internacional. Se derivan de los principios comunes a los "principales" sistemas jurídicos. Como el derecho internacional sigue basándose en la igualdad de los Estados, los principios generales del derecho se derivan comparando los sistemas de derecho civil que regulan el nivel de relaciones entre particulares (derecho de obligaciones, derecho de propiedad o derecho de sociedades). Para establecer los principios jurídicos generales se suele hacer referencia a los sistemas jurídicos más importantes de Europa continental, como el *Código Civil* francés o el Código Civil alemán y al derecho angloamericano (*common law*). Desde la perspectiva del "Tercer Mundo", esto podría verse como un favorecimiento injustificado de la tradición jurídica occidental. Por otro lado, los sistemas jurídicos románicos (derecho francés, italiano o español), el derecho civil alemán y el *common law* inglés han ejercido una fuerte influencia en el derecho de muchos países de América Latina, África y Asia.
- 16** Los principios jurídicos generales del derecho internacional incluyen, por ejemplo, la prohibición del abuso de derecho, la institución del decomiso, los principios del enriquecimiento injusto²³ o los principios de la agencia sin autoridad.²⁴ El principio de buena fe en sus diversas formas también desempeña un papel importante. Aquí se incluye, por ejemplo, el principio de

21 Véase Corte Internacional de Justicia, *Caso relativo a Elettronica Sicula S. p. A. (Estados Unidos contra Italia)*, Informes de la CIJ 1989, 15.

22 Véase más adelante, § 23, 2.

23 Sobre este punto, *C. Binder/C. Schreuer*, Enriquecimiento injusto, en: R. Wolfrum (ed.), MPEPIL, vol. X, 2012, p. 588 y ss.

24 *M. Herdegen*, Zur Geschäftsführung ohne Auftrag (*negotiorum gestio*) im Völkerrecht, en: Staat und Völkerrechtsordnung, Festschrift für Karl Doehring, 1989, p. 303 y ss.

estoppel, que tiene su origen en el Derecho inglés;²⁵ según este principio, la parte que induce a otra a adoptar determinadas medidas ya no puede alegar posteriormente que la otra parte actuó de forma ilícita (idea de comportamiento previo que justifica la confianza, prohibición de *venire contra factum proprium*). Las normas sobre enriquecimiento injusto exigen en general que la parte que ha recibido un beneficio sobre la base de un contrato inválido debe devolver el beneficio recibido.

- 17** Los principios jurídicos generales tienen carácter subsidiario. Suelen concretar derechos y obligaciones ya existentes. En algunos casos, sin embargo, los principios generales se utilizan para establecer derechos y obligaciones en primer lugar. En este contexto, puede verse la responsabilidad de los miembros de una organización internacional por las deudas contraídas por ésta con Estados y acreedores privados.²⁶ En este caso, se discute la aplicación de los principios que rigen en el derecho societario para el "traspaso de responsabilidad". Se discute si una organización internacional con personalidad jurídica propia debe recibir un trato similar al de una sociedad anónima o al de ciertas formas de sociedad colectiva.
- 18** Los principios generales del derecho desempeñan un papel importante en la controvertida cuestión del destino del pasivo de los préstamos en casos de sucesión de Estados.²⁷ Este problema ha cobrado actualidad, por ejemplo, con la desintegración de la Unión Soviética y Yugoslavia por la posible transferencia de la responsabilidad a los Estados sucesores.
- 19** El derecho internacional consuetudinario no contiene normas claras al respecto, a menos que se trate de deudas especiales como deudas territorialmente vinculadas (*localized debts*). Por esta razón, se buscan soluciones con la ayuda de principios jurídicos generales. Se plantea, por ejemplo, la cuestión de si se pueden utilizar los principios del derecho de sucesiones para establecer una sucesión universal de los Estados sucesores como "herederos" de las deudas. En la literatura moderna está ganando terreno la opinión que, recurriendo a los principios generales del derecho civil, aboga por una transferencia paralela de activos y pasivos ("*res transit cum onere suo*").²⁸ En consecuencia, el pasivo de la antigua Unión Soviética podría distribuirse entre los Estados sucesores en función de la proporción del antiguo producto nacional bruto total. Una solución de este tipo sería más adecuada que utilizar el tamaño de la población como clave de reparto. En el caso de la sucesión estatal en la sucesión de la deuda frente a los acreedores privados, cabe señalar que el Estado sucesor, como "amo" de su propio sistema jurídico, también puede disponer de las reclamaciones privadas. El poder regulador nacional sólo está limitado por el derecho internacional consuetudinario cuando se trata de bienes de extranjeros que han cristalizado en propiedad.²⁹

25 Por ejemplo, *T. Cottier/J. P. Müller*, Estoppel, en: R. Wolfrum (ed.), MPEPIL, vol. III, 2012, p. 671 y ss.

26 Véase más adelante, § 4, 2. c).

27 Por ejemplo, *G. Dahm/J. Delbrück/R. Wolfrum*, Völkerrecht, 2ª ed., vol. I/1, 1989, §§ 17 y ss.; *C. T. Ebenroth/O. Wilken*, Sezessionsbedingte Schuldüberleitung - Wirtschaftsrechtliche Dimension der Staatennachfolge, RIW 1991, p. 885 y ss.; *U. Fastenrath/T. Schweisfurth/C. T. Ebenroth*, Das Recht der Staatensukzession, BDGVR Vol. 35, 1996; véase también *P. R. Williams*, State Succession and the International Financial Institutions: Political Criteria v. Protection of Outstanding Financial Obligations, ICLQ 43 (1994), p. 776 y ss.

28 En el sentido de una sincronización de "*cargas*" y "*beneficios*", por ejemplo *C. T. Ebenroth/O. Wilken*, Sezessionsbedingte Schuldüberleitung - Wirtschaftsrechtliche Dimension der Staatennachfolge, RIW 1991, p. 885 y ss.

29 Véase más adelante, § 20, 1.

2. Derecho de la Unión Europea

Literatura

R. Bieber/A. Epiney/M. Haag/M. Kotzur; *Die Europäische Union*, 14ª ed. 2020; Ch. Calliess/M. Ruffert (eds.), *EUV/AEUUV*, 6ª ed. 2021; M. A. Dausen (eds.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, (a partir de julio de 2021); R. Geiger/D.-E. Khan/M. Kotzur; *EUV/AEUUV*, 6ª ed. 2016; E. E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (eds.), *Das Recht der Europäischen Union*, (a partir de septiembre de 2021); A. Haratsch/Ch. König/M. Pechstein, *Europarecht*, 12ª ed. 2020; M. Herdegen, *Europarecht*, 23ª ed. 2021; C.-O. Lenz/K. D. Borchardt, *EU-Verträge Kommentar*, 6ª ed. 2012; T. Oppermann/C. D. Classen/M. Nettesheim, *Europarecht*, 9ª ed. 2021; J. Schwarze / U. Becker/A. Hatje/J. Schoo (eds.), *EU-Kommentar*, 4ª ed. 2019; M. Schweitzer/W. Hummer/W. Obwexer, *Europarecht*, 2007; R. Streinz, *Europarecht*, 11ª ed. 2019; S. Weatherill/P. Beaumont, *EU Law*, 4ª ed. 2004.

- 20 El sistema de la Unión Europea forma su propio "orden supranacional". De las tres antiguas Comunidades Europeas, sólo la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEa) sigue existiendo junto a la Unión Europea. La Comunidad Europea (CE, originalmente: Comunidad Económica Europea) se fusionó en la Unión Europea cuando entró en vigor el Tratado de Lisboa a finales de 2009. El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) expiró en 2002. En 2016, el Reino Unido declaró su retirada de la Unión Europea ("Brexit") de conformidad con el artículo 50 del TUE. Posteriormente, el Reino Unido abandonó la UE a principios de 2020. El Acuerdo de Comercio y Cooperación constituye la nueva base contractual de las relaciones entre la Unión Europea y el Reino Unido y está en vigor desde el 1 de mayo de 2021.
- 21 Las competencias amplias y en constante expansión (de la Unión Europea), así como los poderes reguladores de las instituciones de la Unión frente a los Estados miembros y los "nacionales de la UE" individuales, distinguen a la Unión del círculo de las organizaciones internacionales. Los tratados de la Unión y el "derecho derivado" promulgado por las instituciones de la Unión sobre su base forman un ordenamiento jurídico independiente que ya no puede ser captado adecuadamente por las categorías generales del derecho internacional.³⁰ El derecho de la Unión Europea se atribuye a sí mismo una primacía absoluta sobre todo derecho nacional en conflicto. Desde la perspectiva del derecho de la Unión Europea, esta reivindicación de primacía es prácticamente obligatoria. Esto se debe a que los tratados de la Unión no sólo crean simples obligaciones contractuales para los Estados miembros, sino que también constituyen la base de la transferencia de derechos soberanos a la Unión. Además, las condiciones marco legales para la vida económica en el mercado interior de los Estados miembros se verían distorsionadas si los Estados miembros individuales pudieran oponer a la normativa de la Unión su propia constitución u otras leyes. Ello provocaría distorsiones masivas de la competencia dentro de la Unión. Por lo tanto, es evidente que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el derecho de la Unión debe ser aplicado por las autoridades o los tribunales nacionales sin restricción alguna. Todo juez nacional (en el ámbito de su competencia) está obligado a "aplicar el derecho comunitario sin restricción alguna y a proteger los derechos que confiere a los particulares inaplicando cualquier disposición del derecho nacional que pueda entrar en conflicto con él, independientemente de que haya sido adoptada antes o después que la disposición comunitaria."³¹

30 Cf. TJCE, asunto C-26/62, EU:C:1963:1 - *van Gend & Loos*, Rec. 1963, 1 (25); TJCE, asunto C-6/64, EU:C:1964:66 - *Costa/E. N. E. L.*, ECR 1964, 1251 (1269).

31 Cf. TJCE, asunto C-106/77, EU:C:1978:49 - *Simmenthal II*, Rec. 1978, 629 (644 y ss.).

- 22** La primacía del derecho de la Unión también se reconoce desde la perspectiva del derecho alemán, pero sólo a reserva de los principios estructurales inalienables de la Ley Fundamental³² (cf. Artículo 79 apdo. 3 GG). Esta reserva a favor de la "identidad central" del orden constitucional alemán desde la perspectiva de la República Federal de Alemania y de sus tribunales demuestra que la Unión Europea está aún muy lejos de ser un Estado federal.
- 23** Las disposiciones de los tratados de la Unión y los reglamentos de las instituciones de la Unión no sólo vinculan a los Estados miembros; en muchos casos, también crean derechos y obligaciones directamente para el individuo. Este efecto directo significa que el individuo "ciudadano de la Unión" puede invocar el derecho de la Unión ante las autoridades y tribunales nacionales o está directamente sujeto a las obligaciones impuestas por el derecho de la Unión. En este sentido, el derecho de la Unión tiene para el individuo un efecto similar al del derecho nacional. Esta influencia del derecho de la Unión en el ámbito jurídico nacional se resume con el término "efecto indirecto". El requisito previo para la aplicabilidad directa del derecho de la Unión a los individuos es que el derecho de la Unión no necesite ser aplicado primero por leyes nacionales u otros actos jurídicos nacionales.
- 24** Los particulares pueden invocar una serie de disposiciones de los tratados sobre las "libertades del mercado" (la libre circulación de mercancías, personas, servicios, capitales y pagos). Por ejemplo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictaminó que una empresa puede oponerse a un aumento de los derechos de importación alegando que esta medida vulnera la obligación de los Estados miembros de cesar y desistir en virtud del artículo 30 del TFUE.³³ Del mismo modo, un abogado neerlandés al que se le había denegado la autorización para ejercer como abogado en Bélgica a pesar de tener las cualificaciones requeridas simplemente por su nacionalidad, pudo ampararse en la libertad de establecimiento garantizada en el Artículo 49 del TFUE.³⁴ Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las libertades del mercado (en una medida que aún no se ha aclarado del todo) también protegen contra las restricciones impuestas por particulares y tienen un "efecto de terceros" a este respecto.³⁵
- 25** Además de los tratados de la Unión, los "principios generales comunes a las legislaciones de los Estados miembros" (cf. Artículo 340 apdo. 2 TFUE, 188 apdo. 2 EA) tienen el mismo rango. Al concretar estos principios rectores comunes de los ordenamientos jurídicos nacionales, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en una comprensión dinámica de su mandato judicial) ha desarrollado una norma no escrita de derechos fundamentales del derecho de la Unión y determinados principios del Estado de derecho. Para ello, la jurisprudencia se ha remitido a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y a las garantías del Convenio Europeo de Derechos Humanos.³⁶ Entre ellas figuran, por ejemplo, la protección de la propiedad, el libre ejercicio de una profesión o la intimidad (en particular frente a injerencias desproporcionadas), así como el principio de protección de la confianza legítima y las garantías procesales elementales. Al revisar los actos jurídicos de las instituciones de la Unión, el Tribu-

32 BVerfGE 73, 339 (376).

33 TJCE, asunto C-26/62, EU:C:1963 :1 - *van Gend & Loos*, Rec. 1963, 1 (26 f.).

34 TJCE, asunto C-2/74, EU:C:1974: 68 - *Reyners*, Rec. 1974, 631 (651 y ss.).

35 Véase TJCE, C-415/93, EU:C:1995: 463 - *Bosman*, sobre los reglamentos de traspasos y las cláusulas de extranjería de las asociaciones de fútbol, y TJCE, C-281/98, EU:C:2000 : 296 - *Angonés*, sobre la prueba de bilingüismo exigida por un empresario privado de Tirol del Sur antes de la contratación.

36 TJCE, asunto C-44/79, EU:C:1979: 290 - *Hauer*; TJCE, verb. C-46/87 y C-227/88, EU:C:1989 : 337 - *Hoechst*; *T. Oppermann/C. Classen/M. Nettesheim*, *Europarecht*, 8ª ed. 2018, Sección 9 párr. 31 y ss. con referencias adicionales.

nal de Justicia de la Unión Europea ha desarrollado una protección de los derechos fundamentales que, en opinión del Tribunal Constitucional Federal, es comparable al estándar alemán de derechos fundamentales.³⁷ El Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea reconoce expresamente el respeto de "los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros" (Artículo 6 párrafo 3 TUE).

- 26** En la cumbre de la UE celebrada en Niza el 7 de diciembre de 2000, el Consejo de la Unión Europea y los Presidentes del Parlamento Europeo y de la Comisión Europea proclamaron solemnemente la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³⁸. El apartado 1 del artículo 6 del TUE asigna a la Carta de los Derechos Fundamentales el mismo rango que a los Tratados.
- 27** Al igual que las normativas nacionales, los actos jurídicos de las instituciones de la Unión (derecho derivado) también pueden tener un efecto directo en la esfera jurídica individual, es decir, crear derechos y obligaciones para el individuo.
- 28** Esto se aplica en particular a los reglamentos en virtud del artículo 288 (2) del TFUE (que son de aplicación general, obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables en todos los Estados miembros).³⁹ Entre los reglamentos importantes de la Unión Europea se encuentran, por ejemplo, el Reglamento CEE nº 1612/68 sobre la libre circulación de trabajadores, el "Reglamento antimonopolio" nº 1/2003/CE y el Reglamento nº 139/2004/CE sobre el control de las concentraciones entre empresas. Las decisiones dirigidas a los Estados o a los particulares, como las autorizaciones y órdenes de prohibición en virtud del derecho de la competencia o la imposición de multas por parte de la Comisión (artículo 288 párrafo 4 del TFUE), son directamente vinculantes para sus destinatarios. Además, la Comisión de la Unión Europea puede exigir que las empresas individuales presenten documentos comerciales o tolerar investigaciones en los locales comerciales en caso de sospecha de acuerdos contrarios a la competencia e imponer una multa coercitiva en caso de negativa.
- 29** Las directivas, en cambio, no suelen ser directamente aplicables en el derecho nacional. Contienen requisitos más o menos específicos en cuanto a su contenido, que los Estados miembros deben transponer primero a su legislación nacional (artículo 288 párrafo 3 TFUE). Normalmente, la directiva deja a los Estados miembros cierto margen de maniobra en cuanto a la forma de aplicación. Excepcionalmente, las directivas son directamente aplicables si el plazo de transposición fijado para los Estados miembros ha expirado y las disposiciones son suficientemente específicas en cuanto a su contenido. Entonces, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, los "ciudadanos del mercado" individuales también pueden invocar a su favor las disposiciones de la directiva que les sean favorables frente al Estado miembro incumplidor.⁴⁰ Se trata de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desa-

37 BVerfGE 73, 339 (378 y ss.).

38 DO CE 2000 C 364/1; a finales de 2007 se proclamó un texto ligeramente modificado, EuGRZ 2007, p. 747 y ss.

39 Lo mismo se aplica a las ordenanzas en virtud del Artículo 161 párrafo 2 EA.

40 TJCE, asunto C-8/81, EU:C: 1982 :7 - *Becker*; TJCE, asunto C-152/84, EU:C:1986 : 84 - *Marshall*.

rolle la ley en aras de la aplicación uniforme del derecho de la UE. El TJCE rechaza un efecto directo de las directivas en detrimento del individuo (efecto de tercera parte "horizontal").⁴¹

Por ejemplo, al celebrar un contrato fuera del establecimiento, un consumidor no puede invocar directamente una disposición de la directiva en un litigio con el proveedor, que prevé un derecho de rescisión para este tipo de transacciones en interés de la protección del consumidor.⁴²

- 30** Además, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha desarrollado una "sanción" especial contra los Estados miembros incumplidores. Bajo ciertas condiciones, los particulares pueden reclamar daños y perjuicios a un Estado inactivo por no aplicar las directivas que les favorecen.

Por ejemplo, un Estado miembro es responsable de los daños si no ha transpuesto a su legislación nacional las disposiciones protectoras de una directiva en favor de los trabajadores de empresas insolventes y los empleados de dicha empresa sufren una pérdida de ingresos.⁴³

- 31** En su jurisprudencia, el TJEU ha desarrollado este enfoque hasta convertirlo en un régimen de responsabilidad que abarca también otras infracciones del Derecho originario o derivado de la Unión por parte de los Estados miembros (como las infracciones del TFUE por actos del poder legislativo,⁴⁴ del ejecutivo o del judicial).⁴⁵ Los requisitos previos para la responsabilidad del Estado en virtud del derecho de la UE son la violación de una norma que proteja intereses individuales, una violación "suficientemente grave" del derecho de la UE (que debe resultar de la gravedad evidente de la violación de la ley) y una relación causal entre la violación de la ley y el daño. Con esta jurisprudencia, el TJUE ha alcanzado probablemente los límites del desarrollo jurídico admisible.
- 32** Las fuentes jurídicas del derecho de la Unión también incluyen los tratados internacionales celebrados por la Unión (de conformidad con el artículo 216 del TFUE) con terceros países u otras organizaciones internacionales. Son vinculantes para los Estados miembros y las instituciones de la Unión (véase el artículo 216, apdo. 2 del TFUE). Por lo tanto, estos acuerdos prevalecen sobre el derecho derivado, que establecen las instituciones de la UE.
- 33** Los acuerdos cuyo objeto entra en el ámbito de competencias tanto de la Unión Europea como de los Estados miembros se celebran como los llamados "acuerdos mixtos": Las partes contratantes son entonces tanto la Unión Europea como sus Estados miembros (por ejemplo, los acuerdos de la OMC o los "Acuerdos de Asociación Económica de la CE" con los llamados Estados ACP).

41 TJCE, asunto C-80/86, EU:C:1987: 431 - *Kolpinghuis Nijmegen*.

42 TJCE, asunto C-91/92, EU:C:1994: 292 - *Faccini Dori*.

43 TJCE, ver. C-6/90 y C-9/90, EU:C:1991: 428 - *Francovich*.

44 Sobre la responsabilidad de la República Federal de Alemania por una infracción del artículo 28 CE por el "Reinheitsgebot" alemán para la cerveza TJCE, asunto C-46/93, EU:C:1996 :79 - *Brasserie du Pêcheur*; TJCE, asunto C-5/94, EU:C:1996: 205 - *Hedley Lomas*.

45 Por ejemplo, *M. Herdegen*, *Europarecht*, 23ª ed. 2022, § 10 párr. 8 y ss.; *ders. /T. Rensmann*, *Die neuen Konturen der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung*, ZHR 161 (1997), p. 522 y ss.

34 Visión general de las fuentes jurídicas del derecho de la Unión Europea:

(1) Derecho originario de la Unión (tratados constitutivos [TUE, TFUE, CEEA], protocolos de los tratados, principios generales del derecho de la Unión, Carta de los Derechos Fundamentales)

(2) Acuerdos de la Unión con terceros países y organizaciones internacionales, normas de derecho internacional general (y obligaciones en virtud de la Carta de las Naciones Unidas)

(3) Derecho derivado de la Unión:

- Reglamentos
- Directrices
- Resoluciones
- Recomendaciones y declaraciones

3. Acuerdos internacionales sobre transacciones comerciales privadas

Literatura:

E. Jayme/R. Hausmann (ed.), *Internationales Privat- und Verfahrensrecht*, 20ª ed. 2020; *G. Kegel/K. Schurig*, *Internationales Privatrecht*, 9ª ed. 2004; *C. Reithmann/D. Martiny*, *International Contract Law*, 9ª ed. 2021.

35 Existe una gran cantidad de acuerdos internacionales destinados a facilitar las transacciones comerciales privadas. Entre ellos se encuentran los convenios clásicos sobre comercio internacional, como los Convenios de Ginebra de 1930 y 1931 sobre el Derecho Internacional de Letras de Cambio y Cheques,⁴⁶ los dos Convenios de La Haya sobre la Ley Uniforme de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1964 o los Convenios de La Haya sobre la Ley Aplicable a la Compraventa Internacional de Mercaderías.⁴⁷ Estas reglamentaciones convencionales se denominan "*loi uniforme*", ya que este tipo de convención obliga a los Estados contratantes a adaptar su derecho material o derecho internacional privado en función de la armonización del derecho que se pretende.

36 La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías busca normalizar el derecho de compraventa entre los respectivos Estados contratantes.⁴⁸ El Convenio de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de 1980 se creó en el seno de la Comunidad Europea y desde entonces se ha transpuesto a la legislación de la UE.⁴⁹

37 Los acuerdos que facilitan la ejecución procesal de las demandas desempeñan un papel importante en la práctica: en lo que respecta a la obtención de pruebas en el extranjero⁵⁰ así como al

46 RGBL. 1933 II, 377, 445; RGBL. 1933 II, 537, 595.

47 Para estos contratos véase más abajo, § 13, 3.

48 Véase más adelante, § 13, 3.

49 Véase más adelante, § 13, 2.

50 Véase más adelante, § 9, 4.

reconocimiento y la ejecución de las sentencias judiciales y arbitrales.⁵¹ Los acuerdos internacionales sobre transporte terrestre, marítimo y aéreo también tienen una importancia considerable.⁵²

4. "Derecho transnacional" y "lex mercatoria"

Literatura:

Chr. v. Bar/P. Mankowski, Internationales Privatrecht, vol. I, 2ª ed. 2003; *K. P. Berger*, The Practice of Transnational Law, 2001; *ders.*, Formalisierte oder "schleichende" Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts, 1996; *ders.*, The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria, 2010; *M. J. Bonnell*, Das autonome Recht des Welthandels, Rechtsdogmatische und rechtspolitische Aspekte, *RabelsZ* 42 (1978), p. 485 y ss.; *H. Booysen*, Die internationale lex mercatoria, *AVR* 30 (1992), p. 196 ¶; *G. Cuniberti*, La *Lex Mercatoria* au XXI^e siècle, *JDI* 2016, 765 ss.; *A. C. Cutler*, Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy, 2003; *J. Ehrlicke*, Zur Einführung: Grundstrukturen und Probleme der lex mercatoria, *JuS* 1990, p. 967 y ss.; *B. Goldman*, La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives, *JDI* 106 (1979), pp. 475 y ss.; *H. Kötz*, Allgemeine Rechtsgrundsätze als Ersatzrecht, *RabelsZ* 34 (1970), p. 663 y ss.; *E. Langen*, Transnational Commercial Law, 1973; *ders.*, Transnationales Recht, 1981; *R. Meyer*, Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition, 1994; *A. Röthel*, Lex mercatoria, lex sportiva, lex technica - Private Rechtsetzung jenseits des Nationalstaates?, *JZ* 2007, p. 755 y ss.

- 38** Las similitudes entre muchos sistemas jurídicos, sobre todo en lo que se refiere a las instituciones y los principios del derecho privado, han alimentado el alegato a favor del reconocimiento del reconocimiento de un "derecho transnacional".⁵³ Los defensores de este concepto pueden señalar que los tribunales de muchos Estados desarrollan repetidamente enfoques similares de solución, tanto en la aplicación de normas codificadas como mediante el recurso a la "naturaleza del caso" en el juicio de hechos comparables, y recurren a principios jurídicos generales que comparten un gran número de ordenamientos jurídicos nacionales. El requisito previo para tales similitudes estructurales es un consenso de valores básicos en la evaluación de los conflictos de intereses. En este sentido, la práctica de los tribunales nacionales e internacionales de arbitraje que se utiliza como base se basa en gran medida en los sistemas jurídicos europeos continentales y anglosajones, pero también en los acuerdos internacionales sobre transacciones comerciales privadas.

Aquí existen ciertos puntos de contacto con los principios jurídicos generales del derecho internacional (artículo 38.1.c del Estatuto de la CIJ). En este contexto, también se puede recurrir a la existencia de costumbres y prácticas comerciales internacionales, que se han condensado en una "*lex mercatoria*". Las normas desarrolladas por la Cámara de Comercio Internacional de París para la interpretación de determinadas cláusulas de los contratos comerciales internacionales (como "*Cost, Insurance and Freight*", CIF) desempeñan un papel importante: los "*International Commercial Terms*" (*Incoterms*).⁵⁴ Desde hace algún tiempo, se están realizando esfuerzos para codificar una red cada vez más densa de normas reconocidas en el comercio internacional como "*Nueva Lex Mercatoria*". En 1987, un laudo arbitral de la Cámara de Comercio Internacional enumeró ocho principios y reglas:

51 Véase más abajo, § 9, 2. y 5.

52 Véase más adelante, § 14, 2.

53 En este sentido, especialmente *E. Langen*, Transnationales Recht, 1981 (sobre la terminología y el debate sobre este concepto, p. 13 y ss.; sobre la práctica, p. 29 y ss.).

54 Véase más abajo § 13, 1.

"El tribunal arbitral decide que las normas aplicables de la *lex mercatoria* deben comprender principios tales como el de que los contratos deben ejecutarse prima facie de conformidad con las estipulaciones contenidas en ellos (*pacta sunt servanda*), el de que los contratos deben ejecutarse de buena fe, el de que en caso de que surjan dificultades imprevistas tras la celebración del contrato las partes deben negociar de buena fe para superarlas ... la de que los contratos deben interpretarse según el principio de *ut res magis valeat quam pereat* (*favor validitatis*) y la de que la omisión de una parte de responder a una carta que le ha sido dirigida por la otra parte puede considerarse como una indicación de la aceptación de los términos contenidos en la misma".⁵⁵

En la actualidad existen codificaciones con un número mucho mayor de normas aplicables transnacionalmente a las transacciones comerciales.⁵⁶ Entre ellas se encuentran, por ejemplo, los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales.⁵⁷

- 39 El reconocimiento de los principios del "derecho transnacional" no tiene que ver con un sistema jurídico autónomo. Más bien, la validez de estos principios requiere su reconocimiento por el derecho nacional o por el derecho internacional. El derecho transnacional no es, por tanto, un sistema jurídico independiente y "autosuficiente". Las reformas del derecho de arbitraje en muchos países reconocen cada vez más la autoridad de las partes en el arbitraje para someter sus relaciones contractuales al derecho no nacional dentro de los límites de la autonomía de la voluntad.⁵⁸
- 40 La autonomía privada de las partes tampoco hace superflua la referencia al derecho nacional. Si dos empresas someten sus relaciones comerciales a los principios del derecho comercial internacional en un contrato, este acuerdo sólo podrá ser efectivo en la medida en que un juez nacional esté dispuesto a reconocer esta referencia a las normas transnacionales en el derecho nacional. En algunas jurisdicciones, parece existir una voluntad creciente de reconocer la referencia a principios jurídicos transnacionales en las transacciones comerciales.

En la práctica arbitral moderna, el acceso a los principios generales del derecho privado es apropiado, por ejemplo, si las partes han acordado la exclusión de determinados sistemas jurídicos. La jurisprudencia más reciente de los tribunales nacionales está en gran medida abierta a la utilización de normas comerciales internacionales desvinculadas de un sistema jurídico nacional específico. En el caso *Compañía Valenciana*, el árbitro de un litigio entre una empresa española y otra estadounidense derivado de un contrato de suministro de carbón decidió aplicar normas comerciales reconocidas internacionalmente, ya que las partes habían acordado que no se aplicaría ni la legislación española ni la estadounidense.⁵⁹ La parte no beneficiada intentó que

55 Laudo arbitral CCI 8365, *Clunet* (Journal du Droit International), 1997, p. 1078 y ss. (1079 y ss.). Véase también: <http://www.trans-lex.org/208365> (consultado el 03 de enero de 2022). Traducción propia.

56 Sobre esto con más referencias *K. P. Berger*, *Transnational Commercial Law Online*, KSzW 2010, p. 206 y ss.

57 Véase la versión actual de los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf> (consultado el 03 de enero de 2022).

58 Véase § 1051 párr. 1 ZPO; Artículo 28 párr. 1 Ley Modelo de la CNUDMI, reimpresso en: *K. P. Berger*, *Arbitraje económico internacional*, 1993, p. 875 y ss.; Artículo 1496 Nouveau Code de procédure civile, reimpresso en: *Ph. Fouchard/E. Gaillard/B. Goldman*, *Traité de l'arbitrage commercial international*, 1996, p. 1023 y ss.; Artículo 1054 Dutch Code of Civil Procedure, reimpresso en: *Berger*, loc. cit., p. 887 y ss.; Artículo 46 (1) (a) y (b) Ley de Arbitraje del Reino Unido de 1996, *ILM* 36 (1997), p. 155 y ss.

59 *Compañía Valenciana de Cementos Portland c. Carbón primario*, *Rev. arb.* 1992, p. 663 y ss. (665).

los tribunales franceses anularan el laudo arbitral alegando que, según el reglamento de arbitraje aplicable de la Cámara de Comercio Internacional (artículo 13.3), el tribunal arbitral debía decidir sobre el derecho aplicable de acuerdo con las normas que considerara pertinentes; esto implicaba la obligación de aplicar las normas de un Derecho nacional concreto. Sin embargo, el Tribunal de Apelación de París rechazó este punto de vista, afirmando que el procedimiento de arbitraje conforme al reglamento de la Cámara de Comercio Internacional permite más bien remitirse "al conjunto de las reglas del comercio internacional que se han desarrollado en la práctica y que han recibido la aprobación de la jurisprudencia de los tribunales nacionales".⁶⁰

- 41** La remisión a principios jurídicos internacionalmente reconocidos, por ejemplo del derecho de los contratos⁶¹, tiene la ventaja (a pesar de todas las incertidumbres metodológicas) de que ya no depende de qué derecho nacional deba aplicarse a una situación y cuál sea el contenido de este derecho. Dado que estos principios generales suelen estar menos definidos que las disposiciones del derecho nacional, esta "elección del derecho aplicable" por las partes aumenta el margen de decisión del tribunal llamado a dirimir el litigio sin autorizar por completo la justicia equitativa. Además, las incertidumbres en la determinación de la ley no son a veces mayores que en la aplicación, cargada de dudas, de las normas de un sistema jurídico nacional poco diferenciado, que además puede estar alejado de una de las partes contratantes. Esto explica la elección de principios jurídicos internacionalmente reconocidos como base de las decisiones, especialmente en el arbitraje internacional. El *Tribunal de Reclamaciones Irán-EEUU* de La Haya ha acudido en repetidas ocasiones a principios jurídicos reconocidos internacionalmente en disputas entre ciudadanos estadounidenses y el Estado iraní o empresas estatales iraníes.⁶² La autorización para hacerlo reside en el acuerdo entre EEUU e Irán, según el cual el tribunal puede remitirse a los "*principios del derecho mercantil*" que considere aplicables.⁶³ La jurisprudencia inglesa ha reconocido que era eficaz y ejecutable un laudo arbitral internacional en el cual una disputa petrolera entre una empresa alemana y una empresa estatal árabe fue resuelta de acuerdo con "*los principios de derecho internacionalmente aceptados que rigen las relaciones contractuales*".⁶⁴ El tribunal de arbitraje hizo referencia principalmente a las prácticas comerciales internacionales en materia de licencias de perforación petrolífera. Esta jurisprudencia refleja la creciente apertura a la desvinculación de las relaciones contractuales de una ley nacional específica sobre la base de un acuerdo entre las partes.⁶⁵ Además, se discute hasta qué punto las partes pueden desvincularse completamente de cualquier ley nacional en la regulación contractual de sus relaciones, por ejemplo, en relación con un acuerdo arbitral.⁶⁶ Los tribunales de cada Estado ofrecen respuestas diferentes a este respecto.

60 Tribunal de Apelación de París, Rev.arb. 1992, p. 497 y ss. (498).

61 Cf. Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (2016); O. Lando/H. Beale, *The Principles of European Contract Law*, 1995; también K. P. Berger, *Die UNIDROIT-Prinzipien für Internationale Handelsverträge. ¿Indicio de un derecho económico mundial autónomo?* ZVglRWiss 94 (1995), p. 217 y ss.

62 *Reynolds Tobacco Co. contra Irán*, Irán-U.S.C.T.R.7(1941II), 181 (192); *McCullough & Co. contra Ministerio de Correos, Irán-U.S.C.T.R.11(1961II)*, 3 (29 s.); *Mobil Oil Iran Inc. contra Irán*, Irán-U.S.C.T.R. 16, 3 (27 f); Irán contra *Estados Unidos, Caso B-I*, Irán-U.S.C.T.R.19(1988 II), 273 (295); véase también J. R. Crook, *Applicable Law in International Arbitration: The Iran-U.S. Claims Tribunal Experience*, AJIL 83 (1989), p. 278 y ss. (280 *passim*).

63 Artículo V del Acuerdo de Solución de Diferencias de Argel, reimpresso en: K. Oellers-Frahm/A. Zimmermann (eds.), *Dispute Settlement in Public International Law*, 2ª ed., 2001, vol. 2, p. 2131.

64 Tribunal de Apelación inglés, *Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrergesellschaft m. b. H. contra R'As al-Khaimah National Oil Company Co.*, [1987] 3 Weekly Law Reports 1023.

65 Cf. S. C. Boyd, *The role of national law and the national courts in England*, en: J. D. M. Lew (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*, 1987, p. 149 y ss.

66 Véase más adelante, § 9, 2. y § 22.

5. El derecho económico nacional y su aplicación extraterritorial

Literatura:

American Law Institute, Restatement of the Law Third, The Foreign Relations Law of the United States, Vol. 1, 1987, p. 230 y ss.; *J. Basedow*, Wirtschaftskollisionsrecht - Theoretischer Versuch über die ordnungspolitischen Normen des Forumstaates, *RabelsZ* 52 (1988), p. 8 y ss.; *ders.*, Private Law Effects of Foreign Export Controls, *An International Case Report*, *GYIL* 27 (1984), p. 109 y ss.; *A. Dlouhy*, Extraterritoriale Anwendung des Kartellrechts im europäischen und US-amerikanischen Recht, 2003; *R. Dolzer*, Extraterritoriale Anwendung des nationalen Rechts aus der Sicht des Völkerrechts, en *Bitburger Gespräche* (2003), pp. 71 y ss.; *U. Huber*, Auswirkungstheorie und extraterritoriale Rechtsanwendung im internationalen Kartellrecht, *ZGR* 1981, p. 500 y ss.; *M. Lehmann*, Eine neue Ära der extraterritorialen Anwendung US-amerikanischen Rechts, *RIW* 2010, p. 841 y ss.; *J. Kaffanke*, Nationales Wirtschaftsrecht und internationale Wirtschaftsordnung, 1990; *G. Kegel/K. Schurig*, *Internationales Privatrecht*, 9ª ed. 2004, p. 1120 y ss.; *F. A. Mann*, The Doctrine of Jurisdiction in International Law, *RdC* 111 (1964 I), p. 1 y ss.; *lo mismo*, The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years, *RdC* 186 (1984 III), p. 9 y ss.; *K. M. Meessen*, Antitrust Jurisdiction Under Customary International Law, *AJIL* 78 (1984), p. 783 y ss.; *thes.* (ed.), *Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practise*, 1996; *W. Meng*, Extraterritoriale Jurisdiktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht, 1994; *E.-J. Mestmäcker*, Staatliche Souveränität und offene Märkte, *RabelsZ* 52 (1988), p. 205 y ss.; *A. Puttler*, Völkerrechtliche Grenzen von Export- und Reexportverboten, 1989; *O. Remien*, Außenwirtschaftsrecht in kollisionsrechtlicher Sicht, *RabelsZ* 54 (1990), p. 431 y ss.; *F. Rigaux*, Droit économique et conflits de souveraineté, *RabelsZ* 52 (1988), p. 104 y ss.; *C. Ryngaert*, *Jurisdiction in International Law*, 2ª ed. 2015; *O. Sandrock*, Völkerrechtliche Grenzen staatlicher Gesetzgebung, *ZVglRWiss* 115 (2016), p. 1 y ss.; *A. K. Schnyder*, Wirtschaftskollisionsrecht, 1990; *T. Schulz*, Carving up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interface, *EJIL* 1 (2004), p. 799 y ss.; *P. M. Roth*, Reasonable Extraterritoriality: Correcting the "Balance of Interests", *ICLQ* 41 (1992), p. 245 y ss.

- 42 Las transacciones económicas internacionales también se rigen por el derecho nacional (como el derecho nacional de obligaciones, el derecho de propiedad, el derecho mercantil y de sociedades, el derecho del comercio exterior o el derecho administrativo económico). El derecho económico nacional es fundamentalmente territorial. En consecuencia, depende de si una transacción económica (también) tiene lugar en el territorio de un determinado Estado o al menos tiene efectos en ese Estado. En el caso de situaciones transfronterizas que afectan al territorio de varios Estados, existe el riesgo de "fraccionar" las relaciones económicas que están sujetas a diferentes leyes nacionales. La posibilidad de competencia reguladora aumenta por el hecho de que la validez de la ley nacional puede estar vinculada no sólo a elementos locales, sino también a las relaciones personales con el Estado respectivo. Por ejemplo, los Estados suelen someter el comportamiento de sus propios ciudadanos a determinados requisitos o prohibiciones en el extranjero. En principio, la aplicación de las normas nacionales de comportamiento se limita al propio territorio del Estado. No en vano, la territorialidad de la ley se considera un obstáculo importante para el comercio exterior debido a los "costes de transacción" asociados.⁶⁷ Los esfuerzos por armonizar la evaluación de las cuestiones que afectan a varios sistemas jurídicos desempeñan aquí un papel central. Esto puede lograrse, por ejemplo, mediante la normalización de la ley aplicable (por ejemplo, con respecto a la validez de los contratos de compraventa y las consecuencias de los incumplimientos) o mediante el acuerdo de los Estados sobre la ley que debe regir determinadas cuestiones (por ejemplo, la ley aplicable en el lugar donde se celebra el contrato con respecto a los requisitos formales que deben cumplirse).

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

- 43 También es importante que la legislación nacional tenga en cuenta los intereses "legítimos" de otros Estados: esto se logra mediante la renuncia de un Estado a extender su legislación nacional a determinados elementos de hecho o mediante la inclusión de normativas extranjeras en el proceso nacional de toma de decisiones (por ejemplo, al evaluar un contrato para la entrega de máscaras tribales de valor cultural e histórico de un Estado africano que impone una prohibición de exportación de dichos bienes culturales).

a) Derecho de comercio exterior

- 44 Las normas nacionales de comercio exterior regulan específicamente la circulación transfronteriza de mercancías y capitales (sujeta a las obligaciones del Estado respectivo en virtud de tratados internacionales como el GATT). Los principios rectores de la política económica de un Estado se reflejan directamente en la ley de comercio exterior. El número de países con un monopolio estatal sobre el comercio exterior está disminuyendo, especialmente tras el colapso de los regímenes comunistas del antiguo bloque del Este.
- 45 Los mecanismos de control más importantes del derecho del comercio exterior son los aranceles, las restricciones a la importación y a la exportación (prohibiciones de importación y exportación, reservas de autorización, restricciones cuantitativas) y las subvenciones. La utilización de estos instrumentos puede valorarse de forma diferente según el punto de vista teórico o económico. Desde una perspectiva externa, los derechos de importación tienen la ventaja de una mayor transparencia en comparación con las subvenciones. En cambio, estos mecanismos también provocan una distorsión de la estructura de precios y de consumo.
- 46 En Estados Unidos, rige una prohibición general de exportación sujeta a autorización, aunque se suaviza mediante exenciones generales para ámbitos importantes.⁶⁸ La legislación europea y alemana en materia de comercio exterior sigue un modelo diferente: el principio de libertad de comercio transfronterizo de mercancías, capitales y otras transacciones económicas (con terceros países).⁶⁹ Según el artículo 1 del Reglamento General de Exportación de la Unión Europea⁷⁰, se aplica el principio de libertad de exportación. Del mismo modo, el artículo 1.2 del Reglamento General de Importación de la Unión Europea⁷¹ normaliza la libertad fundamental de importación. En la República Federal de Alemania, el artículo 1 (1) de la Ley de Comercio Exterior y Pagos (AWG) así lo estipula:

La circulación de bienes, servicios, capitales, pagos y otras transacciones económicas con el extranjero, así como la circulación de activos extranjeros y oro entre nacionales (comercio exterior) es, por regla general, libre. Está sujeto a las restricciones contenidas en esta ley o prescritas por ordenanza sobre la base de esta ley".

68 Por ejemplo, *J. M. Gabriel*, Das amerikanische Exportkontroll-System, *Außenwirtschaft* 44 (1989), p. 59 y ss.; *M. K. Hentzen*, US-amerikanische Exportkontrollen, 1988, en particular p. 54 y ss.

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

70 Reglamento (UE) 2015/479 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2015, sobre el régimen común aplicable a las exportaciones, DO 2015 L 83/34.

71 Reglamento (UE) 2015/478 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2015, sobre el régimen común aplicable a las importaciones, DO 2015 L 83/16.

47 En la Unión Europea, el derecho del comercio exterior está determinado por el ejercicio de las competencias de la Unión Europea en materia de política comercial (artículos 206, 207, 215 TFUE)⁷². Los Estados miembros de la Unión Europea tienen margen para regular en el ámbito del derecho de comercio exterior, conforme a autorizaciones especiales en disposiciones del derecho derivado de la Unión Europea y de reservas generales en favor de los intereses de política exterior y económica de los Estados miembros (artículo 346.1.b, 347 TFUE). El derecho alemán de comercio exterior queda anulado por el derecho de la Unión Europea, debido a la transferencia de competencias en materia de política comercial a esta organización internacional (véase el Artículo 215 del TFUE). La ley alemana de comercio exterior permite imponer restricciones al comercio exterior para proteger la seguridad interior y exterior, los intereses exteriores de la República Federal de Alemania y para cumplir las obligaciones derivadas del derecho europeo e internacional:

"Sección 4 de AWG, Restricciones y deberes de actuar para proteger la seguridad pública y los intereses extranjeros:

(1) *En el comercio exterior, se pueden restringir las transacciones y acciones legales o se pueden imponer obligaciones de actuar por orden legal con el fin de:*

1. Salvaguardar los intereses esenciales de seguridad de la República Federal de Alemania,
2. impedir que se perturbe la coexistencia pacífica de los pueblos,
3. evitar cualquier perturbación significativa de las relaciones exteriores de la República Federal de Alemania,
4. para salvaguardar el orden público o la seguridad de la República Federal de Alemania en el sentido del artículo 8, de la regulación EU 2019/452 del Parlamento Europeo o
5. contrarrestar cualquier amenaza para la satisfacción de necesidades vitales en el país o en partes del país y proteger así la salud y la vida humanas, de conformidad con el artículo 36 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

(2) *Además, las transacciones y acciones legales en el comercio exterior pueden estar restringidas por orden legal o se pueden imponer obligaciones de actuar con el fin de*

1. aplicar las decisiones del Consejo de la Unión Europea sobre medidas de sanciones económicas en el ámbito de la Política Exterior y de Seguridad Común,
2. aplicar las obligaciones de los Estados miembros de la Unión Europea previstas en los actos jurídicos directamente aplicables de la Unión Europea para la aplicación de medidas de sanción económica en el ámbito de la Política Exterior y de Seguridad Común,
3. aplicar las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o
4. aplicar los acuerdos intergubernamentales que los órganos legislativos hayan acordado en forma de ley federal".

Las restricciones actuales al comercio exterior se encuentran en la versión vigente de la Ordenanza de Comercio Exterior y Pagos.

72 Véase más abajo § 5, 3.

En 1990, un instrumento legal incorporó de nuevo al derecho alemán el embargo comercial contra Irak ya adoptado por la Comunidad Europea tras la anexión de Kuwait en violación del derecho internacional. Lo anterior con base en la autorización para aplicar una resolución del Consejo de Seguridad de la ONU (ahora Sección 4 (2) N° 3 AWG) y para prevenir una "perturbación de la coexistencia pacífica de los pueblos" (ahora Sección 4 (1) N° 2 AWG), con el fin de aplicar el embargo en virtud del derecho penal.⁷³

- 48** La restricción permanente de la importación o exportación de determinados bienes económicos es de gran importancia. Esto incluye, por ejemplo, el control de las exportaciones de bienes estratégicos de acuerdo con el *Arreglo de Wassenaar* sobre el control de las exportaciones de armas convencionales y bienes y tecnologías de doble uso⁷⁴ (que ha reemplazado la denominada Lista COCOM (*Coordinating Committee for East-West Trade*) de los países miembros de la OTAN⁷⁵). La legislación de la Unión Europea restringe la exportación de bienes que pueden utilizarse tanto para fines civiles como militares (*doble uso*).⁷⁶ Además de la territorialidad, también existen otros factores fácticos o personales de conexión. Por ejemplo, la legislación sobre comercio exterior de muchos países restringe la libertad de acción económica de sus propios nacionales en el extranjero (véase la sección 5 (5) AWG). A los alemanes se les prohíbe -bajo amenaza de castigo- participar en la producción de ciertas armas (como las nucleares, biológicas y químicas) en el extranjero (Sección 21 de la Ley de Control de Armas de Guerra).
- 49** Los intentos de algunos Estados de ampliar el alcance "extraterritorial" de las prohibiciones a la exportación ampliando los factores de conexión territoriales o personales son muy problemáticos.

Esta problemática puede ilustrarse con el caso *Pipeline – Embargo* (embargo de gasoductos) en Estados Unidos.⁷⁷ Como consecuencia de su desaprobación del negocio de los gasoductos de gas natural entre Europa Occidental y la Unión Soviética, el gobierno estadounidense prohibió (reservándose la autorización) la exportación de equipos basados en tecnología estadounidense y utilizados para extraer petróleo o gas natural. Esta prohibición abarcaba, bajo determinadas condiciones, las entregas realizadas por empresas no estadounidenses. Además de este embargo definido objetivamente, el gobierno estadounidense también prohibió la exportación de bienes que no procedieran de Estados Unidos; esta prohibición iba dirigida, entre otros, a los ciudadanos estadounidenses y a las empresas fundadas en Estados Unidos, así como a las empresas controladas por ellos y a otras empresas, independientemente de su domicilio social o lugar de fundación. Estas restricciones a la exportación se complementaban, además, con

73 Véase BGH NJW 1994, 858.

74 W. Werner, Die neuen internationalen Grundlagen der Exportkontrolle, RIW 1998, p. 179 y ss.

75 Por ejemplo, S. Oeter, CoCom and the System of Coordinated Export Controls, *RabelsZ* 55 (1991), p. 436 y ss.

76 Reglamento (CE) n° 428/2009 por el que se establece un régimen de la Unión para el control de las exportaciones, la transferencia, el corretaje y el tránsito de productos de doble uso, DO 2009 L 134/1 (modificado en último lugar por el Reglamento [UE] 2020/2171 del Parlamento Europeo y del Consejo, DO 2020 L 432/4); véase C. Hölscher, Die Neufassung der Dual Use-Verordnung, RIW 8 (2009), p. 524 y ss. Desde 2021, se aplica el Reglamento (UE) 2021/821, modificado en su totalidad, relativo a un régimen de la Unión para el control de las exportaciones, el corretaje, la asistencia técnica, el tránsito y la transferencia de productos de doble uso, DO 2021 L 206/1; véase A. Giesemann, La modificación del Reglamento de la UE sobre productos de doble uso: una visión general de los nuevos controles europeos de las exportaciones, *EuZW* 2021, p. 365 y ss.

77 Por ejemplo, J. Basedow, Das amerikanische Pipeline-Embargo vor Gericht, *RabelsZ* 47 (1983), p. 141 y ss.; A. V. Lowe, International Law Issues Arising in the "Pipeline Dispute": The British Position, *GYIL* 27 (1984), p. 54 J&S; D. F. Vagts, The Pipeline Controversy: An American Viewpoint, *GYIL* 27 (1984), p. 38 y ss. Véase también A. Puttler, *Völkerrechtliche Grenzen von Export- und Reexportverboten*, 1989.

sanciones severas. En el asunto *Sensor*, la filial holandesa de una empresa estadounidense se comprometió con un contratista francés, a suministrar componentes que serían destinados a la construcción del gasoducto soviético de gas natural. La empresa consideró que la prohibición de exportación estadounidense le impedía cumplir con su obligación de entrega. Un tribunal holandés estimó la demanda del comprador requiriendo el cumplimiento del contrato, y consideró que el amplio alcance de la norma prohibitiva estadounidense suponía una violación del derecho internacional público⁷⁸. Esto muestra claramente cómo la extensión extraterritorial de la ley nacional requiere el reconocimiento de los estados extranjeros para ser efectiva. En este caso, se podría haber tenido en cuenta, al menos, la amenaza de sanción prevista por las normas estadounidenses de comercio exterior como un obstáculo fáctico al cumplimiento de la obligación.

La imposición de una prohibición de reexportación a una empresa extranjera sobre la mera base de que ésta esté controlada por capital nacional (a través de una empresa matriz nacional) parece inadmisibles. En el asunto *Sensor*, la "nacionalidad" de las mercancías originarias de EE.UU. se consideró como un factor de conexión adicional. Este tipo de asignación de mercancías a un país específico debería tenerse en cuenta, especialmente en el caso de procesos de producción de alta tecnología. Por último, en relación con el caso *Pipeline – Embargo*, se ha discutido si la aplicación de las normas de control de exportaciones de un Estado más allá de sus fronteras se puede justificar mediante una declaración privada de quien contrata con el exportador, sometándose a la regulación nacional del comercio exterior. A una declaración de este tipo no se le puede hacer caso omiso, si se refiere a las normas de control de exportación vigentes en ese momento en el Estado en cuestión, y si constituye un presupuesto para la concesión de la autorización para exportar. Ya que, si un Estado puede denegar por completo la exportación salvo reserva de realizar un sometimiento de este tipo, él mismo debe ser admitido como la medida menos gravosa. De hecho, el sometimiento, en el marco de la autonomía de la voluntad, a una ley extranjera de comercio exterior, constituye una conexión que brinda legitimidad a la aplicación de normas extranjeras de control de exportaciones.

- 50** La regulación del comercio exterior de muchos países se caracteriza por el hecho de que el ejecutivo dispone de poderes extraordinariamente amplios para restringir las importaciones y las exportaciones. En la medida en que existe alguna protección legal efectiva para los individuos contra dichas ordenes, queda un gran margen de maniobra, que los tribunales son extremadamente reacios a revisar. Algunos consideran que el ejecutivo es un poder más accesible a los intereses económicos de grupo y ven en las amplias autorizaciones de las normas de comercio exterior una puerta de entrada para las tendencias proteccionistas.

b) Consideraciones generales sobre el derecho económico conflictual

- 51** Las transacciones comerciales transfronterizas afectan los intereses normativos de varios países y pueden ser enjuiciadas en virtud de diferentes leyes nacionales. Desde la perspectiva de las autoridades y los tribunales de un país concreto, la primera cuestión es si se debe aplicar su propia ley nacional o una ley extranjera a esta situación. Ello será decidido aplicando las

78 Presidente del Tribunal de Distrito de La Haya, ILM 22 (1983), p. 66; RabelsZ 47 (1983), p. 141.

normas de conflicto nacionales (*conflict of laws*), esto es, el derecho internacional privado o el derecho internacional público del foro (Estado del juez que conoce del caso). Por ejemplo, el derecho internacional privado alemán (en particular, según las disposiciones del EGBGB)⁷⁹ determina qué ley es aplicable al contrato celebrado en Francia entre una empresa alemana y un cliente de Extremo Oriente para la entrega de una planta de producción química. Cuando se trata de la valoración de expropiaciones, medidas de supervisión económica estatal o reglamentos de derecho del comercio exterior (por ejemplo, restricciones a la exportación o licencias de construcción y explotación), se trata de una cuestión de derecho internacional público. El derecho público de un Estado se dirige directamente a sus órganos. A diferencia del derecho privado, el derecho público no es susceptible de "aplicación" por los tribunales extranjeros en sentido estricto. Se trata más bien de la posible consideración de las consecuencias jurídicas derivadas de actos soberanos extranjeros. El derecho internacional privado y el derecho internacional público están estrechamente entrelazados. Muchos sistemas jurídicos prescinden por completo de esta distinción conceptual. Las ideas de política reguladora impregnan los complejos normativos del derecho privado de forma similar a los del derecho público, aunque los conflictos de intereses entre Estados sean a menudo más evidentes en ellos.

- 52** Los puntos de conexión que brindan legitimación a la aplicación de un determinado ordenamiento jurídico nacional los proporcionan, principalmente, el principio de territorialidad y de personalidad. Según el principio de territorialidad, esta conexión puede establecerse por la ubicación de un objeto en Alemania, así como por el lugar de la acción o el lugar del éxito. Además, el principio de personalidad desempeña un papel en el derecho económico, que se basa en la nacionalidad o el domicilio de una persona física o en el domicilio social de una persona jurídica. Por lo tanto, es permisible, por ejemplo, que un Estado expropie los bienes de uno de sus nacionales o de una empresa nacional. En el caso de los bienes extranjeros de la persona expropiada, el principio de personalidad (como factor de conexión para la ley del Estado de origen) y el principio de territorialidad, que habla a favor del poder regulador del Estado del domicilio, pueden entonces solaparse. El principio de personalidad también se aplica en el derecho de comercio exterior.⁸⁰ Además, la protección de la seguridad nacional y de los intereses jurídicos nacionales de gran valor (principio de protección) apoya el uso del poder regulador nacional. Por último, en casos estrictamente limitados, un Estado puede perseguir comportamientos proscritos en todo el mundo (como la piratería, la esclavitud, el genocidio y probablemente también ciertos actos de terrorismo) en virtud de su propia legislación (principio de universalidad o jurisdicción universal).
- 53** El muy influyente *Restatement (Fourth) of the Foreign Relations Law of the United States*⁸¹ extiende el poder regulador de un Estado (jurisdicción para prescribir) en la Sección 402 (1) a:

(a) *personas, bienes y conductas dentro de su territorio;*

(b) *una conducta que tenga un efecto sustancial en su territorio;*

79 Véase el Artículo 3 párr. 1 del EGBGB: "En caso de circunstancias con conexión con el derecho de un Estado extranjero, las siguientes disposiciones determinan qué ordenamientos jurídicos son aplicables (derecho internacional privado)."

80 Véase más arriba, § 3, 5. a).

81 American Law Institute, *Restatement (Fourth) of the Law, The Foreign Relations Law of the United States*, 2018, § 402.

(c) la conducta, los intereses, la situación y las relaciones de sus nacionales y residentes fuera de su territorio;

(d) determinadas conductas fuera de su territorio que perjudiquen a sus nacionales;

(e) ciertas conductas realizadas fuera de su territorio por personas que no sean sus nacionales o residentes y que estén dirigidas contra la seguridad de Estados Unidos o contra una clase limitada de otros intereses fundamentales de Estados Unidos; y

(f) determinados delitos de alcance universal [...]"

En el caso de las relaciones de derecho de sociedades, como la organización interna de una sociedad anónima o los derechos de los accionistas individuales, las normas nacionales de conflicto de leyes se basan en la sede administrativa de la sociedad o en la ley de constitución.⁸²

- 54** Los tribunales nacionales no aplican el derecho extranjero si es incompatible con los principios fundamentales de su propio ordenamiento jurídico (reserva de "ordre public"). Esta reserva entra en juego en el derecho alemán (Artículo 6 EGBGB)⁸³ si, por ejemplo, la aplicación del derecho extranjero fuera incompatible con los derechos fundamentales (por ejemplo, con la prohibición de discriminación por motivos de raza o género) o con el derecho internacional consuetudinario imperativo (por ejemplo, en el caso del suministro de armas para una agresión militar).

En el derecho internacional privado alemán, las obligaciones contractuales están siempre (es decir, incluso si las partes eligen una ley extranjera) sujetas a las "disposiciones del derecho alemán que rigen los hechos del caso sin tener en cuenta la ley aplicable al contrato". Estas disposiciones obligatorias (también conocidas como "disposiciones obligatorias imperativas") son normas que (al menos también) sirven a intereses especialmente importantes para el interés público. Entre ellas se incluyen las prohibiciones en virtud de la ley de comercio exterior o la ley de competencia.

- 55** Las transacciones en las que los elementos individuales (personales o fácticos) de los hechos apuntan a dos o más ordenamientos jurídicos nacionales están sujetas al "acceso" competidor de los Estados afectados si éstos asumen los factores de conexión "legitimadores" de su poder regulador (como el lugar de cumplimiento contractual o el domicilio social de la empresa) y someten los hechos a su propia ley y jurisdicción. Si dos (o más) Estados extienden su ley a la misma situación y siguen conceptos de ordenamiento diferentes, existe el riesgo de que se produzca un conflicto jurisdiccional. Estos conflictos pueden surgir cuando una determinada ley nacional regula una situación con implicaciones extranjeras de forma que tenga efectos más allá del territorio nacional, es decir, cuando la ley nacional se aplica "extraterritorialmente". Este tipo de regulaciones transfronterizas se producen, por ejemplo, cuando una sociedad anónima con domicilio social en Francia y activos en Alemania es expropiada en virtud de

82 Véase más adelante, § 16, 1.

83 "Una disposición legal de otro Estado no se aplicará si su aplicación conduce a un resultado manifiestamente incompatible con los principios fundamentales del derecho alemán. En particular, no se aplicará si su aplicación es incompatible con los derechos fundamentales."

una ley francesa, cuando la ley alemana de competencia se aplica a acuerdos que restringen la competencia de empresas extranjeras o cuando una prohibición de exportación de EE.UU. cubre las entregas de filiales europeas de empresas estadounidenses. Los conflictos normativos adquieren su forma más aguda cuando la ley del Estado A exige un comportamiento que contraviene una prohibición del Estado B.

- 56** La competencia entre varios Estados por el control de un determinado acontecimiento crea inseguridad jurídica; puede debilitar la confianza en los órganos estatales, llevar a los tribunales de diferentes Estados a conflictos a menudo difíciles de conciliar y tentar a las partes a manio-brar en favor del foro que les sea más favorable. Además, en algunos conflictos jurisdiccio-nales, los intereses de los particulares corren el riesgo de ser sacrificados por completo en el altar de los intereses estatales en conflicto. La afirmación del poder regulador nacional y de la jurisdicción sobre un conjunto uniforme de circunstancias por parte de dos o más Estados anima a los demandantes potenciales a elegir el foro "más favorable" para presentar sus demandas (el llamado *forum shopping*).⁸⁴ Las disposiciones de los tratados internacionales sobre jurisdicción son un mecanismo para limitar esta elección.
- 57** El riesgo de que las transacciones económicas transfronterizas se conviertan en la manzana de la discordia entre las pretensiones reguladoras estatales y provoquen malestar en las relaciones económicas internacionales puede contrarrestarse en varios niveles. Una posibilidad son los acuerdos intergubernamentales sobre la normalización del derecho sustantivo (como existe en el derecho de compraventa internacional) o sobre el Derecho nacional aplicable.⁸⁵ Otras con-sideraciones se refieren a los límites de los poderes reguladores nacionales que se derivan del derecho internacional (como la prohibición de intervención) o de la idea de la consideración de los intereses de los Estados extranjeros con respecto a los asuntos que afectan a países extranje-ros. Por último, el cumplimiento del derecho de comercio extranjero en Alemania puede evitar que las relaciones económicas se vean "desgarradas" por el acceso de dos sistemas jurídicos nacionales.

c) Aplicación del Derecho nacional a supuestos con un elemento extranjero

- 58** La aplicación "extraterritorial" de las disposiciones nacionales es uno de los grandes temas del derecho económico internacional. Se trata de la aplicación del derecho nacional a situaciones con implicaciones extranjeras, es decir, cuando la situación se refiere a uno o varios Estados ex-tranjeros. El choque de varios ordenamientos jurídicos en la regulación de un asunto conduce a menudo a un choque de diferentes intereses nacionales y conceptos de orden. Los conflictos en el marco del derecho comercial no sólo se desencadenan por regulaciones "agresivas" que alcanzan específicamente al exterior, como las que se encuentran en las disposiciones de em-bargo o en la legislación sobre comercio exterior. Los efectos "extraterritoriales" de reglamen-taciones que son intrínsecamente nacionales por naturaleza y están destinadas a proteger los in-tereses económicos nacionales son mucho más comunes. Dada la moderna división del trabajo en la economía global, el propósito regulador de estas "disposiciones nacionales" a menudo ya no puede cumplirse sin abarcar componentes fácticos extranjeros. Por lo tanto, es comprensible que los Estados conviertan los procesos en el extranjero en objeto de su legislación nacional si tienen un efecto perjudicial sobre los intereses nacionales protegidos.

84 Véase más abajo, § 9, 3. f).

85 Véase más adelante, § 13.

Especialmente controvertido ha sido el intento del legislador estadounidense en el marco del conflicto con el régimen comunista de Fidel Castro de imponer sanciones a las inversiones extranjeras en Cuba (Ley Helms-Burton de 1996).⁸⁶ Desde el punto de vista de los Estados Unidos, se trató de proteger los intereses de propiedad de sus propios nacionales que fueron expropiados bajo el régimen castrista (la idea de "perpetuar" la expropiación invirtiendo en tierras expropiadas). Además, existió el empeño general de derribar el orden comunista en Cuba mediante sanciones económicas. Desde el punto de vista del derecho internacional, depende de hasta qué punto la protección de sus propios nacionales respalda las sanciones contra los inversores extranjeros en Cuba. Aún más problemática que las medidas punitivas contra Cuba fue la posterior legislación de sanciones de Estados Unidos., dirigida contra Irán y antes también contra Libia (*Iran and Libya Sanctions Act* de 1996, desde 2006 *Iran Sanctions Act*).⁸⁷ Esto abarca también el comportamiento de los ciudadanos extranjeros que no tienen ninguna conexión específica (personal o territorial) con Estados Unidos. Por su parte, la Unión Europea ha respondido a esta legislación de sanciones estadounidenses de gran alcance con medidas de defensa (*blocking statutes*)⁸⁸. Esta norma defensiva de la Unión Europea pretendía bloquear el reconocimiento y la aplicación de las medidas sancionadoras estadounidenses dentro de la Unión. Finalmente, el gobierno estadounidense y la Unión Europea acordaron suspender las sanciones con respecto a las empresas europeas. El gobierno estadounidense creó nuevos conflictos con las sanciones extraterritoriales contra Irán después de que cancelara el Plan de Acción Integral Conjunto en 2018 en relación con la renuncia de Irán a un programa de armas nucleares y el retiro de las sanciones. Las prohibiciones comerciales con Irán se aplican no sólo a las empresas estadounidenses, sino también a sus filiales extranjeras y a la exportación de bienes económicos desde Estados Unidos; en algunos casos, las prohibiciones estadounidenses se dirigen también a empresas extranjeras que no están controladas por empresas estadounidenses. Por su parte, la Unión Europea ha reactivado su anterior legislación de bloqueo.⁸⁹

La Ley para Contrarrestar a los Enemigos de América mediante Sanciones (*Countering America's Adversaries Through Sanctions Act - CAATSA*) de 2017 prevé sanciones contra Rusia además de medidas contra Irán y Corea del Norte. También, la Ley de Protección de la Seguridad Energética Europea (*Protecting Europe's Energy Security Act - PPESA*) de 2020 se centra en la dependencia de los socios europeos de Estados Unidos a los suministros energéticos rusos y amplía las sanciones contra las empresas implicadas en proyectos de gasoductos rusos como *North Stream II*, el gasoducto a través del mar Báltico entre Rusia y Alemania. La Ley de Protección de la Clarificación de Seguridad Energética Europea (*Protecting Europe's Energy Security Clarification Act - PEESCA*) de 2021 endurece aún más estas sanciones. Ahora bien, las sanciones contra empresas no estadounidenses por su implicación en *North Stream II* son difíciles de justificar según el derecho internacional, debido a la falta de conexión del proyecto de gasoducto con Estados Unidos, ya que la amenaza a los intereses de seguridad estadounidenses apenas puede demostrarse de forma plausible.

86 ILM 35 (1996), p. 357; C. Kress/J. Herbst, Der Helms-Burton-Act aus völkerrechtlicher Sicht, RIW 1997, p. 630 ¶s.; A. F. Lowenfeld, Agora: The Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act, AJIL 90 (1996), p. 419 ¶s.; W. Meng, Extraterritoriale Jurisdiktion in der US-amerikanischen Sanktionsgesetzgebung, EuZW 1997, p. 423 y ss.; J. L. Snyder/S. Agostini, New U. S. Legislation to Deter Investment in Cuba, JWT 30 (1996), p. 37 ¶s.; B. Stern, Can the United States Set Rules for the World?, JWT 31 (1997), p. 5 y ss.

87 ILM 35 (1996), P. 1273.

88 Reglamento (CE) n° 2271/96 del Consejo, de 22 de noviembre de 1996, relativo a la protección contra los efectos de la aplicación extraterritorial de los actos adoptados por un tercer país, y de las medidas basadas en ellos o derivadas de ellos, DO CE 1996 L 309/1.

89 Reglamento Delegado (UE) 2018/1100 de la Comisión, de 6 de junio de 2018, por el que se modifica el anexo del Reglamento (CE) n° 2271/96 del Consejo, de 22 de noviembre de 1996, y el Reglamento de Ejecución (UE) 2018/1101 de la Comisión, de 3 de agosto de 2018.

- 59 En el asunto *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*⁹⁰, la Corte Suprema estadounidense estableció límites fundamentales a la aplicación de las leyes estadounidenses a asuntos extranjeros. En consecuencia, existe la presunción de que el Congreso estadounidense sólo pretendía regular asuntos internos:

*Es un principio de larga data del derecho estadounidense, que la legislación del Congreso, a menos que aparezca una intención contraria, está destinada a aplicarse sólo dentro de la jurisdicción territorial de los Estados Unidos. Este principio representa un canon de construcción, o una presunción sobre el significado de un estatuto, más que un límite al poder del Congreso para legislar. Se basa en la percepción de que el Congreso legisla ordinariamente con respecto a asuntos internos, no extranjeros. Así, "a menos que exista la intención afirmativa del Congreso claramente expresada" de dar a un estatuto efecto extraterritorial, "debemos presumir que se refiere principalmente a las condiciones nacionales". El canon o presunción se aplica independientemente de si existe un riesgo de conflicto entre el estatuto estadounidense y una ley extranjera. Cuando un estatuto no da ninguna indicación clara de una aplicación extraterritorial, no tiene ninguna.*⁹¹

En consecuencia, una ley estadounidense para proteger el mercado de valores contra el engaño sólo cubre las transacciones realizadas en Estados Unidos. La referencia al engaño por parte de una filial nacional es irrelevante en el caso de una transacción de valores realizada en el extranjero sin más contactos nacionales.

En el caso concreto, los compradores australianos de acciones de un banco australiano habían presentado una demanda contra el banco en Estados Unidos porque la dirección de una filial del banco con sede en Florida había manipulado supuestamente la valoración de la filial y, por tanto, indirectamente también el valor bursátil del banco demandado.

Esta jurisprudencia debería frenar significativamente el flujo de demandantes extranjeros hacia los tribunales estadounidenses.

Tras la sentencia *Morrison*, la Corte Suprema estadounidense, en el caso *Kiobel* negó la aplicación extraterritorial de la Ley de Reclamaciones por Agravios contra Extranjeros a los daños causados en el extranjero.⁹²

En el caso *RJR Nabisco, Inc. et al. contra la Comunidad Europea et al. Comunidad Europea et al.*⁹³, la Corte Suprema precisó aún más las condiciones de aplicabilidad de una ley a asuntos con un elemento extranjero. El caso se refería a una acción interpuesta por la Unión Europea contra una tabacalera estadounidense por violar la Ley sobre Organizaciones Corruptas e Influenciadas por Mafiosos (*Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act - RICO*), en particular por contrabando de cigarrillos y blanqueo de dinero en el territorio de la Unión Europea, lo cual violaba un embargo comercial de las Naciones Unidas contra Irak y las normas sobre apoyo al terrorismo internacional. La Corte Suprema emprende aquí un examen en dos etapas. En primer lugar, examina si el legislador pretendía abarcar comportamientos en el

90 Corte Suprema de Justicia de EE.UU., *Morrison contra National Australia Bank Ltd*, 561, U. S. 247 (2010).

91 Tribunal Supremo de EE. UU., *Morrison contra National Australia Bank Ltd*, 561 U. S. 247 (2010). Traducción propia.

92 Para más detalles, véase § 9 párr. 24 y ss.

93 Corte Suprema de EE. UU., *RJR Nabisco, Inc. et al. v. Comunidad Europea et al*, 579 U. S. ____ (2016).

extranjero, es decir, si se refuta la presunción contra la aplicabilidad extraterritorial. Si la ley carece de extraterritorialidad, el segundo paso consiste en determinar si la conducta relevante se produjo dentro de Estados Unidos de acuerdo con la finalidad de la ley:

Morrison y Kiobel reflejan un marco de dos pasos para analizar las cuestiones de extraterritorialidad. En el primer paso, nos preguntamos si se ha refutado la presunción contra la extraterritorialidad, es decir, si el estatuto da una indicación clara y afirmativa de que se aplica extraterritorialmente. Debemos hacer esta pregunta independientemente de si el estatuto en cuestión regula una conducta, otorga una reparación o simplemente confiere jurisdicción. Si el estatuto no es extraterritorial, entonces en el segundo paso determinamos si el caso implica una aplicación nacional del estatuto, y lo hacemos fijándonos en el "foco" del estatuto. Si la conducta relevante al foco del estatuto ocurrió en los Estados Unidos, entonces el caso implica una aplicación doméstica permisible incluso si otras conductas ocurrieron en el extranjero; pero si la conducta relevante al foco ocurrió en un país extranjero, entonces el caso implica una aplicación extraterritorial inadmisibles independientemente de cualquier otra conducta que ocurriera en territorio estadounidense.

En este caso, la Corte Suprema consideró que la ley RICO cubría parcialmente la conducta en el extranjero. Sin embargo, a la luz de la redacción de la ley, la Corte Suprema limitó las reclamaciones de indemnización a los daños nacionales.

Cuando un residente de los Andes peruanos interpuso una demanda contra una empresa alemana de generación de energía por emisiones perjudiciales para el clima, los tribunales alemanes se enfrentaron a la cuestión del alcance territorial de obligaciones y del derecho de propiedad dentro de la legislación alemana (disposiciones sobre la injerencia en la propiedad en virtud del artículo 1004 del Código Civil alemán y sobre la indemnización por los costes de las medidas de protección). El caso concreto se refería a las medidas de protección contra la amenaza de erupción de un lago de montaña debido al deshielo de los glaciares. El demandante responsabilizó de este riesgo de inundación a la explotación de centrales eléctricas por parte de filiales de la empresa demandada, basándose en su participación en las emisiones globales de gases de efecto invernadero (supuestamente un 0,47%). El Tribunal Regional de Essen también aplicó las disposiciones alemanas sobre la protección de la propiedad en virtud del derecho civil a los sucesos ocurridos en Perú. Al hacerlo, dictaminó que la causalidad equivalente fallaba porque la cuota de un único gran emisor no era lo suficientemente significativa.⁹⁴ El tribunal no abordó la cuestión preliminar de si la legislación alemana se aplica en absoluto a los daños causados por el cambio climático en otros continentes.

- 60** Los Estados no tienen libertad ilimitada para regular asuntos con implicaciones extranjeras. Según el derecho internacional consuetudinario aplicable, un Estado sólo puede someter un proceso o el estatus jurídico de una persona o el estatus de un objeto a su derecho nacional si existe una conexión suficiente con este Estado (según el principio de territorialidad, el principio de personalidad activa o pasiva o el principio de protección).

Los límites del principio de personalidad se sobrepasan si un Estado desea regular no sólo el comportamiento de sus nacionales o empresas nacionales, sino también las acciones de las empresas extranjeras (filiales) controladas por ellos. Esto se debe a que el establecimiento de

⁹⁴ Tribunal Regional de Essen, ZUR 2017, p. 370 y ss.m. Nota de W. Köck; diferente en el procedimiento de apelación OLG Hamm, ZUR 2018, p. 118 y ss.

una filial bajo legislación extranjera con domicilio social simultáneo en el extranjero corta la conexión personal de la "filial" con el Estado de origen de la "matriz".

En el caso *Pipeline*,⁹⁵ por ejemplo, la ampliación del embargo de exportación estadounidense a las filiales de empresas americanas se topó, con razón, con la protesta europea.⁹⁶

Sólo en casos excepcionales puede considerarse el vínculo con el control de una empresa por capital extranjero como causal para justificar la regulación del comportamiento de la empresa o de las relaciones internas del derecho de sociedades por el Estado de origen de los accionistas mayoritarios. Resulta problemático que el Estado de origen de una empresa someta a su legislación a las filiales extranjeras (por ejemplo, en lo que respecta a la normativa contable o fiscal dentro del grupo).⁹⁷

- 61** El principio de territorialidad alberga el mayor potencial de conflicto en su amplia extensión: a saber, en la medida en que se refiere a los efectos de un proceso en el territorio de un Estado, aunque el acto desencadenante tenga lugar totalmente en el extranjero. El "principio de los efectos" está reconocido desde hace tiempo en el derecho internacional como base para la extensión del derecho nacional a asuntos extranjeros.
- 62** En el famoso caso *Lotus* de 1927, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional adoptó una interpretación amplia del principio de territorialidad:⁹⁸

[...] La jurisdicción [...] no puede ser ejercida por un Estado fuera de su territorio salvo en virtud de una norma permisiva derivada de la costumbre internacional o de un convenio. Sin embargo, de ello no se deduce que el derecho internacional prohíba a un Estado ejercer su jurisdicción en su propio territorio, respecto a cualquier caso que se refiera a actos que hayan tenido lugar en el extranjero, y en el que no pueda basarse en alguna norma permisiva del derecho internacional. Tal opinión sólo sería defendible si el derecho internacional contuviera una prohibición general a los Estados de extender la aplicación de sus leyes y la jurisdicción de sus tribunales a personas, bienes y actos fuera de su te-

95 Véase el párr. 49 anterior.

96 ILM 21 (1982), P. 891.

97 Véase el § 414 del (Tercer) Restatement de la Ley de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos: (1) Sujeto a los §§ 403 y 441, un Estado puede ejercer su jurisdicción para prescribir con fines limitados respecto a las actividades de sucursales extranjeras de corporaciones organizadas bajo sus leyes. (2) Un Estado no puede regular ordinariamente las actividades de las corporaciones organizadas bajo las leyes de un estado extranjero sobre la base de que son propiedad o están controladas por nacionales del Estado regulador. Sin embargo, en virtud de los §§ 403 y sujeto al § 441, no puede ser irrazonable que un Estado ejerza su jurisdicción para fines limitados con respecto a las actividades de entidades extranjeras afiliadas (a) mediante la dirección a la corporación matriz con respecto a asuntos tales como la contabilidad uniforme, la divulgación a los inversores o la preparación de declaraciones fiscales consolidadas de empresas multinacionales; o (b) por orden a la sociedad matriz o a la filial en casos excepcionales, dependiendo de todos los factores pertinentes, incluyendo la medida en que (i) la reglamentación sea esencial para la aplicación de un programa destinado a promover un interés nacional importante del Estado que ejerce la jurisdicción; (ii) el programa nacional del que forma parte la reglamentación sólo pueda llevarse a cabo eficazmente si se aplica también a las filiales extranjeras; (iii) la reglamentación entre en conflicto o pueda entrar en conflicto con la ley o la política del Estado en el que está establecida la filial. (c) En los casos excepcionales mencionados en el párrafo (b), la carga de establecer la razonabilidad es más pesada cuando la dirección se emite a la filial extranjera que cuando se emite a la sociedad matriz.

98 StIGH, *Francia contra Turquía*, PCIJ, Reports Ser. A, No. 10, 19. El caso se refería a la extensión del derecho penal turco al oficial de guardia de un barco francés que había colisionado con un vapor turco en alta mar y causado daños personales.

rritorio, y si, como excepción a esta prohibición general, permitiera a los Estados hacerlo en ciertos casos específicos. Pero, ciertamente, no es así en el derecho internacional tal y como está redactado en la actualidad. Lejos de establecer una prohibición general en el sentido de que los Estados no pueden extender la aplicación de sus leyes y la jurisdicción de sus tribunales a personas, bienes y actos situados fuera de su territorio, les deja a este respecto un amplio margen de discrecionalidad que sólo se ve limitado en ciertos casos por normas prohibitivas.

- 63** El principio de eficacia desempeña un papel importante en la legislación sobre competencia de muchos países. Los tribunales de Estados Unidos han ampliado en repetidas ocasiones la legislación *antitrust* estadounidense a las transacciones en el extranjero invocando el principio de los efectos.⁹⁹ Según la Ley alemana contra las Restricciones de la Competencia, las normas de competencia alemanas "se aplicarán a todas las restricciones de la competencia que tengan un efecto dentro del ámbito de aplicación de esta ley, incluso si se inician fuera del ámbito de aplicación de la misma" (artículo 139 (2) GWB).
- 64** La Unión Europea también aplica ampliamente las disposiciones sobre competencia del TFUE basándose en el principio de eficacia. Esto se aplica a los acuerdos restrictivos sobre prácticas concertadas, así como a las fusiones de empresas de terceros países que repercuten en el mercado interior europeo.

En el asunto *Zellstoff*, la Comisión Europea impuso multas a los productores de pasta de papel establecidos fuera de la Comunidad que habían acordado imponer un precio uniforme a su producto. Estos acuerdos debían aplicarse también a las ventas realizadas (por los propios productores o a través de empresas distribuidoras) en la Unión Europea. El TJUE consideró que la extensión del artículo 81 TCE (ahora artículo 101 TFUE) a este caso era una aplicación del principio de territorialidad admisible según el Derecho internacional público, ya que los acuerdos de precios tenían por objeto o efecto restringir la competencia dentro del mercado común.¹⁰⁰

Tras una disputa con Estados Unidos, en el caso *Boeing/McDonnell*, la Comisión Europea sometió una fusión de fabricantes estadounidenses de aviones a la legislación comunitaria sobre competencia en lo que respecta a los efectos sobre el mercado europeo de aviones y autorizó esta fusión si se cumplía con unas estrictas condiciones.¹⁰¹

En vista de las consecuencias perjudiciales para el mercado europeo de componentes aeronáuticos, la Comisión Europea prohibió el 3 de julio de 2001 la compra de la empresa estadounidense Honeywell por la empresa (también estadounidense) General Electric.¹⁰²

El régimen comunitario de derechos de emisión de gases de efecto invernadero (ahora modificado) también tenía efectos extraterritoriales, en la medida en que abarcaba el tráfico aéreo

99 Véase, por ejemplo, *Estados Unidos contra Aluminium Co. of America (ALCOA)*, 148 F. 2d 416 (2d Cir. 1945).

100 TJCE, ver. Asuntos C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85, C-125/85, C-126/95, C-127/85, C-128/85 y C-129/85, EU:C:1988: 447 - *Celulosa*.

101 OJ CE 1997 L 336/16.

102 DO CE 2004 L 48/1; véase TJCE, asunto T-209/01, EU: T:2005: 455 - *Honeywell ./ Comisión*; TJCE, asunto T-210/01, EU: T:2005: 456 - *General Electric./ Comisión*.

entre aeropuertos del Espacio Económico Europeo y países terceros. La inclusión de las rutas de vuelo sobre alta mar y el territorio de estos países resulta problemática. Las llegadas y salidas hacia y desde aeropuertos europeos ya no constituyen un vínculo suficiente. El impacto de las emisiones sobre el clima en la Unión Europea también es demasiado difuso para justificar una regulación extraterritorial. Por el contrario, en el caso *Air Association of America*, el TJUE no consideró que los efectos extraterritoriales constituyeran una violación evidente de las obligaciones de los tratados internacionales (Convenio de Chicago, acuerdo bilateral de transporte aéreo entre la UE y Estados Unidos) y de los límites del poder regulador extraterritorial en virtud del Derecho internacional consuetudinario.¹⁰³ La Unión Europea ha resuelto el conflicto sobre el efecto extraterritorial del régimen de emisiones, eximiendo al tráfico aéreo entre los aeropuertos del Espacio Económico Europeo y los aeropuertos situados fuera del Espacio Económico Europeo de los gravámenes y las obligaciones de notificación.

d) Conflictos de jurisdicción

- 65 Es muy natural que los particulares ajusten su conducta, en primer término, al derecho del lugar de actuación (o también a su derecho nacional). La intervención de otro Estado sobre la base del principio de los efectos genera, frecuentemente, inseguridad jurídica. Si dos ordenamientos jurídicos nacionales tratan de forma distinta un mismo supuesto de hecho, se corre el riesgo de que las empresas implicadas luchan por la aplicación del derecho que, respectivamente, les resulte más favorable, o de una confrontación entre Estados por imponer sus propios intereses normativos. El principio de eficacia es especialmente problemático porque permite controlar comportamientos que tienen lugar íntegramente en el extranjero.
- 66 En el pasado, este tipo de conflictos normativos surgieron repetidamente entre Estados Unidos y distintos países europeos. La legislación *antitrust* estadounidense prevé sanciones mucho más duras para las restricciones no autorizadas de la competencia que aquellas contempladas en la legislación europea sobre la materia; esto se aplica en particular a los daños punitivos, que pueden ascender a varias veces la pérdida real sufrida por el competidor perjudicado (*treble damages*). Además, el derecho procesal civil estadounidense facilita a la parte perjudicada, en la fase preliminar, la extensa y larga presentación de documentos (*pre-trial discovery*). En la práctica judicial estadounidense, existen amplias obligaciones de aportar pruebas que se encuentran en el extranjero.¹⁰⁴ En este contexto, también se ven extensivamente sometidas al derecho estadounidense las empresas matrices o sociedades filiales extranjeras de empresas estadounidenses. Muchos países ven esta práctica estadounidense como una intrusión en su soberanía. Varios países (como Australia, Francia, el Reino Unido y Canadá y, de forma muy limitada, Alemania) han reaccionado a través de normas de defensa propias (*blocking statutes*), según las cuales, por ejemplo, se puede impedir la presentación a los tribunales estadounidenses de pruebas situadas en el propio país, o posibilitar la devolución de indemnizaciones excesivas (establecidas por tribunales extranjeros).¹⁰⁵

El conflicto entre las distintas filosofías reguladoras se ha hecho especialmente explosivo en la

103 TJCE, asunto C-366/10, EU:C:2011: 864, párr. 100 y ss. - *Asociación de Transporte Aéreo de América*.

104 Véase más adelante, § 9, 4.

105 Véase, por ejemplo, la Ley francesa n° 80-538 de 11 de julio de 1980 o la Ley británica de *protección de los intereses comerciales* de 1980.

vigilancia del tráfico transfronterizo de datos electrónicos por parte de los servicios de inteligencia de Estados Unidos y el Reino Unido. Los Estados pueden invocar el principio de territorialidad cuando acceden al tráfico de datos que atraviesa su territorio. Además, Estados Unidos tiene soberanía personal sobre todas las grandes empresas mundiales de servidores, ya que éstas tienen su sede en su territorio y fueron fundadas de acuerdo con su legislación nacional.

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

Muestra de ellos es el famoso caso Laker. En este caso, la aerolínea británica (de bajo costo) Laker presentó una demanda en Estados Unidos contra expresas competidoras que habían realizado ventas a pérdida que, en opinión de la demandante, contravenían el derecho de la competencia estadounidense. El trasfondo de la demanda lo constituyeron las ventas por debajo del coste, realizadas por las compañías aéreas demandadas en las rutas transatlánticas. El Gobierno británico prohibió (basándose en una norma de defensa) la entrega de determinadas pruebas en el procedimiento estadounidense. Algunas de las compañías demandadas, que consideraron la presentación de la demanda como un abuso de derecho por parte de Laker, obtuvieron una orden judicial de la *Court of Appeal* inglesa que prohibía a Laker continuar con el procedimiento en Estados Unidos. Como consecuencia, los tribunales estadounidenses prohibieron a su vez a los demás demandados y a otros posibles oponentes que emprendieran acciones contra el procedimiento estadounidense en Reino Unido. Los tribunales estadounidenses afirmaron la jurisdicción tanto de Estados Unidos como de Gran Bretaña.¹⁰⁶ Esto condujo a una espiral de medidas judiciales contradictorias. El conflicto se desactivó finalmente cuando la *House of Lords* británica proclamó que la demanda de Laker en Estados Unidos lícita y anuló las resoluciones prohibitivas británicas.¹⁰⁷ Finalmente, el proceso concluyó mediante un acuerdo transaccional.

- 68 Para moderar los conflictos normativos en supuestos conectados con una pluralidad de Estados, la jurisprudencia de los tribunales nacionales y la doctrina internacional se esfuerzan desde hace tiempo por establecer barreras frente a la competencia legislativa nacional. El objetivo es ejercer los poderes jurisdiccionales nacionales con la mayor moderación posible, teniendo en cuenta al mismo tiempo los intereses extranjeros. La evolución en este ámbito sigue siendo muy cambiante. La prohibición de una reglamentación excesiva basada en el principio de eficacia ya debería aplicarse en virtud del derecho consuetudinario. Según este principio, un Estado sólo puede regular un proceso que tenga lugar íntegramente en el extranjero, en la medida en que sea necesario para la defensa de los intereses nacionales.

En este sentido, el *Kammergericht (KG)* de Berlín conoció del asunto de la participación de la gran empresa tabacalera Philip Morris Inc. (EE.UU.) en la tabacalera británica Rothman's International.¹⁰⁸ La *Bundeskartellamt* (Oficina Federal Antimonopolio) consideró que, en este caso, se trataba de una fusión de filiales, o subfiliales alemanas, de ambas grandes empresas y, por ello, prohibió la adquisición de la participación social planeada (esto es, prohibió una transacción entre empresas extranjeras que se efectuó íntegramente en el extranjero) en lo que

106 *Laker Airways contra Sabena*, 731 F. 2d 909 (D. Cir., 1984).

107 Cámara de los Lores, *British Airways Board contra Laker Airways Ltd*, [1985] A. C. 58.

108 KG, WuW/E OLG 3051; véase también *C. T. Ebenroth*, Fusionskontrolle bei Auslandszusammenschlüssen mit mittelbarem Inlandsbezug, DB 1984, p. 597 y ss.

respecta a los efectos que esta iba a producir en el mercado nacional. Este Tribunal de Berlín confirmó la prohibición de la fusión sólo con respecto a las dos empresas alemanas. Una prohibición más amplia de toda la fusión fue considerada por el tribunal como una violación del principio internacional de no intervención.

- 69** La tendencia a limitar el principio de los efectos y a precisar más la consideración requerida de los intereses extranjeros ha encontrado gran resonancia en Estados Unidos. Además, se reconoce ampliamente que el principio de los efectos se limita a las conductas que tienen un efecto sustancial y previsible dentro del país ("*substantial and foreseeable effect*").¹⁰⁹ Sin embargo, es probable que esta restricción sólo cumpla una función de filtro hasta cierto punto. De todos modos, la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema estadounidense da un tratamiento restrictivo al principio de los efectos, limitando la aplicación extraterritorial del derecho de la competencia estadounidense.

La ley estadounidense (*Foreign Trade Antitrust Improvements Act*) excluye en general la aplicación de la ley de competencia estadounidense (*Sherman Act*) a los actos comerciales en el extranjero. Sólo permite una aplicación extraterritorial en casos excepcionales, esto es, cuando un comportamiento en el extranjero produce efectos directos, considerables y previsibles en el mercado nacional.

- 70** Más ambicioso es el modelo de un ejercicio razonable de la potestad normativa estatal en conformidad con determinados criterios de valoración. Este concepto de ponderación se depura por medio de determinados elementos de estimación, que han de tenerse presentes al aplicar Derecho nacional a supuestos con conexiones extranjeras. La discusión actual se caracteriza principalmente por la versión del concepto del test del *reasonableness standard* recogida en el influyente *Restatement of the Foreign Relations Law* estadounidense.¹¹⁰ Con este test se trata, en particular, de valorar la intensidad de las conexiones personales y materiales de un caso con el propio país (por ejemplo, medir la extensión de las consecuencias internas de una restricción de la competencia).
- 71** El tercer *Restatement of the Foreign Relations Law* estadounidense¹¹¹ exigía un examen detallado de los diversos factores de conexión con un exigente equilibrio de intereses en los casos con implicaciones extranjeras. Enumeró una serie de elementos de equilibrio que controlan el uso del poder regulador nacional y cuya consideración debe determinar si la extensión de la ley nacional a una situación con implicaciones extranjeras es "razonable" ("*reasonable*"). Según la Sección 403.2:

"Si el ejercicio de la jurisdicción sobre una persona o actividad no es razonable se determina evaluando todos los factores relevantes, incluyendo, en su caso:

109 En este sentido, por ejemplo, American Law Institute, *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, Vol. 1, 1987, § 402 (1) *lit. c.*; Institut de Droit International, *Resolution on Multilateral Enterprises* (Artículo VI para. 1, *Annuaire* [1977-II], p. 343).

110 American Law Institute, *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, Vol. 1, 1987, § 403; véase *W. Meng*, *Regeln über die Jurisdiktion der Staaten im amerikanischen Restatement (Third) of the Foreign Relations Law*, AVR 27 (1989), p. 156 y ss.

111 American Law Institute, *Restatement (Third), Foreign Relations Law of the United States*, Vol. 1, 1987.

(a) el vínculo de la actividad con el territorio del Estado regulador, es decir, la medida en que la actividad tiene lugar dentro del territorio, o tiene un efecto sustancial, directo y previsible sobre o en el territorio;

(b) los vínculos, como la nacionalidad, la residencia o la actividad económica, entre el Estado regulador y el principal responsable de la actividad que se va a regular; o entre dicho Estado y aquellos a quienes la regulación pretende proteger;

(c) el carácter de la actividad a regular, la importancia de la regulación para el Estado regulador, el grado en que otros Estados regulan dichas actividades y el grado en que la conveniencia de dicha regulación es generalmente aceptada;

(d) la existencia de expectativas justificadas que puedan ser protegidas o perjudicadas por el reglamento;

(e) la importancia de la reglamentación para el sistema político, jurídico o económico internacional;

(f) la medida en que el reglamento es coherente con las tradiciones del sistema internacional;

(g) la medida en que otro Estado pueda tener interés en regular la actividad; y

(h) la probabilidad de conflicto con la regulación de otro Estado".

72 En términos dogmáticos, esta ponderación de intereses es una forma de toma en consideración, que se sitúa en una obligación previa vigente en virtud del derecho internacional consuetudinario (*comity*). Este modelo de valoración, que también existe en la jurisprudencia estadounidense,¹¹² ha fortalecido la conciencia de la comunidad internacional en torno a la existencia de determinados deberes de respeto y contrarresta la tendencia a imponer de forma intransigente las concepciones jurídicas nacionales. Las debilidades de este modelo se derivan de que los elementos de valoración formulados de manera general carecen de perfiles claros y de que estos factores no están ordenados de forma jerárquica. Además, es muy cuestionable que la aplicación del derecho nacional en cuestiones clave se deje en manos del poder judicial y no del legislador parlamentario. Tampoco deben depositarse demasiadas expectativas en el resultado del proceso de ponderación. En la práctica decisoria de los tribunales estadounidenses, el balance ha sido hasta ahora mayoritariamente favorable a su propio derecho.

La cuarta reafirmación incluso sólo exige la consideración de los intereses reguladores de terceros en la "razonabilidad", pero no una ponderación de intereses. Según la Sección 402, 2:

112 Véase, por ejemplo, *Timberlane Lumber Co. contra Bank of America*, 574 F. Supp. 1453, 1466 (N.D. Cal. 1983); *Mannington Mills Inc. contra Congoleum Corp.*, 595 F. 2d 1287 (3er Cir. 1979); *In Re Insurance Antitrust Litigation*, 938 F. 2d 919 (9º Cir. 1991). Sobre el requisito de un conflicto normativo expreso para una ponderación de intereses, Corte Suprema de EE.UU., *Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 509 U. S. 764 (1993); véase, por ejemplo, *A. F. Lowenfeld*, Conflict, Balancing of Interests and the Exercise of Jurisdiction to Prescribe: Reflections on the *Insurance Antitrust Case*, AJIL 89 (1995), p. 42 y ss.

"(1) Sujeto al § 403, un Estado tiene jurisdicción para prescribir la ley con respecto a

(a) personas, bienes y conductas dentro de su territorio;

(b) una conducta que tenga un efecto sustancial en su territorio;

(c) la conducta, los intereses, la situación y las relaciones de sus nacionales y residentes fuera de su territorio;

(d) determinadas conductas fuera de su territorio que perjudiquen a sus nacionales;

(e) ciertas conductas realizadas fuera de su territorio por personas que no sean sus nacionales o residentes y que estén dirigidas contra la seguridad de Estados Unidos o contra una clase limitada de otros intereses fundamentales de Estados Unidos; y

(f) determinados delitos de alcance universal [...]

(2) Al ejercer su jurisdicción para prescribir, Estados Unidos tiene en cuenta los intereses legítimos de otras naciones como una cuestión de cortesía prescriptiva".

e) Consideración del derecho económico extranjero

73 La aplicación del derecho privado extranjero (por ejemplo, las normas extranjeras del Derecho de obligaciones, del derecho de propiedad o del derecho de sociedades) se rige por las normas generales del derecho internacional privado, que es determinante para el juez respectivo. Un juez trata el derecho privado extranjero que debe aplicarse de forma similar a las disposiciones de su propio derecho nacional. Un juicio diferente se aplica cuando se trata de la aplicación de normas jurídicas extranjeras que no regulan simplemente las relaciones entre particulares, sino que son una expresión directa de intereses estatales y están destinadas a ser aplicadas o ejecutadas por órganos estatales (derecho público). Lo mismo se aplica a los actos del Estado que aplican dichas normas jurídicas en casos individuales. La aplicación directa de los intereses estatales está implicada, por ejemplo, en el derecho financiero, el derecho del comercio exterior o en materia expropiatoria. Las disposiciones de un derecho público nacional sobre los poderes de intervención del Estado frente a los particulares sólo están destinadas a ser aplicadas por los propios órganos del Estado y no por tribunales extranjeros. Así, un tribunal alemán no puede aplicar las normas sobre expropiación de un Estado oriental.

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

- 75 Sobre todo, los tribunales nacionales suelen negarse a ejecutar en Alemania las reclamaciones fiscales de un Estado extranjero.¹¹³ Sin embargo, existen tratados internacionales en los que los Estados implicados se comprometen a cooperar en la ejecución de las liquidaciones fiscales extranjeras.
- 76 Ha de distinguirse, claramente, entre la ejecución de pretensiones soberanas de un Estado extranjero y la consideración de las consecuencias jurídicas que pueden derivarse de actos soberanos extranjeros en Alemania. El factor decisivo en este caso es si la norma de intervención extranjera ya se ha aplicado en el extranjero o si aún debe aplicarse en el ámbito nacional. Si, por ejemplo, el Estado A expropia determinadas obras de arte que se encuentran en manos de nacionales de A, un tribunal alemán reconocerá la expropiación en la medida en que se refiera a obras de arte que se encuentren en el territorio nacional de A. Si dicho objeto llega a Alemania después de la expropiación, la acción reivindicatoria del antiguo propietario (en virtud del artículo 985 del BGB) no prosperará. Distinto resultado se alcanza si se trata de una obra de arte que ya se encontraba en Alemania en el momento de la expropiación. En este caso, un tribunal alemán se convertiría en el "órgano ejecutor" del Estado A, al reconocer la transferencia de propiedad.
- 77 Excepcionalmente, los tribunales alemanes y otros tribunales nacionales están dispuestos a aplicar indirectamente los reglamentos de intervención económica y de política exterior, concretamente al evaluar las relaciones jurídicas entre particulares. Como requisito para ello, es necesario que existe coincidencia en relación con los valores que fundamentan la normativa extranjera (noción de la analogía de intereses).¹¹⁴ También procede tomar en consideración disposiciones político-económicas de un Estado extranjero, si ello está al servicio de la justicia respecto de los derechos y deberes individuales. Una vía para conseguir la observancia del derecho económico extranjero es la concreción de cláusulas generales del derecho civil.

Un ejemplo es el caso *Borax* resuelto por el Tribunal Federal de Justicia alemán.¹¹⁵ El caso se refería a un acuerdo de compra entre dos empresas alemanas para el suministro de bórax, que el vendedor había obtenido de Estados Unidos y que, yendo en contra de una prohibición de exportación estadounidense, estaba destinado a ser entregado a un país del bloque del Este. El Tribunal Federal de Justicia consideró que la intención de eludir el embargo estadounidense constituía un delito contra las buenas costumbres (artículo 138 del BGB) y, por tanto, concluyó que el contrato era nulo. Al hacerlo, el Tribunal Federal de Justicia subrayó que las restricciones a la exportación no sólo redundaban en interés de Estados Unidos, sino "en interés de todo el Occidente liberal y, por tanto, también en interés de la República Federal de Alemania".

El Tribunal Federal de Justicia dictó una sentencia similar sobre un contrato de entrega de obras de arte a Alemania, cuya exportación infringía una prohibición nigeriana.¹¹⁶ El Tribunal Federal de Justicia justificó la comisión de un delito contra la moral pública con las convicciones existentes en la comunidad internacional sobre la protección de los bienes culturales y el derecho del país de origen a prohibir la exportación de obras de arte nacionales.

113 Véase, por ejemplo, House of Lords, *Peter Buchanan Ltd. v. McVey*, [1955] A. C. 516; véase también BSGE 54, 250 y ss. (254 ¶§).

114 Cf. *G. Kegel/K. Schurig*, *Internationales Privatrecht*, 9ª ed. 2004, p. 1096 y ss.

115 BGHZ 34, 169.

116 BGHZ 59, 82.

Otra forma de tener en cuenta los intereses estatales extranjeros es la aplicación directa del derecho extranjero, cada vez más popular a nivel internacional.¹¹⁷ Sin embargo, las normas generales de conexión de los respectivos conflictos de leyes no conducen a una aplicación directa del derecho "público" extranjero si la relación jurídica que debe evaluarse está sujeta en sí misma a una ley nacional diferente. Si el contrato entre nacionales del Estado A para la entrega de mercancías del Estado B está sujeto a la ley del Estado A, el derecho público del Estado B no puede aplicarse directamente a través de las normas normales de conexión - como en el caso *Borax* antes mencionado - sino sólo indirectamente a través de las cláusulas generales de derecho civil del Estado A. Se ha desarrollado la doctrina de la llamada "conexión especial" para la aplicabilidad directa de las disposiciones imperativas extranjeras. Según esta doctrina, las disposiciones imperativas de derecho extranjero pueden aplicarse a un contrato o a otra relación jurídica si esta relación jurídica se rige en principio por una ley específica, pero la ley de otro país está estrechamente relacionada con los hechos del caso.

La institución del factor de conexión especial se ha incluido, por ejemplo, en el artículo 7 del Convenio de Roma de 1980 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales.¹¹⁸ El artículo 9 del Reglamento (CE) 593/2008 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales ("Roma I") (que sustituye al Convenio de Roma)¹¹⁹ da un alcance mucho más restringido al factor de conexión especial. El Reglamento Roma I define una disposición imperativa como

"que reemplaza a dicho Convenio, le atribuye a la conexión especial un campo de aplicación más restringido. Según el Reglamento, se entiende por ley de policía "una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento " (Artículo 9, apdo. 1).

El reglamento estipula en el artículo 9.3:

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

Es más probable que se considere que existe una conexión especial si la disposición imperativa o prohibitiva extranjera sirve a un interés común del Estado extranjero y del Estado del foro.

117 Véase, por ejemplo, Institut de Droit International, Resolución sobre la aplicación del derecho público extranjero, Parte A, *Annuaire* 56 (1975), p. 550.

118 "En la aplicación de la ley de un país determinado en virtud del presente Convenio, podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación presente vínculos estrechos, en la medida en que dichas disposiciones sean aplicables en virtud de la ley de este último país, cualquiera que sea la ley a la que esté sujeto el contrato. Para decidir si se da efecto a tales disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y finalidad, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o inaplicación." La República Federal de Alemania ha declarado una reserva a esta disposición de conformidad con la letra a) del apartado 1 del artículo 22 del Convenio. Sobre el Convenio CEE, véase más adelante, § 13, 2.

119 DO 2008 L 77/6; véase más abajo § 13, 2.

- 79 Finalmente, existe la posibilidad de que las normas de conducta extranjeras, a causa de las amenazas de sanción vinculadas a ellas, sean tomadas en consideración como un mero dato (Datum), como un factor que provoca la imposibilidad, o la alteración de la prestación. En este sentido, el Tribunal Supremo Alemán ha admitido la desaparición de la causa de un contrato de suministro de cerveza en Irán, después de que en este país hubiera alcanzado el poder un stricto régimen islámico, que había prohibido la importación de alcohol.¹²⁰ Esta decisión no se basa en la toma de consideración de los intereses de un Estado extranjero, sino más bien el esfuerzo por lograr la justicia en casos individuales en vista de la irrazonabilidad del cumplimiento del contrato.

En una sentencia muy controvertida, los tribunales alemanes han calificado la prohibición de transportar a nacionales israelíes con arreglo a la legislación kuwaití en el marco de un contrato de transporte sujeto a la legislación alemana como un impedimento para el cumplimiento (imposibilidad) de conformidad con el artículo 275.1 del BGB (imposibilidad legal¹²¹ o imposibilidad de hecho¹²²). En este caso, el contrato (para un viaje de Alemania a Tailandia con una empresa kuwaití) también tuvo que cumplirse de manera parcial en Kuwait debido a una escala aérea en este país. Tal consideración como impedimento legal puede considerarse en el caso de una conexión especial según el Artículo 9.3 del Reglamento Roma I. Debe examinarse la "naturaleza y finalidad" de la prohibición kuwaití como disposición imperativa y las consecuencias de su aplicación o inaplicación. En este caso, existe una discriminación indirecta por motivos étnicos. Si la ley kuwaití fuera aplicable a la relación contractual (y no sólo relevante en el contexto de una conexión especial), la prohibición del transporte de nacionales israelíes desatendería principios esenciales del ordenamiento jurídico alemán en el sentido de *ordre public*. Teniendo esto en cuenta, el Tribunal Regional Superior de Frankfurt ha considerado que la disposición imperativa kuwaití es "inaceptable en términos de contenido" según el ordenamiento jurídico alemán y, por lo tanto, se ha negado a tener en cuenta la disposición kuwaití en virtud del artículo 9.3 del Reglamento Roma I. Por lo tanto, en tal caso, sólo se puede considerar la ley extranjera como un obstáculo *de facto* al cumplimiento.

- 80 Los principios desarrollados para las normas jurídicas extranjeras también pueden aplicarse a los actos soberanos adoptados en casos individuales. Para que tales normas sean tenidas en cuenta, se trata de nuevo principalmente de la aceptación de los intereses subyacentes. Lo más probable es que se reconozcan los actos soberanos específicos si no están dirigidos a intereses estatales concretos, sino que sirven para equilibrar intereses privados. El reconocimiento de tales actos de soberanía que configuran el derecho privado es particularmente obvio si sirven a los intereses de equidad a través del tratamiento uniforme de un proceso transfronterizo. Básicamente, no hay más objeciones fundamentales a la observancia de reglamentos individuales que configuran el derecho privado que a la aplicación de normas generales de Derecho privado.

En una decisión histórica sobre la relevancia de los actos soberanos que configuran el derecho privado, el Tribunal Supremo Federal ha reconocido ciertos efectos de la apertura de un procedimiento de insolvencia en Bélgica sobre el patrimonio nacional del deudor.¹²³ La apertura de un procedimiento de insolvencia en el extranjero también afecta a los bienes nacionales del deudor; por lo tanto, el administrador concursal extranjero puede incorporar los bienes nacio-

120 BGH, IPRax 1986, p. 154.

121 Tribunal Regional de Fráncfort del Meno, JZ 2018, p. 153 y ss. m. Nota de O. Mörsdorf.

122 OLG Frankfurt a. M., NJW 2018, p. 3591 y ss. m. Nota de K. Tonner.

123 BGHZ 95, 256.

nales a la masa de la insolvencia. El Tribunal Federal de Justicia hizo énfasis en el interés de la comunidad internacional por la correcta satisfacción de los intereses de los acreedores:

"La cuestión estriba en la calificación jurídica y el alcance del acto soberano de apertura de un procedimiento de quiebra. El ordenamiento jurídico alemán reconoce numerosos actos de Estado extranjeros, por ejemplo, la disolución de personas jurídicas por decisión judicial, la incapacitación de una persona física, el nombramiento y cese de un tutor, curador o albacea testamentario. En general, puede decirse que los actos de un Estado extranjero se reconocen cuando se refieren a medidas que configuran el derecho privado, pero no a medidas para hacer cumplir intereses principalmente estatales o de política económica del Estado extranjero. [...] La quiebra toma posesión de los bienes del quebrado. La expropiación y la confiscación tienen el mismo efecto; el hecho de que se limiten a la esfera de poder del Estado emisor suele reconocerse internacionalmente en el marco del derecho privado. Sin embargo, la declaración de quiebra difiere de ésta en cuanto a su finalidad y efectos. El embargo por quiebra no sirve al Estado, sino exclusivamente a todos los acreedores del quebrado. Su restricción a la enajenación y la regulación del procedimiento de quiebra tienen por objeto la satisfacción equitativa de los acreedores y están determinadas por el empeño común a todos los Estados de realizar la justicia entre los particulares [...]"¹²⁴

Hoy en día, el reconocimiento de la apertura de un procedimiento de insolvencia extranjero está regulado por ley en Alemania.¹²⁵

- 81** Por supuesto, estas consecuencias "automáticas" de la apertura de un procedimiento de insolvencia en Alemania siguen siendo limitadas. Por ejemplo, una ampliación efectiva de los poderes soberanos del administrador concursal extranjero requiere una base especial en un tratado internacional.
- 82** La denominada doctrina del "acto del Estado" (*Act of State*) desempeña un papel importante en el Derecho estadounidense (y en menor medida en el Derecho inglés).¹²⁶ Según esta doctrina, los tribunales estadounidenses suelen abstenerse de someter a revisión los actos soberanos de un Estado extranjero, por ejemplo, de conformidad con el derecho internacional. Por tanto, el reconocimiento de los actos soberanos extranjeros no depende de su licitud. Sin embargo, el acto soberano a reconocer debe permanecer dentro del ámbito de la soberanía territorial.¹²⁷

124 BGHZ 95, 256 (264 s.).

125 Véase más adelante, § 18.

126 Véase Corte Suprema de EE.UU., *Underhill v. Hernandez*, 168 U. S. 250, 252, 254 (1897); *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 176 U. S. 398 (1964); American Law Institute, Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States, vol. 1, 1987, §§ 443 et seq. *T. Ebenroth*, *Banking on the Act of State*, 1985; *M. Halberstam*, *Sabbatino Resurrected: The Act of State Doctrine in the Revised Restatement of U. S. Foreign Relations Law*, AJIL 79 (1985), p. 68 ¶¶; *F. A. Mann*, *Foreign Affairs in English Courts*, 1986, p. 164 y ss.

127 La limitación territorial del reconocimiento de actos soberanos extranjeros estaba en cuestión en un pleito interpuesto por prestamistas estadounidenses contra bancos costarricenses que se habían comprometido a reembolsar préstamos concedidos en Nueva York y en dólares estadounidenses, *Allied Bank International contra Banco Crédito Agrícola de Cartago*, 757 F. 2d 516. 2d 516. Los bancos demandados (que eran propiedad del gobierno de Costa Rica) se negaron a reembolsar según lo acordado contractualmente, citando una normativa sobre divisas de su gobierno de origen que prohibía el cumplimiento de tales obligaciones en relación con una crisis económica en Costa Rica. La objeción tampoco prosperó porque la prohibición de pago no podía afectar a la pretensión contractual de los acreedores de estar localizados en EE.UU. y fuera de Costa Rica. El Tribunal de Apelación de Nueva York (también a la luz de una declaración del ejecutivo estadounidense) consideró que la regulación cambiaria de Costa Rica era un intento de hacer frente a una deuda externa que no podía prevalecer sobre las obligaciones contractuales. Véase sobre el problema de la pertinencia de la normativa sobre divisas en virtud del Artículo VIII(2)(b) del Convenio del Fondo Monetario Internacional, véase la decisión estadounidense en un caso paralelo, *Libra Bank Ltd. v. Banco Nacional de Costa Rica*, 570 F.

- 83 La transformación en "tabú" de los actos soberanos extranjeros por parte de la doctrina del *Act of State* se rompe con varias excepciones. Una restricción importante está relacionada con la función de la doctrina del *Act of State*. No sólo apoya al Estado extranjero, sino que también pretende preservar el margen de maniobra del ejecutivo en política exterior dentro del sistema de separación de poderes. Por lo tanto, la doctrina no se aplica si no sirve a los intereses de política exterior de Estados Unidos en un caso concreto tras una declaración explícita del ejecutivo. Se ha desarrollado otra excepción en relación con las expropiaciones sin indemnización del régimen comunista en Cuba. Según una regulación legal especial (en la llamada *Hickenhopper Amendment* o "*Enmienda Hickenlooper*"), los actos extranjeros de expropiación (sujetos a una declaración contraria del ejecutivo) no tienen que ser reconocidos si violan el derecho internacional.

6. Regulación para el "Ciberespacio"

Literatura

V. Boehme-Neßler, *Cyberlaw*, 2001; B. Craig, *Cyberlaw: The Law of the Internet and Information Technology*, 2012; K. Grewlich, *Governance in "Cyberspace"*, 2001; ders., *Konstitutionalisierung des "Cyberspace"*, 2001; ders., "Internet governance" und "völkerrechtliche Konstitutionalisierung" - nach dem Weltinformationsgipfel 2005 in Tunis, *K & K* 2006, p. 156 ss.; C. Kaufmann, *Multistakeholder Participation in Cyberspace*, *SRIEL* 26 (2016), p. 217 y ss.; M. Rau, "Minimum Contacts" und "Personal Jurisdiction" über auswärtige Gesellschaften im Cyberspace, *RIW* 2000, p. 761 y ss.; M. L. Rustad, *Global Internet Law*, 2014; V. Röben, *International Internet Governance*, *GYIL* 42 (1999), p. 400 y ss.; S. Schmahl, *Zwischenstaatliche Kompetenzabgrenzung im Cyberspace*, *AVR* 2009, p. 284 y ss.; G. J. H. Smith, *Internet Law and Regulation*, 5ª ed. 2019; C. Tietje/K. Nowrot, *Das Internet im Fokus des transnationalen Wirtschaftsrechts: Normative Ordnungsstrukturen für den E-Commerce*, *AVR* 2009, p. 328 y ss.; E. Treppoz, *Jurisdiction in the Cyberspace*, *SRIEL* 26 (2016), pp. 273 ss.; R. Uerpman-Witzack, *Internetvölkerrecht*, *AVR* 2009, p. 261 ss.; J. von Bernstorff, *The Structural Limitations of Network Governance ICANN as a Case in Point*, en: C. Joeges/I.-J. Sand/G. Teubner (eds.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, 2004, p. 277 ss.; R. H. Weber, *Elements of a Legal Framework for Cyberspace*, *SRIEL* 26 (2016), p. 195 y ss.

- 84 El espacio de comunicación global conocido como "ciberespacio" que conecta a escala mundial sistemas de comunicación informatizados a través de sistemas de transmisión terrestre y sistemas de satélite está en gran medida fuera del alcance de las autoridades reguladoras nacionales y, por lo tanto, plantea problemas particulares de jurisdicción (tanto desde la perspectiva del derecho internacional como del derecho nacional). La conexión de Internet con las redes de telefonía móvil ha añadido una nueva dimensión al desarrollo de las comunicaciones globales. Los aspectos de las redes globales de comunicación que requieren un control jurídico, a ser posible en el marco de una coordinación internacional, incluyen, por ejemplo:

- Competencia (en particular el control del abuso de posiciones dominantes en el mercado¹²⁸ o el acceso a la red),
- El control del contenido de los datos (por ejemplo, en interés de la protección de menores) y
- Protección de datos.

Supp. 870 (S. D. N. Y. 1983), e infra, § 24, 3.

128 Sobre el caso *Microsoft*, por ejemplo, véase H. Fleischer/N. Doege, *Der Fall United States versus Microsoft*, *WuW* 2000, p. 705 y ss.; M. Meier-Wahl/R. M. Wrobel, *Wettbewerbsregulierung in einem dynamischen Markt - Der Fall Microsoft*, *WuW* 1999, p. 28 y ss.; R. Uerpman-Witzack, *Internetvölkerrecht*, *AöR* 47 (2009), p. 261 y ss.; K. Wessely, *Das Microsoft-Kartellverfahren*, *MuR* 2000, p. 127 y ss.

- 85** Internet en su uso actual se basa en la llamada familia de protocolos TCP/IP, que comprende unos 500 protocolos y cuya versión original se remonta al Departamento de Defensa de Estados Unidos. Estos protocolos, en el sentido de regular las tecnologías de la información, son normas técnicas que permiten a los ordenadores intercambiar o transferir datos. Son un ejemplo de cómo pueden desarrollarse normas uniformes en el ámbito internacional incluso sin regulación legal. En lo que respecta a los contenidos de las comunicaciones, Estados Unidos confía más en la autorregulación de los operadores privados que la Unión Europea, por ejemplo. Esto también se debe al elevado estatus de la libertad de expresión en el derecho constitucional estadounidense.¹²⁹ En cuanto a la protección de datos, la legislación de la Unión Europea (Reglamento 2016/679)¹³⁰ exige en general que la transferencia de datos personales a terceros sólo se permita si existe un nivel de protección adecuado. Las normas de protección para el tratamiento de datos acordadas por la Unión Europea con Estados Unidos. (principios de "*safe harbor*" - puerto seguro¹³¹) fueron declaradas inadecuadas por el TJUE en el caso *Schrems*; en concreto, el TJUE denegó una protección suficiente de los datos personales a la luz de los Artículos 7 y 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y una protección jurídica adecuada en el sentido del Artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales.¹³² Como resultado, la Unión Europea y Estados Unidos acordaron un nivel de protección más elevado.¹³³
- 86** La creación de la *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* - Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números (ICANN¹³⁴ por sus siglas en inglés), que asigna y gestiona las direcciones de Internet (del *Domain Name System* - Sistema de Nombres de Dominio, DNS por sus siglas en inglés) junto con la *Internet Engineering Task Force* – Grupo de Trabajo sobre Ingeniería del Internet (una asociación de diseñadores y operadores de Internet), representa una interesante forma de "autorregulación" supranacional en cooperación con organismos gubernamentales. La ICANN tiene su origen en una iniciativa del Departamento de Comercio de Estados Unidos, que definió las directrices del régimen de asignación con los fundadores en un "*Memorandum of Understanding*" – Memorando de Entendimiento.¹³⁵ La ICANN es una organización no gubernamental de gestión de Internet sin ánimo de lucro, creada en virtud de las leyes del Estado de California. Durante mucho tiempo, ICANN gestionó la *Internet Assigned Numbers Authority* - Autoridad de Asignación de Números de Internet (IANA por sus siglas en inglés) bajo la supervisión del Departamento de Comercio de Estados Unidos. Como parte de un modelo de múltiples partes interesadas en constante cambio, representantes de la comunidad mundial de Internet y de los países asociados a ICANN participan en la autoadministración de ICANN.¹³⁶ Su gestión corre a cargo de una Junta Directiva de 16

129 Corte Suprema de EE. UU., *Reno contra la Unión Americana de Libertades Civiles*, 521 U. S. 844 (1997).

130 DO UE 2016 L 119/61, Artículo 45 párr. 3.

131 OJ CE 2000 L 215/7.

132 TJCE, asunto C-362/14, EU:C:2015: 650, párrafos 38 y ss., 91 y ss. - *Schrems*.

133 Decisión de la Comisión C [2016]4176 final.

134 *R. Radu*, *Negotiating Internet Governance*, 2019; *K. W. Grewlich*, "Internet governance" und "völkerrechtliche Konstitutionsanlisierung" - nach dem Weltinformationsgipfel 2005 in Tunis, *K & K* 2006, p. 156 y ss.; *V. Röben* (nota 111), *GYIL* 42 (1999), p. 400 y ss.; *J. von Bernstorff*, *The Structural Limitations of Network Governance ICANN as a Case in Point*, en: C. Joeges/I.-J. Sand/G. Teubner (eds.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, 2004, p. 257 y ss.

135 *H.-G. Dederer*, *ICANN y el dominio de EE.UU.*, AVR 2009, p. 367 y ss.

136 Véase "Bylaws for Internet Corporation For Assigned Names and Numbers", disponible en <https://www.icann.org/resources/pages/governance/bylaws-en> (consultado el 3 de enero de 2022). La "comunidad autorizada", que también fue creada como organización sin ánimo de lucro en virtud de la legislación del Estado de California, desempeña un papel fundamental en el autogobierno de ICANN (Artículo 6 de los Estatutos de ICANN).

miembros. El marco para la autogestión de ICANN lo proporcionan las leyes del Estado de California y las leyes federales de Estados Unidos. La influencia del gobierno estadounidense ha dado durante mucho tiempo a Estados Unidos una considerable ventaja reguladora sobre la Unión Europea y otros países. En 2017, el gobierno estadounidense puso fin a su supervisión de la ICANN.¹³⁷ Mientras que los partidarios de estas medidas acogen con satisfacción la perspectiva de una mayor independencia de Internet, los críticos expresan el temor de que esta brecha de poder pueda ser cerrada por otros gobiernos y que la ICANN pueda verse expuesta a restricciones a la libertad de expresión como consecuencia de ello.¹³⁸

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

"La Corporación operará en beneficio de la comunidad de Internet en su conjunto, llevando a cabo sus actividades de conformidad con los principios pertinentes del derecho y los convenios internacionales y la legislación local aplicables y, en la medida en que sea apropiado y coherente con estos Artículos y sus Estatutos, a través de procesos abiertos y transparentes que permitan la competencia y la entrada abierta en los mercados relacionados con Internet. A tal efecto, la Corporación cooperará, según proceda, con las organizaciones internacionales pertinentes" (Artículo 4).

Un grupo de revisión independiente ha interpretado esta cláusula como una referencia exhaustiva al derecho internacional, incluidos los principios generales del derecho internacional como el principio de buena fe (*good faith*). Según este organismo, tal remisión se justifica por la "gobernanza de un recurso intrínsecamente internacional de inmensa importancia para las comunicaciones y las economías mundiales".¹³⁹

- 87** De gran importancia práctica es la protección de las marcas y derechos análogos frente a la adquisición abusiva de direcciones de Internet (*cyber-squatting* - ciberocupación). En coordinación con la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, la ICANN ha creado y puesto en marcha un procedimiento de solución de diferencias (*Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy* - Política uniforme de resolución de diferencias sobre nombres de dominio).¹⁴⁰

137 L. Strickling, Carta relativa a la rescisión de la Afirmación de Compromisos, 2017, <https://www.icann.org/en/system/files/correspondence/strickling-to-crocker-06jan17-en.pdf> (consultado el 03 de enero de 2022).

138 P. Rosenzweig/BD Schaefer/JL Gattuso/D Inserra, Protecting Internet Freedom and American Interests: Required Reforms and Standards for ICANN Transition, 16 de junio de 2014, <http://www.heritage.org/research/reports/2014/06/protecting-internet-freedom-and-american-interests-required-reforms-and-standards-for-icann-transition> (consultado el 03 de enero de 2022).

139 Centro Internacional para la Resolución de Disputas, Caso n° 50 117 T 00224 08, *ICM Registry contra ICANN*, Declaración del Panel de Revisión Independiente, párr. 140 y ss., ILM 49 (2010), 956 y ss.

140 D. Lindsay, *International Domain Name Law, ICANN and the UDRP, 2007*; N. Smith/Erik Wilbers, *The UDRP: Design Elements of an Effective ADR Mechanism*, 15 *American Rev. Int. Arb.* (2004) p. 215 y ss.

§ 4. Orden económico internacional

1. Principios rectores del orden económico internacional

Literatura:

D. Ch. Dicke/T. Oppermann, Fundamental Principles Governing the International Economic Order, 1988; *J. H. Jackson*, The World Trading System, 2ª ed. 1997; *E.-J. Mestmäcker*, Rechtsfragen einer Ordnung der Weltwirtschaft, en: Einigkeit und Recht und Freiheit, Festschrift für Karl Carstens zum 70. Geburtstag, Vol. 1, 1984, p. 417 y ss.; E.- U. Petersmann, *U. Petersmann*, International Economic Theory and International Economic Law: On the Tasks of a Legal Theory of International Economic Order, en: R. St. J. Macdonald/D. M. Johnston (eds.), The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy, Doctrine and Theory, 1983, p. 227 y ss.; E. - U. Petersmann, International Economic Order, en: EPIL, Vol. II, 1995, p. 1129 y ss.; *lo mismo*, Comercio mundial, principios, en: EPIL, Vol. IV, 2000, p. 1542 y ss.; *L. Raiser*, Der Ordnungsrahmen des internationalen Wirtschaftsrechts, en: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag, 1975, p. 486 y ss.; *W. Röpke*, Economic Order and International Law, RdC 86 (1954 II), p. 206 y ss.; *H.-J. Schmidt-Trentz*, Außenhandel und Territorialität des Rechts, 1990; *P. Verloren van Themaat*, The Changing Structure of International Economic Law, 1981.

a) Liberalización del comercio internacional, relaciones monetarias estables y protección de las inversiones

- 1 El orden económico mundial actual tiende a la liberalización del comercio transfronterizo mediante la eliminación de las barreras comerciales y otras restricciones al acceso a los mercados nacionales. Esto se basa principalmente en la idea de que el comercio exterior aporta ventajas a las economías participantes mediante la división del trabajo asociada dentro de la comunidad internacional y la mejor asignación posible de los recursos. Esta teoría de la ventaja comparativa (*comparative advantage*), que traslada los conceptos de mercado de Adam Smith a las transacciones internacionales, se remonta a los ingleses David Ricardo y John Stuart Mill.¹⁴¹ Otras preocupaciones son garantizar unas relaciones monetarias estables, la libre circulación de capitales y la protección de las inversiones extranjeras.
- 2 El credo de aumentar el bienestar a través del comercio exterior caracterizó la fase clásica del liberalismo económico en la segunda mitad del siglo XIX y el periodo anterior a la Primera Guerra Mundial. Flanqueado por numerosos acuerdos bilaterales y multilaterales, pudo desarrollarse un orden comercial independiente de la regulación estatal (y en este sentido "espontáneo"). Un elemento de este orden era, por ejemplo, el patrón oro, cuya aceptación no se basaba en acuerdos internacionales. El sistema liberal de comercio mundial se derrumbó con la Primera Guerra Mundial. Las tendencias proteccionistas y la inestabilidad monetaria se interpusieron en el camino de una revitalización del orden liberal en el periodo de entreguerras.
- 3 Incluso durante la Segunda Guerra Mundial, los aliados -con Estados Unidos y Reino Unido

¹⁴¹ A este respecto, *O. Lorz/H. Siebert*, Außenwirtschaft, 9ª ed. 2014, p. 27 y ss.

como fuerzas motrices- sentaron las bases de un nuevo orden económico mundial, basado de nuevo en principios rectores liberales: la Carta del Atlántico de 1941¹⁴² con su compromiso de expansión del comercio económico internacional con la ayuda de condiciones de igualdad de acceso al mercado (puntos 4 y 5). Otros pasos importantes se dieron en la Conferencia de Bretton Woods de 1944 con el acuerdo sobre la creación del Fondo Monetario Internacional (FMI)¹⁴³ y, finalmente, la redacción de la Carta de La Habana de 1947. Sólo un fragmento del complejo marco normativo de la Carta de La Habana ha entrado en vigor: el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (el GATT).¹⁴⁴ En la actualidad, la Organización Mundial del Comercio (OMC), fundada en 1994, se encuentra en el centro del orden comercial mundial moderno. En su centro se encuentra el GATT reformado junto con los demás acuerdos multilaterales de la OMC. El programa de liberalización del orden comercial mundial incluye el desmantelamiento de los derechos de aduanas y otras barreras comerciales ("no arancelarias"). Un gran número de acuerdos comerciales bilaterales o regionales persiguen el mismo objetivo. En las últimas décadas, la protección contractual de las inversiones a través de acuerdos bilaterales y multilaterales ha experimentado un fuerte auge. En muchos casos, los acuerdos económicos modernos regulan la protección de las inversiones además de las relaciones comerciales.

- 4 En los principales documentos de los tratados en los que se reflejan los principios rectores del actual orden económico mundial, la apertura de los mercados y la eliminación de las restricciones al comercio y a los pagos internacionales aparecen como vehículos para elevar el nivel de vida, garantizar un alto nivel de empleo, aumentar los ingresos reales y expandir el comercio mundial (Preámbulo del Acuerdo de la OMC, Artículo I n° 2 del Acuerdo sobre el Fondo Monetario Internacional). Además, existe un compromiso con el desarrollo sostenible y una participación adecuada de los países en desarrollo en el crecimiento del comercio internacional (Preámbulo del Acuerdo de la OMC). El acuerdo del FMI hace hincapié en la estabilidad monetaria como requisito previo para un crecimiento económico sano (Artículo I N° 3).

b) No discriminación

- 5 El principio de no discriminación desempeña un papel central en los acuerdos comerciales y de protección de las inversiones.¹⁴⁵ Con ello se contrarresta cualquier distorsión de la competencia que se base en favorecer a Estados individuales. El objetivo de la igualdad de trato a nivel intergubernamental se consigue mediante el *trato de nación más favorecida () sobre la base de cláusulas contractuales (cláusulas de nación más favorecida)*.¹⁴⁶ Dicha cláusula de nación más favorecida en un tratado (el tratado original) garantiza a un Estado contratante (y a sus nacionales) la reclamación de beneficios que van más allá del tratado original y que la otra parte contratante concede contractualmente a un tercer Estado (y a sus nacionales). Para que se aplique la cláusula de nación más favorecida, el tratado con el tercer país debe tener el mismo objeto que el tratado original. El principio del trato de nación más favorecida del GATT (Artículo I) es de especial importancia. Las cláusulas de nación más favorecida también desempeñan un papel importante en los acuerdos de protección de las inversiones.¹⁴⁷

142 Véase *M. Bennouna*, Carta del Atlántico (1941), en: R. Wolfrum (ed.), MPEPIL, vol. I, 2012, p. 734 y ss.

143 Véase más adelante, § 24, 2.

144 Véase más abajo, § 10, 1. a).

145 Véanse los Artículo I, III, XIII, XVII del GATT y § 10, 5. b) infra.

146 *M. Hilf/R. Geiß*, Cláusula de la nación más favorecida, en: R. Wolfrum (ed.), MPEPIL, Vol. VII 2012, p. 384 y ss.

147 Véase más abajo, § 23, 2. f).

c) Espacio para las opciones de política económica

- 6 Los principios rectores del comercio económico internacional están integrados en un sistema de coordinación que vincula a los Estados soberanos entre sí. La búsqueda de una liberalización del comercio mundial y del intercambio más eficaz de bienes, servicios y capitales no es superior a los Estados ni puede pretender una validez absoluta. Más bien, la libertad de los Estados individuales para determinar sus propias prioridades de política económica forma parte del orden económico internacional. Uno de los principios de la Carta de la ONU es la "igualdad soberana" de los Estados (artículo 2 n° 1). La consiguiente libertad de los Estados para regular puede entrar en conflicto con las tendencias liberalizadoras existentes. En la Carta de la ONU, sin embargo, la idea de la autonomía de los Estados se ve solapada por el compromiso con la cooperación internacional, también en los ámbitos económico y social (artículo 1 n° 3, artículo 55 *lit.* a y b y artículo 56) y con el principio de "buena vecindad" (artículo 74). Los principales documentos de los tratados sobre la armonización del comercio internacional y las relaciones monetarias, como el GATT y el acuerdo del FMI, son una expresión de esta cooperación. Muchas cláusulas de exención dejan un margen de maniobra considerable para la afirmación de los intereses públicos, incluidos los intereses nacionales.

(d) Consideración para los países en desarrollo

- 7 Además de la preocupación por la eficacia económica, también es importante la idea de solidaridad con los países económicamente más débiles. Además de las transferencias directas, el trato preferente a los países en desarrollo, por ejemplo en el GATT o en los acuerdos celebrados por la Unión Europea y sus Estados miembros con los países ACP (África, Caribe y Pacífico) (Acuerdo de Asociación de Cotonú, Acuerdo de Asociación Económica de la UE¹⁴⁸), es una forma importante de promoción del desarrollo. Varias organizaciones internacionales sirven al objetivo de garantizar unos precios adecuados de los productos básicos desde la perspectiva de los países productores. La medida en que la intervención en el mercado para proteger a los países en desarrollo es un medio adecuado para distribuir la prosperidad y promover el crecimiento económico en los países más pobres es extremadamente controvertida. La demanda de los países económicamente más pobres de una mayor consideración de sus intereses constituye el núcleo del debate sobre un nuevo orden económico mundial.¹⁴⁹

e) Conceptos de orden de la economía de mercado

- 8 El actual orden económico mundial se caracteriza por la transferencia de los principios de la economía de mercado al ámbito internacional. Un papel clave lo desempeña aquí la libertad que los Estados conceden a los sujetos económicos individuales para desarrollar un orden autónomo e independiente de la regulación soberana. El desarrollo de un orden de este tipo contribuye de forma significativa a minimizar los costes de acceso al mercado asociados a la coexistencia de sistemas jurídicos nacionales. Los requisitos previos para el desarrollo de un orden "espontáneo" de este tipo son el reconocimiento de un alto grado de autonomía privada,

148 Véase *M. Nettesheim/G. G. Sander*; Derecho de la OMC y globalización, 2003.

149 Véase más adelante, § 4, 4.

la garantía de la libertad de comercio y la protección de la propiedad y la salvaguarda de las reclamaciones contractuales mediante una administración eficiente de la justicia. Estos elementos son capaces de crear seguridad jurídica para las entidades económicas extranjeras en las transacciones transfronterizas. La autonomía contractual y la seguridad jurídica de los sujetos económicos son el caldo de cultivo de la "sociedad de derecho privado", en gran medida autorregulada, modelo de la teoría económica liberal. La cristalización de las prácticas comerciales internacionales y el recurso al arbitraje comercial internacional son expresiones de la coordinación privada más allá de la regulación estatal. Sin embargo, el vínculo con un orden estatal sigue siendo indispensable, al menos en la medida en que la cuestión de la aplicación de los derechos individuales no debe quedar en el limbo. Al mismo tiempo, no debe pasarse por alto que las sanciones no gubernamentales e "informales" pueden tener un impacto considerable si se hace caso omiso de un laudo arbitral.

- 9 La supervisión de la competencia sigue siendo una función reguladora central que no puede dejarse en manos de la coordinación de sujetos económicos individuales. Controlar el libre juego de fuerzas disciplinando el poder económico sólo puede estar en manos de autoridades estatales o internacionales. Una internacionalización funcional de la supervisión de la competencia sólo se ha logrado hasta ahora en la Unión Europea.¹⁵⁰ Las disposiciones de la *Carta de La Habana* sobre la prevención de las restricciones de la competencia (Artículo 46-54) nunca han entrado en vigor. A nivel internacional, la tarea del control del mercado sigue correspondiendo a cada uno de los Estados. La aplicación "extraterritorial" del derecho de la competencia a situaciones transfronterizas no sólo crea un potencial de conflicto entre los Estados implicados, sino que también tiene una función de integración de lagunas ante la falta de un control internacional eficaz. Los puntos débiles de los mecanismos nacionales de control radican en sus limitaciones territoriales a la hora de aplicar la ley. Estas consideraciones no sólo son relevantes en el ámbito de la competencia, sino también para otras ramas de la supervisión económica. Esto se aplica en particular a la supervisión de unos mercados de capitales cada vez más interconectados. Además, las crisis de la deuda externa se han relacionado con déficits en la supervisión bancaria en el ámbito internacional.¹⁵¹

2. Sujetos de derecho económico internacional

Literatura:

P. Fischer, Transnational Enterprises, en: EPIL, Vol. IV, 2000, p. 921 y ss.; *M. Kaltenborn*, Entwicklungs- und Schwellenländer in der Völkergemeinschaft, AVR 46 (2008), p. 205 y ss.; *L. Gramlich*, Internationales Wirtschaftsrecht, 2004; *M. A. G. Meerhaeghe*, International Economic Institutions, 7ª ed. 1998; *I. Seidl-Hohenveldern*, Corporations in and under International Law, 1987; *H.-G. Schermers/N. M. Blokker*, International Institutional Law, 6ª ed. 2018; *R. Rode*, Regieren durch internationale Wirtschaftsorganisationen, 2001; *R. Schwartmann*, Private im Wirtschaftsvölkerrecht, 2005; *L. Wildhaber/B. Großfeld/O. Sandrock/R. Birk*, Internationalrechtliche Probleme multinationaler Korporationen, BDGV, Vol. 18, 1978.

150 Véase más adelante, § 17.

151 Cf. *E.-J. Mestmäcker*, Rechtsfragen einer Ordnung der Weltwirtschaft, en: Festschrift für Karl Carstens, Vol. 1 (1984), p. 417 y ss. (425).

a) Estados

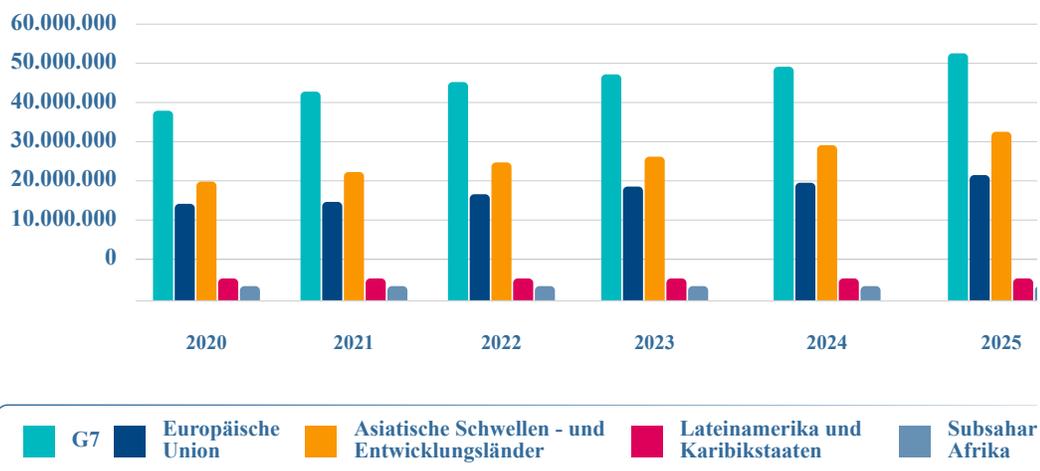
Literatura:

N. Bayne/S. Woolcock, La nueva diplomacia económica: toma de decisiones y negociación en las relaciones económicas internacionales, ed. 2017.

- 10** En el orden económico mundial descentralizado los Estados desempeñan un papel dominante de dos maneras. Por un lado, como titulares del poder regulador; esta función reguladora se expresa en la legislación, la administración y la jurisprudencia nacional, así como en la creación de normas de derecho internacional y la participación en organizaciones internacionales. En segundo lugar, los Estados participan directamente en las transacciones económicas, por ejemplo como poseedores de materias primas u otros activos económicos.
- 11** La comunidad internacional se caracteriza por la gran heterogeneidad de sus miembros en términos de resultados económicos y de "constitución económica". Cada Estado es fundamentalmente libre de organizar su propio sistema económico; la prohibición de intervención del derecho internacional consuetudinario¹⁵² protege esta libertad de elección contra las injerencias extranjeras.¹⁵³ Con el colapso político y económico de los sistemas comunistas de Europa del Este, el modelo de un orden económico controlado centralmente con un monopolio estatal del comercio exterior ha perdido su atractivo.

Una de las asimetrías que definen el mundo moderno de los Estados es la diferencia de poder económico, que se expresa en el producto interior bruto (es decir, el valor total de todos los bienes y servicios producidos en una economía en un periodo de tiempo determinado y destinados al consumo final).

Entwicklung des Brutto in lands produktes nach Staaten gruppen



152 Véase más abajo, § 7, 1. b).

153 Véase CIJ, Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (*Nicaragua contra Estados Unidos*), Fondo, Informes de la CIJ 1986, p. 14 y ss. (108).

Existe una estrecha correlación entre los resultados económicos y el consumo de energía.

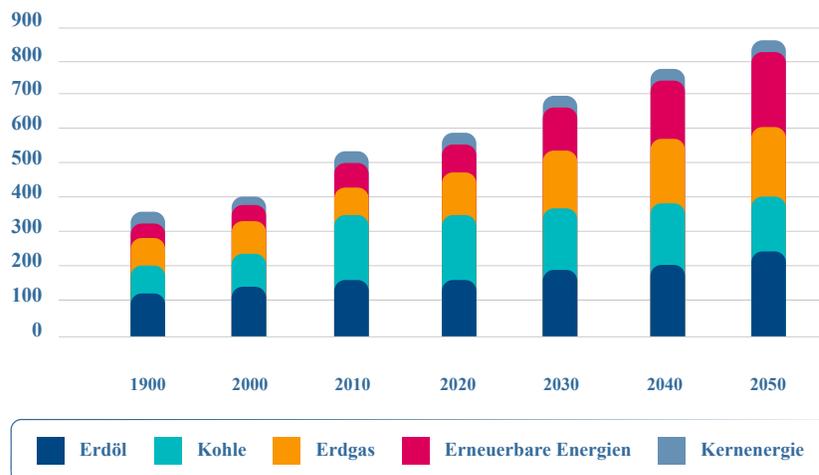
Warenhandelsvolumina einzelner Staaten



Angaben in Milliarden BTU
 Erläuterung: Ein BTU ist die zur Erwärmung eines britisches Pfund Wasser um ein Grad Fahrenheit benötigte Energie
 Quelle: U.S.S. Energy information Administration, International Energy Outlook 2021, World energy demand and economic outlook

La ya dominante demanda de petróleo seguirá aumentando (al igual que la de gas natural). A pesar de la expansión de las energías renovables y la energía nuclear y de la lucha contra el calentamiento global, la demanda de combustibles fósiles (petróleo y gas) muestra una tendencia al alza constante.

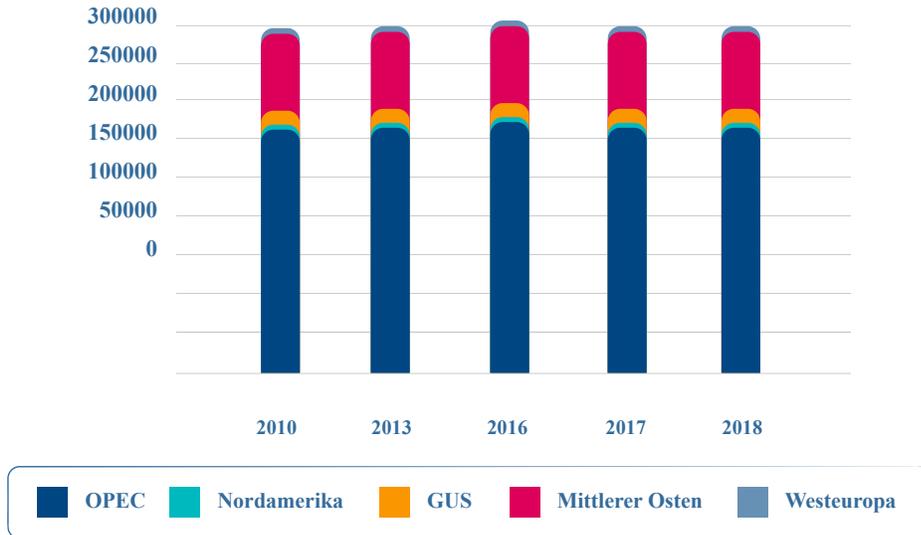
Weltweiter Energieverbrauch 1990 - 2050 nach Energiequellen



Angaben in Milliarden BTU
 Erläuterung: Ein BTU ist die zur Erwärmung eines britisches Pfund Wasser um ein Grad Fahrenheit benötigte Energie
 Quelle: U.S.S. Energy information Administration, International Energy Outlook 2017, World energy demand and economic outlook

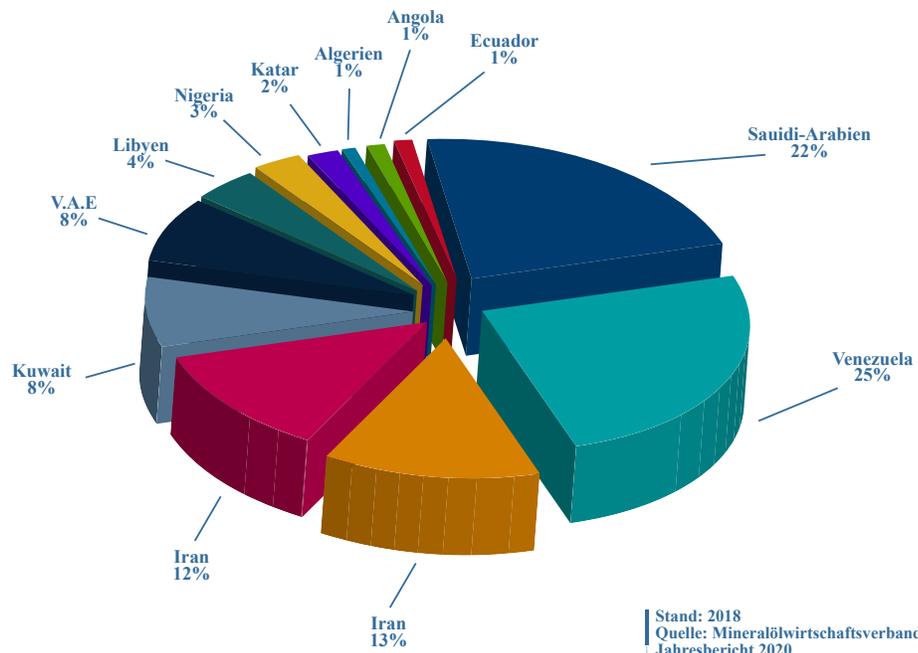
Oriente Medio y, cada vez más, Norteamérica desempeñan un papel clave en las reservas mundiales de petróleo.

Entwicklung der Welterdölreserven nach Staatengruppen



Stand: 2018
 Angaben in Millionen Tonnen
 Quelle: Mineralöl wirtschaftsverband Jahresbericht 2020

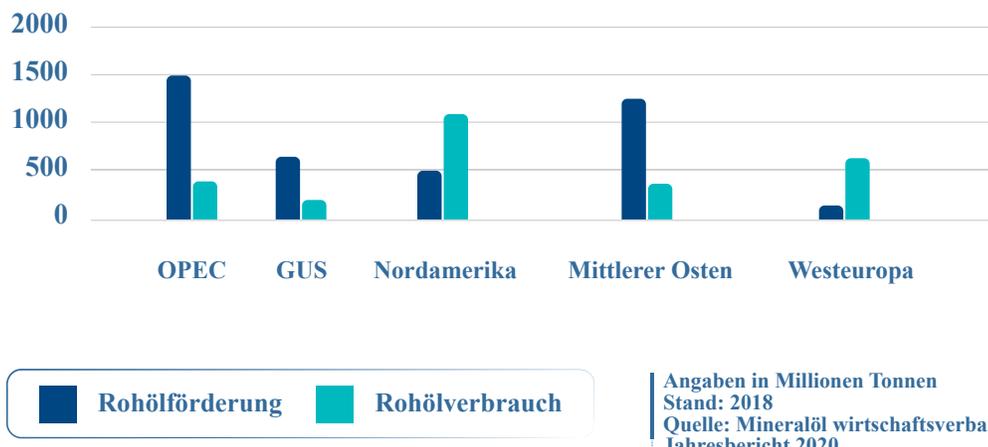
Verteilung der Ölreserven der OPEC-Staaten



Stand: 2018
 Quelle: Mineralölwirtschaftsverband
 Jahresbericht 2020

Existen considerables asimetrías en la producción y el consumo de crudo en el mundo.

Warenhandelsvolumina einzelner Staaten



- 12** La lucha por un orden económico mundial equilibrado se caracterizó principalmente por el contraste entre los pocos países altamente industrializados de Norteamérica, Europa Occidental y Asia, con la influencia decisiva de la "tríada" (EE.UU., Unión Europea y Japón) y el gran número de países en desarrollo de Latinoamérica, África y Asia. Algunos países de Extremo Oriente (como "nuevas naciones industrializadas") han alcanzado los niveles de productividad de Occidente (los llamados "tigres asiáticos": Taiwán, Corea del Sur y Singapur). En la actualidad, la República Popular China y la India son actores importantes de la economía mundial. Además, hay una serie de "nuevos países industrializados" latinoamericanos (como Argentina, Brasil, Chile y México).
- 13** Cuando los Estados participan directamente en transacciones económicas internacionales, suelen aplicarse normas especiales. Por ejemplo, los Estados y sus subdivisiones pueden reclamar la inmunidad de jurisdicción extranjera de acuerdo con los principios de inmunidad soberana¹⁵⁴ si se trata de actos soberanos o de bienes del Estado específicamente dedicados a fines soberanos.
- 14** Desde la perspectiva de la economía de mercado, el comercio estatal y otros monopolios que impiden a las empresas privadas comprar y vender determinados bienes u ofrecer determinados servicios en favor del Estado constituyen un organismo extranjero (véase el artículo XVII del GATT). El TFUE prescribe la reorganización gradual de los monopolios comerciales existentes en interés del libre comercio y prohíbe la introducción de nuevos monopolios estatales que restrinjan el comercio (artículo 37 del TFUE).

154 Véase más adelante, § 7, 2.

- 15** El papel del Estado como ofertante o demandante de bienes y servicios en la estructura de la libre competencia (más allá de los monopolios estatales de comercio y servicios) es un problema particular en un sistema económico que pretende la liberalización y la reducción de las restricciones de acceso al mercado. Esto se aplica a los servicios de transporte de pasajeros y mercancías, reparto de correo y telecomunicaciones, pero también a las emisoras públicas de radio y televisión y a la prestación de servicios educativos. La justificación de la actividad económica del Estado en algunos ámbitos reside sobre todo en el hecho de que ciertos servicios no deben dejarse en manos de proveedores privados en interés del público en general, en vista de la mayor responsabilidad del Estado por un alto nivel de calidad o debido a su baja rentabilidad. Por otra parte, las organizaciones estatales no están sujetas al mismo riesgo empresarial que sus competidores cuando entran en el mercado competitivo porque están respaldadas por el presupuesto público.
- 16** Según el TFUE, las normas de competencia del Tratado sólo se aplican a las empresas públicas que prestan servicios "de interés económico general" en la medida en que "la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada" (Artículo 106 párrafo 2 frase 1 TFUE). La aplicabilidad de las normas generales de competencia del Artículo 101 f. TFUE a las empresas públicas (por ejemplo, en los sectores postal, de telecomunicaciones, de radiodifusión y de suministro energético) es uno de los problemas centrales del derecho europeo de la competencia.¹⁵⁵ La jurisprudencia reciente del TJCE pretende frenar los privilegios competitivos de las empresas públicas, especialmente en el caso de los monopolios de servicios, que resultan ser un obstáculo para los desarrollos innovadores y la satisfacción de la demanda existente de servicios especializados.

b) Empresas estatales

Literatura:

P. Fischer/B. v. Hoffmann, Staatsunternehmen im Völkerrecht und im internationalen Privatrecht, BDGV, vol. 25, 1984; *F. A. Mann*, Staatsunternehmen in internationalen Handelsbeziehungen, RIW 1987, p. 186 y ss.

- 17** En muchos casos, los Estados no participan en las transacciones económicas directamente, sino a través de empresas independientes. Entre ellas se incluyen las unidades jurídicamente independientes de formas organizativas administrativas, así como las corporaciones que cuentan con el apoyo o el control del sector público. En general, la independencia jurídica significa que estas unidades están separadas de la esfera estatal: tienen sus propios derechos y obligaciones. En casos especiales, las empresas estatales y sus acciones se atribuyen al Estado que las respalda a pesar de su independencia jurídica. Esto se aplica, por ejemplo, a efectos de inmunidad de jurisdicción extranjera en virtud de las normas sobre inmunidad estatal, si la empresa forma el "brazo extendido" del Estado, por así decirlo, y actúa a título soberano o posee activos al servicio de fines soberanos (como un banco central legalmente independiente); en este sentido, el derecho de las empresas estatales a la inmunidad depende de su posición como órgano del Estado.¹⁵⁶ Las responsabilidades de una empresa jurídicamente independiente sólo pueden

¹⁵⁵ Véase más adelante, § 17.

¹⁵⁶ Véase infra, § 7, 2; véase también *F. A. Mann*, Staatsunternehmen in internationalen Handelsbeziehungen, RIW 1987, p. 186 y ss. (187 y ss.) con más referencias.

atribuirse al Estado que la controla en circunstancias especiales en el sentido de "traspaso de responsabilidad".¹⁵⁷ Se puede considerar una atribución de responsabilidad, por ejemplo, si el Estado no ha dotado a la empresa que controla de los recursos financieros adecuados (caso de infracapitalización) o si sería un abuso de derecho invocar la independencia jurídica de la empresa responsable.

En el caso del accidente del reactor de Chernóbil, los tribunales alemanes rechazaron la responsabilidad del Estado soviético por los daños resultantes, ya que el operador de la central nuclear era una entidad con personalidad jurídica propia.¹⁵⁸

- 18 A la inversa, la responsabilidad de la empresa estatal por los pasivos del Estado que la respalda sólo puede considerarse si la separación entre ambos parece manifiestamente injusta.¹⁵⁹
- 19 Ocasionalmente se plantea la cuestión de si una empresa estatal puede invocar el hecho de que su propio Estado impide el cumplimiento del contrato o la finalidad del mismo mediante restricciones legales o administrativas (por ejemplo, la entrega acordada de materias primas se ve impedida por una prohibición de exportación) para quedar liberada de las obligaciones contractuales (en el sentido de fuerza mayor o cese de la base de la transacción). Esta defensa sólo puede denegarse a una empresa estatal si ésta no goza de una verdadera autonomía de decisión debido a ciertas características o si el Estado crea el obstáculo al cumplimiento en una especie de cooperación colusoria específicamente para liberar a la empresa de sus obligaciones contractuales.¹⁶⁰

c) Organizaciones internacionales

Literatura:

J. Altman/M. E. Kulesa (eds.), *Internationale Wirtschaftsorganisationen*, 1998; V. Rittberger/B. Zangl/A. Kruck, *International Organisations*, 4.^a ed. 2013; I. Seidl-Hohenveldern/G. Loibl, *Das Recht der internationalen Organisationen einschließlich der Supranationalen Gemeinschaften*, 7.^a ed. 2000.

- 20 Las organizaciones internacionales desempeñan un papel clave en la vida económica internacional como formas de cooperación intergubernamental. Su importancia radica en varios niveles, en particular en su función reguladora (creación de normas vinculantes para los miembros o recomendaciones para los complejos económicos), en su función de foro de coordinación y consulta intergubernamental y en su función de apoyo (a las medidas de reestructuración económica o a la mejora de las infraestructuras, especialmente en los países en desarrollo). Además, las organizaciones internacionales participan ocasionalmente en actividades de mercado de forma cuasi-empresarial, por ejemplo comprando o vendiendo materias primas en aras de la estabilización de los precios.

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

158 AG Bonn, NJW 1988, p. 1393 y siguientes; LG Bonn, NJW 1989, p. 1225.

159 Véase, por ejemplo, Corte Suprema de EE. UU., *First National City Bank v. Banco Para. El Comercio Exterior de Cuba*, 462 U. S. 611 (1983); véase también BGHZ 104, 240.

160 Véase I. Seidl-Hohenveldern, *Corporations in and under International Law*, 1987, p. 55 y ss.; cf. por ejemplo House of Lords, *Czarnikow Ltd. v. Rolimpex*, [1979] A. C. 351.

- 21 Las organizaciones internacionales en sentido estricto (organizaciones intergubernamentales, *governmental International organizations*) se basan en un tratado fundacional de los Estados miembros según el derecho internacional y tienen personalidad jurídica propia según el derecho internacional. Al mismo tiempo, suelen tener capacidad jurídica en virtud de la legislación del Estado anfitrión y de los (otros) Estados miembros.¹⁶¹ Algunas de estas organizaciones operan en la vida económica de forma similar a una sociedad anónima u otras empresas privadas. Esto puede dar lugar a difíciles problemas de responsabilidad con respecto a la posición de los Estados miembros si la organización no cumple con sus obligaciones financieras.¹⁶²

El caso más conocido es la insolvencia del Consejo Internacional del Estaño (*International Tin Council-ITC*).¹⁶³ El Consejo del Estaño debía trabajar para conseguir un precio adecuado del estaño en el mercado mundial comprando y vendiendo el metal con la ayuda de un almacén de compensación. A raíz de las arriesgadas transacciones realizadas por el gestor del almacén en la Bolsa de Metales de Londres, el Consejo del Estaño ya no pudo hacer frente a sus cuantiosas obligaciones con los acreedores privados. Tras varios procedimientos judiciales contra miembros individuales del Consejo del Estaño (incluidos el Reino Unido, la República Federal de Alemania y la Comunidad Europea) ante los tribunales ingleses¹⁶⁴ y contra la Comunidad Europea ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se llegó a un acuerdo extrajudicial.

- 22 La independencia de las organizaciones internacionales en virtud del derecho internacional suele proteger a sus miembros de la responsabilidad por las obligaciones de la organización. El "*levantamiento del velo corporativo*" puede considerarse excepcionalmente si los Estados miembros no dotaron a la sociedad de capital suficiente cuando se fundó la organización, si los miembros no se oponen a una conducta de los órganos que sea manifiestamente incompatible con el propósito de la organización o con los deberes corporativos de diligencia, o si la invocación de la independencia jurídica de la organización constituyera un abuso de derecho.¹⁶⁵ Existen aquí ciertos paralelismos con el "recurso a la responsabilidad" en el derecho de sociedades nacional. Basándose en la experiencia del Consejo Internacional del Estaño, algunos conve-

161 Véase *P. H. F. Bekker*, *The Legal Position of Intergovernmental Organizations*, 1994; *A. Reinisch*, *International Organizations Before National Courts*, 2000; *T. Rensmann*, *Internationale Organisationen im Privatrechtsverkehr*, AVR 37 (1998), p. 305 y ss.

162 Véase, por ejemplo, *C. T. Ebenroth/L. Fuhrmann*, *Die zivilrechtliche Haftung internationaler Organisationen und ihrer Mitgliedstaaten*, JZ 1989, p. 211 y ss.; *U. Haltern*, *Die Haftung von Mitgliedstaaten für Verbindlichkeiten Internationaler Organisationen*, ZVglRWiss 93 (1994), p. 221 y ss.; *M. Hartwig*, *Die Haftung der Mitgliedstaaten für Internationale Organisationen*, 1993; *M. Herdegen*, *Bemerkungen zur Zwangsliquidation und zum Haftungsdurchgriff bei internationalen Organisationen*, ZaöRV 47 (1987), p. 537 y ss. La insolvencia de las organizaciones internacionales y la posición jurídica de los acreedores: algunas observaciones a la luz de la crisis del Consejo Internacional del Estaño, NILR 1988, p. 135 y ss.; *F. A. Mann*, *Die juristische Person des Völkerrechts*, ZHR 152 (1988), p. 302 y ss. (311 y ss.).

163 *E. J. McFadden*, *The Collapse of Tin: Restructuring a Failed Commodity Agreement*, AJIL 80 (1986), p. 811 y ss.; véase también *C. T. Ebenroth/L. Fuhrmann*, *Die zivilrechtliche Haftung internationaler Organisationen und ihrer Mitgliedstaaten*, JZ 1989, p. 211 y ss.; *M. Herdegen*, *The Insolvency of International Organizations and the Legal Position of Creditors: Some Observations in the Light of the International Tin Council Crisis*, NILR 1988, p. 135 y ss.

164 Véase, por ejemplo, House of Lords, *J. H. Rayner Ltd. v. Department of Trade*, [1990] 2 A. C. 418.

165 Sobre la responsabilidad de los Estados miembros de una organización internacional tras la decisión de disolución por la mayoría de los miembros, véase también el laudo arbitral en el asunto *Westland* (parcialmente anulado por los tribunales suizos), ILM 23 (1984), p. 1071; sobre este punto, por ejemplo, *M. Herdegen*, *Wirkungen von Schiedssprüchen in Streitigkeiten zwischen Privatpersonen und fremden Staaten*, RIW 1989, p. 329 (330); *T. Rensmann*, *Internationale Organisationen im Privatrechtsverkehr*, AVR 37 (1998), p. 305 (337).

nios constitutivos de organizaciones internacionales de productos básicos contienen ahora limitaciones expresas de la responsabilidad. Por ejemplo, el Convenio Internacional del Caucho Natural (*International Natural Rubber Agreement*) de 1995¹⁶⁶ estipula que las obligaciones financieras de los miembros se limitan a las contribuciones al presupuesto administrativo y a la financiación de las acciones de compensación de la Organización Internacional del Caucho Natural (artículo 48 párr. 4).

En este contexto, hay que distinguir entre las obligaciones de una organización internacional en virtud del derecho internacional, por un lado, y las deudas con acreedores privados, por otro. Los criterios establecidos para el "recurso" sólo pueden establecer directamente la responsabilidad de los miembros con respecto a las obligaciones en virtud del derecho internacional. En el caso de las responsabilidades de derecho privado (como las derivadas de acuerdos de préstamo o compra), el derecho internacional sólo regula las condiciones en las que la responsabilidad puede extenderse a los Estados miembros, es decir, las condiciones en las que un tribunal nacional puede anular la independencia jurídica de la organización internacional. Por lo demás, la decisión sobre la responsabilidad de los Estados miembros frente a los acreedores privados se deja en última instancia en manos del derecho nacional.

- 23** Las organizaciones más importantes para la vida económica internacional están vinculadas a las Naciones Unidas como "agencias especializadas" a través de acuerdos de cooperación celebrados por el Consejo Económico y Social (*Economic and Social Council - ECOSOC*) (Artículo 57, 63 de la Carta de la ONU). La UNCTAD (*United Nations Conference on Trade and Development - Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo*) y la Comisión de Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI - *United Nations Commission on International Trade Law*) se crearon como comisiones subordinadas de la Asamblea General para promover la cooperación económica en el marco de las Naciones Unidas. La CNUDMI ha presentado una serie de leyes modelo, por ejemplo sobre arbitraje comercial internacional (Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985), sobre remesas internacionales (Ley Modelo sobre Transferencias Internacionales de Crédito de 1992), sobre insolvencias transfronterizas (Ley Modelo sobre Insolvencias Transfronterizas de 1997), sobre comercio electrónico (Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de 1996/98) o sobre firmas electrónicas (Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas de 2001).
- 24** El Fondo Monetario Internacional (*International Monetary Fund*) desempeña un papel clave en las transacciones internacionales de capital y de pagos, especialmente en la actual crisis de la deuda externa,¹⁶⁷ cuya creación se decidió en la Conferencia de Bretton Woods de 1944. En un principio, el Fondo Monetario Internacional debía garantizar la coordinación estable de los sistemas monetarios nacionales en un sistema de tipos de cambio fijos controlados por el Fondo Monetario sobre la base del patrón oro. Tras la salida de EEUU del patrón oro y la introducción de tipos de cambio flotantes, las tareas del Fondo Monetario han cambiado. En la actualidad, sus tareas son la supervisión orientada a la estabilidad de las variaciones de los tipos de cambio y la concesión de préstamos a los Estados miembros con dificultades temporales de balanza de pagos. En 1969, se incorporó al Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional el llamado "Derecho Especial de Giro". Se trata del derecho de un Estado miembro a adquirir

166 BGBI. 1997 II p. 576.

167 S. Schlemmer-Schulte, Fondo Monetario Internacional (FMI), en: R. Wolfrum (ed.), MPEPIL, Vol. V, 2012, p. 1037 y ss.

divisas a cambio de pagos en su propia moneda. En el Fondo Monetario Internacional, los Estados miembros están representados en la Junta de Gobernadores, responsable de las decisiones fundamentales. De los asuntos cotidianos se encarga un Consejo Ejecutivo compuesto por cinco directores nombrados por los Estados miembros con mayor capacidad financiera y otros 19 directores elegidos por los demás miembros. Mientras que en otras organizaciones internacionales se aplica el principio de igualdad formal de votos de los Estados ("*one State, one vote*"), en el Fondo Monetario Internacional, como en la mayoría de las organizaciones económicas y financieras, los votos de los estados miembros son ponderados (de acuerdo con sus obligaciones de pago).

- 25** El Banco Mundial (BIRD - Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento – *International Bank for Reconstruction and Development*) está estrechamente vinculado al Fondo Monetario Internacional (en particular a través de su pertenencia conjunta).¹⁶⁸ Sus actividades se centran en la concesión de préstamos a los países en desarrollo. Además de la financiación de proyectos específicos para mejorar las infraestructuras, en los últimos tiempos ha cobrado cada vez más importancia la promoción general del desarrollo en el tercer mundo. Como organización subsidiaria del Banco Mundial, la Corporación Financiera Internacional (CFI) (*International Finance Corporation*)¹⁶⁹ concede préstamos para proyectos privados independientemente de las garantías de reembolso del gobierno de origen del prestatario. El Grupo del Banco Mundial también incluye la Asociación Internacional de Fomento (AIF) (*International Development Association*),¹⁷⁰ que apoya a los países en desarrollo especialmente pobres (a veces también a las empresas privadas de estos países) con préstamos que ya no pueden cubrir sus necesidades de financiación en las condiciones crediticias normales del mercado. Debido a sus ventajas especiales (como plazos largos, periodos de gracia, ausencia de intereses), los préstamos de la AIF son similares a las subvenciones perdidas.
- 26** La implicación del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial en relación con la crisis de la deuda externa alberga una dinamita política considerable. Se trata también de las condiciones de concesión de préstamos a los países especialmente endeudados, que deben comprometerse a adoptar ciertas medidas estructurales en aras de la reducción de los déficits de pago.¹⁷¹ Muchos países en desarrollo ven en ello una mordaza de política económica incompatible con su concepción de la soberanía.
- 27** Los bancos regionales de desarrollo, que cuentan con el apoyo de los países donantes (incluidos los países industrializados no regionales) y los países receptores, desempeñan un papel importante en la promoción del desarrollo y el apoyo a los procesos de transformación económica y política. Entre ellos se encuentran el Banco Interamericano de Desarrollo (*Inter-American Development Bank*), el Banco Asiático de Desarrollo (*Asian Development Bank*) y el Banco Asiático de Inversión en Infraestructuras, fundado por iniciativa de la República Popular China, el Banco del Sur que cuenta con el apoyo de algunos países sudamericanos, y el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (*European Bank for Reconstruction and Development*) que se dedica al desarrollo de los países de Europa del Este y más allá hasta Asia Central. El Banco Europeo de Inversiones (Artículo 308 f. TFUE) promueve el desarrollo de regiones

168 Véase más adelante, § 26, 2.

169 Véase más adelante, § 26, 2.

170 Véase más adelante, § 26, 2.

171 Por ejemplo, *W. Meng*, *Conditionality of IMF and World Bank Loans: Tutelage over Sovereign States*, *Verfassung und Recht in Übersee* 21 (1988), p. 263 y ss.; véase infra, § 26, 3.

económicamente débiles, así como proyectos conjuntos de varios Estados dentro de la Unión Europea. En segundo lugar, el Banco Europeo de Inversiones también apoya el desarrollo de terceros países, por ejemplo en el marco de los acuerdos de asociación con los países ACP. Con su volumen de financiación de préstamos favorables, el Banco Europeo de Inversiones se sitúa incluso por encima del Banco Mundial. Los países BRICS también han entrado en competencia con el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional al crear un banco de desarrollo y un fondo monetario, con los que intentan reforzar su independencia financiera y monetaria.

- 28** Dentro de las Naciones Unidas, la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (*Food and Agriculture Organization of the United Nations*, FAO) y la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI) (*United Nations Industrial Development Organization - UNIDO*) trabajan para elevar el nivel de vida en los países más pobres y promover el desarrollo industrial.
- 29** La Carta de La Habana preveía la Organización Internacional del Comercio (OIC) (*International Trade Organization – ITO*) como tercer pilar institucional junto al Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial.¹⁷² En vista de la resistencia a las amplias regulaciones del Tratado de La Habana, los estados participantes acordaron en 1947 una aplicación provisional del GATT (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio) con el fin de crear las condiciones contractuales para una liberalización del comercio mundial en el periodo previo a la posible entrada en vigor del tratado sobre la Organización Internacional del Comercio. Debido al rechazo del Congreso estadounidense al acuerdo sobre la Organización Internacional del Comercio, este tratado fracasó. Tras más de 40 años de existencia como "acuerdo provisional", el GATT, con su estructura organizativa gradualmente desarrollada¹⁷³, hace tiempo que se considera una organización internacional. La reforma fundamental del sistema del GATT ha situado el orden comercial mundial sobre una nueva base institucional con la fundación de la Organización Mundial del Comercio (OMC) (*World Trade Organization – WTO*).¹⁷⁴ La Organización Internacional del Trabajo (OIT) (*World Labour Organization - WLO*)¹⁷⁵ también desempeña un papel importante en la vida económica internacional. Esta organización está comprometida con la creación de condiciones de trabajo adecuadas, la eliminación de discriminaciones injustificadas y la seguridad social de los trabajadores. Entre las funciones de la OIT se encuentran la elaboración de convenios y recomendaciones internacionales, el control de las obligaciones contractuales de los Estados miembros y la resolución de conflictos. Las actividades de la Organización Internacional del Trabajo sirven a la mejora gradual de las condiciones laborales en el mundo sobre la base de normas contractuales y, al mismo tiempo, contrarrestan el peligro de que se busquen ventajas competitivas a través de una brecha en las condiciones laborales en el sentido de "dumping social".
- 30** Otras organizaciones internacionales cuyo campo de actividad está relacionado con una rama específica de la vida económica también están asociadas a las Naciones Unidas como "agencias especializadas".¹⁷⁶ Entre ellas se encuentran la Unión Postal Universal (*Universal Postal*

172 Carta de La Habana para una Organización Internacional de Comercio, reimpresso en: Deutsches Handels-Archiv 1948-50 II, p. 31 ¶§; G. Sacerdoti, *Carta de La Habana*, en: R. Wolfrum (ed.), MPEPIL, vol. IV, 2012, p. 718 y ss.

173 Véase más adelante, § 10, 1.

174 Véase más adelante, § 10, 2.

175 H. Sauer, Organización Internacional del Trabajo (OIT), en: R. Wolfrum (ed.), MPEPIL, Vol. V, 2012, p. 810 y ss.

176 Véase más adelante, § 14, 5.

Union), fundada en 1874, la Unión Internacional de Telecomunicaciones (*International Telecommunications Union*)¹⁷⁷ y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) (*World Intellectual Property Organization - WIPO*).¹⁷⁸

- 31** Además de las organizaciones de carácter universal, existe un gran número de organizaciones internacionales adaptadas a un círculo limitado de miembros. Entre ellas se encuentran las organizaciones económicas regionales. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (*Organisation for Economic Co-operation and Development - OCDE*)¹⁷⁹ es un foro de cooperación entre los 38 principales países industrializados del mundo occidental, que producen más de la mitad de los bienes del mundo y representan más del 70% del comercio mundial. Sus miembros son Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Corea del Sur, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Japón, Letonia, Lituania, Luxemburgo, México, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Suecia, Suiza y Turquía. El proceso de adhesión de Rusia a la OCDE se suspendió a raíz de la crisis de Ucrania.¹⁸⁰ La importancia real de la OCDE reside menos en la promulgación de normativas vinculantes que en la coordinación de las políticas económicas y monetarias de sus miembros. El fomento del crecimiento económico en los países en desarrollo por parte de los 30 Estados miembros de la OCDE y de la Unión Europea, que cooperan con la OCDE a través del Comité de Ayuda al Desarrollo (*Development Assistance Committee*), reviste una gran importancia.
- 32** Las organizaciones internacionales de productos básicos, cuyo objetivo es garantizar un nivel de precios estable (sobre todo en interés de los países en desarrollo que dependen en gran medida de las exportaciones de productos básicos), sólo han tenido un éxito limitado hasta la fecha.¹⁸¹
- 33** Las formas clásicas de cooperación regional incluyen las zonas de libre comercio y las uniones aduaneras; sin embargo,¹⁸² no todos estos acuerdos desembocan en una organización jurídicamente independiente como la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) (*European Free Trade Association*). En el marco de la Unión Europea se ha alcanzado un grado de integración económica de los Estados miembros sin precedentes.¹⁸³ El grado de integración europea alcanzado se debe no sólo al alto nivel de industrialización y a la amplia homogeneidad social, cultural y económica de valores de los estados miembros, sino también a la voluntad de transferir los derechos soberanos nacionales a las instituciones intergubernamentales en una medida sin precedentes. Inspirándose en el modelo de la Unión Europea, los países latinoamericanos se han unido para formar formas de cooperación económica institucionalmente consolidadas (como, por ejemplo, la Comunidad Andina - CAN).¹⁸⁴ Siguiendo el ejemplo del Tratado de la

177 Véase más adelante, § 14, 6.

178 Véase más adelante, § 15.

179 Por ejemplo, *N. Bonucci/G. Kothari*, Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD), en: R. Wolfrum (ed.), *MPEPIL*, vol. VII, 2012, p. 1013 y ss.; *H. J. Hahn/A. Weber*, *Die OECD - Die Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung*, 1976.

180 Véase la declaración de la OCDE: <http://www.oecd.org/russia/statement-by-the-oecd-regarding-the-status-of-the-accession-process-with-russia-and-co-operation-with-ukraine.htm> (consultada el 3 de enero de 2022).

181 Véase más adelante, § 11.

182 Véase más adelante, § 12, 1.

183 Véase más arriba, § 3, 2 y más abajo, § 5.

184 Véase más adelante, § 12, 5.

CE, se creó la Comunidad Económica Africana¹⁸⁵ en el marco de la Organización de Estados Africanos. El Acta Constitutiva de la Unión Africana entró en vigor en mayo de 2001. En Asia, la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN) está desarrollando una integración regional que va mucho más allá de la mera cooperación económica.

d) Unión Europea

- 34** La Unión Europea se caracteriza por un grado de integración económica, jurídica y política de sus Estados miembros sin parangón a nivel intergubernamental.¹⁸⁶ La estructura institucional se caracteriza por la interacción entre los órganos políticos (Consejo, Comisión y Parlamento Europeo) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, que sigue existiendo, están interrelacionadas a través de sus instituciones comunes. Esto significa que sólo hay un Consejo, una Comisión, un Parlamento y un Tribunal de Justicia, y que cada uno de estos órganos actúa en nombre de la Unión y de la Comunidad de la Energía Atómica (sobre la base de las disposiciones del tratado correspondiente).¹⁸⁷
- 35** El *Tratado de Lisboa* de 2007 (muy similar en su contenido al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa) ha introducido cambios significativos en la arquitectura de la Unión Europea. La Unión Europea tiene personalidad jurídica propia y ha sustituido a la Comunidad Europea.¹⁸⁸ La Comunidad Europea de la Energía Atómica sigue existiendo (de acuerdo con el protocolo especial).
- 36** La estructura de tres pilares (con las Comunidades Europeas como primer pilar, la Política Exterior y de Seguridad Común como segundo pilar y la cooperación policial y judicial en materia penal como tercer pilar) se ha fusionado en un marco organizativo y operativo uniforme. Sin embargo, la Política Exterior y de Seguridad Común sigue conservando su carácter "intergubernamental" en el sentido de que las decisiones adoptadas en este marco sólo pueden vincular a la propia Unión Europea y a sus Estados miembros. Las obligaciones individuales requieren un acto específico de aplicación.

Por ejemplo, una decisión en el marco de la Política Exterior y de Seguridad Común de imponer un embargo comercial a un Estado aún no tiene un efecto directo (sobre las empresas comerciales individuales), sino que primero debe aplicarse mediante un acto jurídico dentro de la Unión Europea (artículo 215, apdo. 1 del TFUE).

- 37** El Consejo de la Unión es el órgano decisorio más importante (artículo 16 TUE, artículo 37 y ss. TFUE, artículo 115 EA). El Consejo está formado por los representantes de los gobiernos nacionales. Durante mucho tiempo, fue el verdadero "legislador" de la Unión. Entretanto, el Parlamento participa en la mayoría de los ámbitos de regulación (en el procedimiento de codificación) en pie de igualdad con el Consejo en el proceso legislativo.

185 ILM 30 (1991), p. 1241 y ss. (1245).

186 Véase más arriba, § 3, 2.

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

188 Artículo 1 párr. 3 TUE.

- 38** El Consejo decide generalmente por mayoría simple, en asuntos más importantes por mayoría cualificada o incluso por unanimidad. En el caso de las decisiones por mayoría cualificada, los votos de los miembros se ponderan; los países más pequeños se sitúan en una posición significativamente mejor que su tamaño poblacional.¹⁸⁹ Sólo en raras ocasiones una decisión del Consejo requiere unanimidad, como cuando se recurre a la autorización amplia del artículo 352, apdo. 1 del TFUE. El principio de la mayoría es un instrumento importante para domar los intereses nacionales.
- 39** La Comisión (artículo 17 TUE, artículo 244 y ss. TFUE, artículo 124 EA) cumple principalmente importantes funciones de iniciativa y ejecución. Está formada por miembros independientes. El Presidente de la Comisión ocupa un lugar destacado. El Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, nombrado por el Consejo, es también uno de los vicepresidentes de la Comisión de la UE. En cuanto a su composición y procedimiento de toma de decisiones, la Comisión (a diferencia del Consejo) no interviene en los asuntos nacionales. Entre los órganos políticos, es el elemento que impulsa el proceso de integración. Su poder de iniciativa en la adopción de actos jurídicos es de especial importancia. La Comisión también tiene importantes poderes de ejecución. Por ejemplo, la Comisión puede tomar medidas contra los acuerdos restrictivos y el abuso de posiciones dominantes en el mercado (incluidas multas) o autorizar fusiones. Como guardiana de los intereses de la Unión, la Comisión puede, por ejemplo, interponer un recurso ante el Tribunal de Justicia contra las infracciones del Tratado por parte de los Estados miembros (artículo 258 del TFUE).
- 40** El Parlamento Europeo (artículo 223 y ss. TFUE, artículo 107 y ss. EA) está compuesto por miembros elegidos directamente por los ciudadanos de cada uno de los Estados miembros y es, por tanto, la única institución de la Unión con legitimidad democrática directa. Junto con el Consejo, el Parlamento es uno de los dos principales órganos legislativos de la Unión Europea. El procedimiento de codecisión (artículo 294 del TFUE) constituye el procedimiento legislativo ordinario de la Unión Europea.
- 41** El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (artículo 251 y ss. TFUE, artículo 136 y ss. EA) garantiza la naturaleza normativa del ordenamiento jurídico de la Unión. La Comisión u otro Estado miembro puede interponer un recurso ante el Tribunal de Justicia contra las infracciones del Tratado por parte de un Estado miembro (artículo 258 y ss. TFUE).
- 42** El Tribunal de Justicia también puede ser requerido por un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión para que revise actos jurídicos de las instituciones de la Unión mediante un recurso de anulación (artículo 263 del TFUE). En determinados casos, el BCE y el Tribunal de Cuentas también pueden hacer valer sus derechos mediante un recurso de anulación (artículo 263 párrafo 3 TFUE).
- 43** En determinadas condiciones, los particulares también pueden impugnar actos jurídicos de las instituciones de la Unión que les afecten de forma cualificada (directa o individualmente) (artículo 263, apdo. 4 del TFUE). Por ejemplo, las empresas pueden impugnar ante el Tribunal de Justicia una decisión onerosa de la Comisión en materia de competencia, como el rechazo de una fusión o la imposición de una multa. Un particular sólo se ve directamente afectado por

¹⁸⁹ Artículo 16 párr. 4 TUE en relación con el Artículo 3 del Protocolo n° 36.

las decisiones dirigidas a un Estado miembro o a un tercero en el sentido del artículo 263 apdo. 4 del TFUE si la decisión le afecta de manera especial debido a circunstancias particulares o a determinadas características personales y, por tanto, le individualiza de manera similar al propio destinatario.

- 44** El llamado procedimiento prejudicial con arreglo al artículo 267 del TFUE, en el que el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre la interpretación del derecho de la Unión y sobre la validez de los actos jurídicos de las instituciones de la Unión a instancias de un tribunal nacional, desempeña un papel extremadamente importante.

Al revisar los actos jurídicos de las instituciones de la Unión que se basan en una apreciación de circunstancias económicas complejas, el Tribunal de Justicia ejerce cierto grado de moderación y concede a las instituciones decisivas de la Unión un margen de apreciación en materia de política económica.¹⁹⁰ El reconocimiento de ese margen de maniobra en las valoraciones globales difíciles se refleja expresamente en la disposición del artículo 33 párr. 1 frase 2 CS (ahora ya no aplicable), que puede entenderse como expresión de un concepto jurídico general.¹⁹¹

Desde hace algún tiempo, el Tribunal de Justicia ha sido relevado por un Tribunal de Primera Instancia, competente en determinados casos para los recursos interpuestos por particulares (personas físicas y jurídicas) y cuyas decisiones pueden ser revisadas por el Tribunal de Justicia por errores de derecho (artículo 256 TFUE, artículo 140 EA).

- 45** El Tribunal de Justicia ha entendido su mandato de salvaguardar el derecho de la Unión de forma muy dinámica y ha practicado repetidamente el desarrollo jurídico abierto. En particular, su jurisprudencia sobre el efecto directo de las disposiciones de los tratados, la primacía del derecho de la Unión, la aplicabilidad directa de las directivas, la responsabilidad del Estado y los principios generales del derecho ha dado un impulso decisivo al desarrollo de la Unión. De este modo, el Tribunal de Justicia ha compensado en cierta medida el "inmovilismo" de los órganos políticos, sobre todo en las fases difíciles.
- 46** La Unión Europea desempeña un papel central en la elaboración de tratados internacionales, especialmente en el contexto de la política comercial común (artículo 206 f. TFUE). El Tratado de Lisboa ha ampliado considerablemente las competencias exteriores de la Unión Europea en lo que respecta a los acuerdos sobre el comercio de servicios, los aspectos comerciales de la propiedad intelectual y las inversiones extranjeras directas (artículo 207, apdo. 4 del TFUE). La Unión Europea es miembro de numerosas organizaciones internacionales (como la Organización Mundial del Comercio, la FAO o las organizaciones de materias primas). Tanto la Unión Europea como sus miembros pertenecen a la Organización Mundial del Comercio.

190 Véase, por ejemplo, TJCE, asunto C-43/72, EU:C:1973:108 - *Merkur*; Rec. 1973, 1055 (1074); TJCE, verb. C-197-200, 243, 245 y 247/80, EU:C:1981: 311 - *Ludwigshafener Walzmühle*, Rec. 1981, 3211 (3251); TJCE, asunto C-42/84, EU:C:1985: 327, apartado 34 - *Remia*; TJCE, asunto C-12/03, EU:C:2005 : 87 - *Tetra Laval*.

191 La segunda frase del apartado 1 del artículo 33 limitaba el control jurisdiccional de los actos de la Comisión: "El control del Tribunal de Justicia no se extenderá, sin embargo, a la apreciación del conjunto de los hechos o circunstancias económicas que hayan conducido a las decisiones o recomendaciones impugnadas, salvo que se alegue que la Comisión ha abusado de su facultad discrecional o que ha violado manifiestamente las disposiciones del Tratado o cualquier norma jurídica relativa a su aplicación".

e) Agrupaciones de Estados basadas en intereses económicos comunes

47 La globalización económica ha dado lugar a diversas formas de cooperación intergubernamental dentro y fuera de las organizaciones internacionales. Sin ninguna consolidación organizativa, las siete potencias industriales más importantes Alemania, Francia, Italia, Japón, Canadá, EE.UU. y el Reino Unido se han unido para formar el "*Grupo de los Siete*" (G7) como foro de cooperación para tratar cuestiones relacionadas con el orden económico internacional. Con la inclusión de Rusia en 1997, el G7 se amplió hasta convertirse en el G8. Sin embargo, en respuesta a las actividades en la crisis de Ucrania, Rusia fue excluida de nuevo en 2014 y se restableció la formación del G7.¹⁹² La Unión Europea también está representada en las reuniones del G7/G8 en una formación cambiante según el tema (por el presidente del Consejo Europeo, el presidente de la Comisión Europea, el presidente del Banco Central Europeo y el presidente del Eurogrupo). Los respectivos ministros de finanzas y presidentes de los bancos centrales (en el caso de la Unión Europea, el presidente del Consejo de Asuntos Económicos y Financieros [ECOFIN] y el presidente del Banco Central Europeo) actúan en nombre de los miembros en las reuniones periódicas para coordinar la política financiera y dar forma a la arquitectura financiera internacional. También participan el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial.

48 Hoy en día, el G20 (que surgió del G8), el grupo de las veinte economías industrializadas y emergentes más importantes, es el órgano de dirección más importante para las cuestiones de desarrollo económico mundial. Sus miembros son Alemania, Arabia Saudí, Argentina, Australia, Brasil, Corea del Sur, Canadá, Estados Unidos, Francia, India, Indonesia, Italia, Japón, México, Reino Unido, Rusia, Sudáfrica, Turquía y la Unión Europea. Los jefes de Estado y de gobierno del G20 debaten cuestiones de política económica y monetaria mundial en sus reuniones periódicas ("Cumbres Económicas Mundiales").

La agrupación G20 se formó en 1999 tras una decisión de los ministros de finanzas del G7 en la cumbre de Colonia. La Cumbre Económica Mundial celebrada en Pittsburgh en 2009 decidió que el G20 sustituyera al G8 como organismo de cooperación económica mundial.

49 En aras de la cooperación en política monetaria, los países industrializados occidentales más importantes han unido sus fuerzas para formar el "*Grupo de los Diez*" (G10). Los miembros de este grupo acordaron poner a disposición del Fondo Monetario Internacional préstamos especiales. En la actualidad, el G10 está formado por Alemania, Bélgica, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón, Países Bajos, Reino Unido, Suecia y (como undécimo miembro posterior) Suiza.

50 En 1964, se formó en el seno de la UNCTAD un grupo de 77 países en desarrollo y de reciente industrialización para aunar sus intereses económicos comunes frente a los países industrializados: el G77. Este grupo comprende actualmente más de 130 países.

¹⁹² Declaración de La Haya, Servicio de Prensa e Información del Gobierno Federal, Comunicado de prensa n° 95/14 de 24 de marzo de 2014, párrafo 6.

- 51** En el marco de la Organización Mundial del Comercio, se han formado varios grupos de miembros para formular intereses comunes y llevarlos a las negociaciones. Antes de la conferencia de Cancún, se formó un grupo conocido como G21, compuesto por una serie de países en desarrollo y de reciente industrialización liderados por Brasil, India, China y Sudáfrica. En competencia con EEUU y la Unión Europea, se ha formado así un nuevo bloque de Estados cuyo principal objetivo es hacer valer determinados intereses agrícolas. Las exigencias del G21 incluyen, en particular, la mejora del acceso a los mercados agrícolas, la eliminación de las subvenciones a la exportación y la reducción de las subvenciones internas, teniendo en cuenta los intereses particulares de los países en desarrollo. Con la formación del G21, está surgiendo un cambio tectónico de énfasis dentro de la Organización Mundial del Comercio. Además, un grupo más amplio de países en desarrollo y emergentes encabezados por India y China se han unido para formar el grupo G33, que por un lado exigen la apertura de los mercados de los países industrializados, pero por otro están preocupados por proteger su propia agricultura. El grupo G90 está formado por un gran número de países más pobres y empobrecidos que se oponen a ciertas medidas de liberalización, por ejemplo en los servicios o las inversiones. El llamado "Grupo Cairns" (que incluye a Argentina, Australia, Brasil, Indonesia, Canadá, Colombia, Nueva Zelanda y Sudáfrica) está a favor de una amplia apertura de los mercados agrícolas (reducción de los derechos de importación y eliminación de las subvenciones que distorsionan la competencia).

f) Cooperación internacional de autoridades

Literatura:

M. S. Barr/G. P. Miller, Global Administrative Law: The View from Basel, *European Journal of International Law* Vol. 17 (2006), p. 15 y ss.; *S. Cassese*, *Research Handbook on Global Administrative Law*, 2016; *B. Kingsbury/N. Krisch/R. B. Stewart/J. B. Wiener* (eds.), *Law and Contemporary Problems* (School of Law Duke University), Vol. 68 No. 3/4 (2005); *E. D. Kinney*, The Emerging Field of International Administrative Law: Its Content and Potential, *Administrative Law Journal* 54 (2002), 415 y ss.; *N. Krisch/B. Kingsbury*, Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order, *European Journal of International Law* Vol. 17 (2006), p. 1 y ss.; *C. Möllers*, Verfassungs- und völkerrechtliche Probleme transnationaler administrativer Standardsetzung, *ZaöRV* 65 (2005), p. 351 y ss.; *S. D. Murphy*, Taking Multinational Corporate Codes of Conduct to the Next Level, *Columbia Journal of Transnational Law* 43 (2005), pp. 389 y ss.; *K. Raustiala*, The Architecture of International Cooperation: Transgovernmental Networks and the Future of International Law, *Virginia Journal of International Law* 43 (2002), p. 1 y ss.; *A.-M. Slaughter*, Un nuevo orden mundial, 2004; *this.*, *Governing the Global Economy through Government Networks* in: M. Byers, *The Role of Law in International Politics: Essays in International Relations and International Law*, 2000; *B. Stewart*, Administrative Law in the Twenty-First Century, *NYU Law Review* 78 (2003), p. 437 y ss.; *C. Tietje*, Global Governance and Inter-Agency Co-operation in International Economic Law, *JWT* 36 (2002), p. 501 y ss.; *A. Voßkuhle/C. Möllers/C. Walter* (eds.), *Internationales Verwaltungsrecht*, 2007; *D. Zaring*, Informal Procedure, Hard and Soft, in *International Administration*, *Chicago Journal of International Law* 5 (2005), p. 547 y ss.

- 52** En diversos ámbitos del derecho mercantil, la cooperación internacional entre organismos administrativos desempeña un papel cada vez más importante en el establecimiento de normas y en la aplicación administrativa. Hasta cierto punto, esta cooperación conduce a una autonomía institucional de los organismos nacionales implicados, en la que el Estado ya no aparece como una unidad de acción monolítica. La "desagregación" resultante del Estado da un margen considerable a la pericia oficial. Por otra parte, esta cooperación no está exenta de problemas desde el punto de vista de la legitimidad democrática y del control político. El proceso de información mutua y de coordinación entre las autoridades nacionales contribuye a una armonización suave de la práctica administrativa más allá de las normas internacionales vinculantes.

- 53** Los gobernadores de los bancos centrales del G10, Luxemburgo y España, así como - desde 2009 - Argentina, Australia, Brasil, la República Popular China, Hong Kong, India, Indonesia, México, Arabia Saudí, Singapur, Sudáfrica, Corea del Sur, Rusia y Turquía trabajan juntos en el *Comité de Supervisión Bancaria de Basilea* con la participación de los responsables de las respectivas autoridades de supervisión bancaria. Este comité adopta normas por consenso, por ejemplo, para los fondos propios o los préstamos de los bancos.¹⁹³ Aunque estas normas no son vinculantes según el derecho internacional, tienen una gran importancia práctica como directrices para la legislación nacional (o la legislación de la UE).

En el *Consejo de Estabilidad Financiera* (FSB), las autoridades miembros (como bancos centrales, ministerios de economía y hacienda o autoridades de supervisión financiera) trabajan conjuntamente para garantizar la estabilidad del sistema financiero. El Banco Central Europeo, la Comisión Europea, el Banco de Pagos Internacionales, el Fondo Monetario Internacional, la OCDE y el Banco Mundial también participan en el FSB.

- 54** Las autoridades supervisoras de valores de más de 100 países trabajan juntas en la *Organización Internacional de Comisiones de Valores* (ISCO), que está reconocida como organización sin ánimo de lucro de derecho privado de acuerdo con las leyes del Estado canadiense de Quebec. El *Comité Técnico* de la ISCO formula normas para la supervisión de los proveedores de servicios de valores en memorándum. Las autoridades nacionales de supervisión de seguros cooperan en la elaboración de normas bajo el paraguas de la *Asociación Internacional de Supervisores de Seguros* (IAIS), que es una asociación de derecho suizo con sede en Basilea. También existen diversas formas de cooperación entre las autoridades reguladoras de las telecomunicaciones y los servicios postales.
- 55** La *Red Internacional de Competencia* (ICN) proporciona a más de ochenta autoridades nacionales de competencia una forma de intercambio de experiencias que promueve la convergencia de las prácticas de supervisión en los distintos países. En la aplicación de la ley de competencia, un acuerdo bilateral entre la Unión Europea y EE.UU. ha situado la cooperación de las autoridades de competencia sobre la base de un tratado internacional especial.¹⁹⁴

g) Organizaciones internacionales no gubernamentales (*organizaciones no gubernamentales*)

Literatura:

C. F. Amerasinghe, Principles of the Institutional Law of International Organisations, 2ª ed. 2005; *R. Hofmann/N. Geissler* (eds.), Non-State Actors as New Subjects of International Law, 1999; *W. Hummer*, Internationale nicht-staatliche Organisationen im Zeitalter der Globalisierung, BDGVR Bd. 39; *E. Klein/S. Schmahl*, Die Internationalen und die Supranationalen Organisationen, en: *W. Graf Vizthum/A. Proelß* (eds.), Völkerrecht, 8ª ed. 2019, p. 247 y ss.; *L. Jordan/P. van Tuijl* (eds.), NGO Accountability: Politics, Principles and Innovations, 2006; *A.-K. Lindblom*, Non-Governmental Organisations in International Law, 2005; *H.-G. Schermers/N. M. Blokker*, International Institutional Law, 6ª ed. 2018; *D. Sarooshi*, International Organizations and their Exercise of Sovereign Powers, 2007.

193 Véase más adelante, § 14, 4.

194 Véase más adelante, § 17.

56 Además de las organizaciones internacionales basadas en tratados internacionales, existe un gran número de organizaciones internacionales no gubernamentales (*organizaciones internacionales no gubernamentales* - ONG), que se han convertido en parte integrante de la vida económica internacional. La creación de estas organizaciones no gubernamentales se rige por la legislación de un país concreto (normalmente el país en el que tienen su sede), del que derivan su capacidad jurídica. Entre ellas se encuentran la Cámara de Comercio Internacional de París (*Chambre de Commerce Internationale, International Chamber of Commerce, ICC*),¹⁹⁵ la Asociación de Transporte Aéreo Internacional (*International Air Transport Association, IATA*),¹⁹⁶ la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (*FIDIC - International Federation of Consulting Engineers*) y las organizaciones sindicales y patronales internacionales. Las organizaciones para la protección del medio ambiente (como *Greenpeace*), para la protección de los derechos humanos (como Amnistía Internacional) o para la lucha contra la corrupción (como *Transparencia Internacional*) desempeñan un papel considerable.

57 Durante mucho tiempo, las ONG que trabajan en redes internacionales han influido en el comportamiento de los agentes estatales y privados en competencia con los organismos estatales (y, por tanto, también con el control legitimado parlamentario).¹⁹⁷ Por ejemplo, muchas ONG participaron activamente en las controversias en torno al acuerdo transatlántico de libre comercio de la UE con EE.UU. (TTIP) y el Acuerdo sobre el Comercio de Servicios (TISA). Con ello, están desviando la atención de amplios sectores de la sociedad europea de los beneficios de dichos acuerdos para el crecimiento económico y el empleo en favor de los riesgos para el medio ambiente y la salud. Algunos ven ya a las ONG -exagerando eufóricamente- como las fuerzas determinantes de una "sociedad civil internacional" emergente.

Las organizaciones no gubernamentales pueden ejercer una presión internacional considerable. Así lo ilustró, por ejemplo, la lucha de *Greenpeace* contra el vertido de la plataforma petrolífera "*Brent Spar*" en alta mar por parte de la multinacional petrolera *Shell*. Sin embargo, *Greenpeace* había basado su campaña en una evaluación de riesgos empíricamente inadecuada y, en consecuencia, tendía a provocar una mayor contaminación medioambiental.¹⁹⁸ Estas campañas y la de algunas ONG contra los alimentos modificados genéticamente han provocado duras críticas que han culminado en acusaciones de "ecoimperialismo".¹⁹⁹

58 Las organizaciones no gubernamentales han logrado una eficacia considerable en el desarrollo y la aplicación de las normas medioambientales, por ejemplo participando con estatus de observador en las conferencias intergubernamentales sobre protección del medio ambiente o interviniendo en litigios medioambientales.²⁰⁰

195 A este respecto, *D. Martiny*, Cámara de Comercio Internacional (CCI), en: R. Wolfrum (ed.), MPEPIL, Vol. V, 2012, p. 408 y ss.

196 *P. Haanappel*, Asociación de Transporte Aéreo Internacional (IATA), en: R. Wolfrum (ed.), MPEPIL, Vol. V, 2012, p. 344 y ss.

197 *A. Reinisch*, Governance Through Accountability, GYIL 44 (2001), p. 270 y ss.; *T. Risse-Kappen*, (ed.), Bringing Transnational Relations Back in - Non-State Actors, Domestic Structures and International Institutions, 1995; *D. C. Thomas*, International NGOs, State Sovereignty and Democratic Values, Chicago Journal of International Law 2 (2001), p. 389 y ss.

198 *G. Prins/E. Sellwood*, Los problemas de seguridad mundial y el desafío al proceso democrático, en: D. Archibugi/D. Held/M. Köhler (eds.), Re-imagining Political Community, 1998, p. 252 y ss. (257 ¶¶).

199 *P. Driessen*, Ecoimperialismo, 2003, p. 19 y ss.

200 *U. Beyerlin*, The Role of NGOs in International Environmental Litigation, ZaöRV 61 (2001), p. 357 y ss.; *S. Riedinger*, Die Rolle nichtstaatlicher Organisationen bei der Entwicklung und Durchsetzung internationalen Umweltre-

La influencia de las ONG queda documentada, por ejemplo, por la Convención de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente (*UNECE – Convention on Access to Information Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters*)²⁰¹, que surgió en gran medida a instancias de las organizaciones no gubernamentales. La convención garantiza a las organizaciones no gubernamentales activas en el sector medioambiental (Artículo 2 párr. 5) un amplio acceso a la información relevante para el medio ambiente (Artículo 4 y ss.), la participación en la intervención pública en proyectos relevantes para el medio ambiente (Artículo 6 y ss.) y, por último, derechos especiales de acción (Artículo 9).

- 59 Además, cada vez se tienen más en cuenta las posiciones de las organizaciones no gubernamentales ante los tribunales internacionales o los organismos cuasi judiciales (como el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC).²⁰²

h) Empresas privadas y corporaciones transnacionales

Literatura:

J. Motte-Baumvol, Le règlement des différends à l'intention des entreprises multinationales. Quelques réflexions à partir des principes directeurs de l'OCDE, RGDI 118 (2014), p. 303 y ss.; *P. T. Muchlinski*, Multinational Enterprises and the Law, 3^a ed. 2021; *M. Ramsey*, International Law Limits on Investor Liability in Human Rights Litigation, Harvard International Law Journal 50 (2009), p. 271 y ss. 271 y ss.; *J. G. Ruggie*, Just Business: Multinational Corporations and Human Rights, 2013; *O. de Schutter* (ed.), Transnational Corporations and Human Rights, 2006; *L. Wildhaber/B. Großfeld/O. Sandrock/R. Birk*, Internationalrechtliche Probleme multinationaler Korporationen, BDGV, Vol. 18, 1978; *J. A. Zerk*, Multinationals and Corporate Social Responsibility, 2008.

- 60 El comercio internacional de bienes, servicios y pagos está impulsado principalmente por las empresas privadas. Los agentes privados de los mercados de capitales, especialmente los bancos, desempeñan un papel decisivo en la liquidez de los países financieramente más débiles. Por regla general, las empresas privadas están sujetas a la intervención pública de las autoridades reguladoras nacionales de su país de origen o del país extranjero en el que operan. Dependen de la protección diplomática de su país de origen contra la intervención de Estados extranjeros (como la expropiación de los activos de la empresa). Su nacionalidad viene determinada por su lugar de administración o por la ley que rige el establecimiento de la empresa.

En el caso *Barcelona Traction*, la Corte Internacional de Justicia tuvo que ocuparse de las medidas de derecho concursal contra una sociedad anónima que operaba en España a raíz de una demanda presentada por Bélgica contra España. La sociedad se había constituido con arreglo a la legislación canadiense, mientras que la mayoría de las acciones estaban en manos de nacionales belgas. La Corte Internacional de Justicia denegó a Bélgica el derecho a la protección diplomática en favor de los accionistas belgas: en vista de la independencia jurídica de la sociedad, el mero control por parte de los accionistas belgas no podía justificar la protección en

chts, 2001, p. 131 y ss.

201 BGBl. 2006, II p. 1251 y ss.; Convenio de enmienda de 2005, BGBl. 2009, II p. 794 y ss.

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

virtud del derecho internacional por parte de su Estado de origen sin circunstancias especiales (como la incapacidad de la sociedad para actuar).²⁰³

- 61** Sólo en casos especiales puede vincularse la protección diplomática a la nacionalidad de los accionistas que controlan la sociedad, a pesar de la independencia jurídica de una sociedad. En el caso de medidas contra una sociedad, la protección diplomática por parte del Estado de origen de los accionistas mayoritarios es admisible si un tratado internacional para la protección de los nacionales de los Estados contratantes se extiende también a los derechos de participación en sociedades.²⁰⁴
- 62** Se requiere una evaluación especial para las denominadas empresas "transnacionales" (o "multinacionales"). Se trata de empresas que tienen una presencia operativa en dos o más países con sus sedes administrativas, sucursales, filiales u otras formas de participación en unidades empresariales independientes y que se caracterizan por un poder económico considerable (medido por el volumen de negocios o el número de empleados). Las empresas transnacionales representan casi la mitad de las cien entidades económicas con mayor poder financiero del mundo. Gracias a la interconexión de sus estructuras operativas y de toma de decisiones, estas empresas pueden eludir el alcance de la legislación nacional con mucha más facilidad que otras entidades económicas privadas. Esta flexibilidad se aplica, por ejemplo, a la deslocalización de la producción o a la transferencia de beneficios dentro de un grupo de empresas.
- 63** La internacionalización de las estructuras empresariales se corresponde con la división internacional del trabajo y la especialización; sirve para optimizar las funciones empresariales transfronterizas en el intercambio de bienes e información, así como en la transferencia de capital. La competencia global exige una presencia en los distintos mercados nacionales que va más allá de las simples formas de comercio exterior o de negocios bajo licencia.
- 64** Las actividades de las empresas transnacionales suscitan una valoración ambivalente, sobre todo desde la perspectiva de los países en desarrollo. A menudo, los intereses reguladores nacionales legítimos sólo pueden hacerse valer de forma insuficiente frente a estas empresas debido a sus limitaciones territoriales. Algunas empresas transnacionales tienen una ventaja política y económica sobre determinados países en desarrollo en las negociaciones contractuales o, de otro modo, en la búsqueda de sus propios intereses. También existe la preocupación de que la fuerza económica vaya de la mano de la influencia en la política interna del país anfitrión. La catástrofe de la planta química de Bhopal (India) ha puesto de relieve la responsabilidad de las empresas transnacionales sobre las normas de seguridad en los países en desarrollo y la cuestión de la responsabilidad por los accidentes industriales.²⁰⁵ El comportamiento de las empresas transnacionales también se ha convertido repetidamente en objeto de animados debates en los países industrializados. Algunos ejemplos son la negativa de una empresa matriz a garantizar el pasivo de una filial insolvente y asegurar así la realización del plan social en favor de los trabajadores (caso *Badger*)²⁰⁶ o la falta de voluntad de la dirección de la empresa para

203 CIJ, *Bélgica contra España*, Informes de la CIJ 1970, p. 3.

204 CIJ, *caso ELSI*, Informes de la CIJ 1989, p. 15.

205 Por ejemplo, los artículos sobre la catástrofe de Bhopal en el *Texas International Law Journal* 20 (1985), p. 269 y ss.

206 Por ejemplo, *N. Horn*, Die Entwicklung des internationalen Wirtschaftsrechts durch Verhaltensrichtlinien, *RabelsZ* 44 (1980), p. 423 y ss. (436).

llevar a cabo negociaciones con los representantes de los trabajadores allí empleados cuando se cierra una filial extranjera. Otros problemas son la corrupción, la falta de consideración por las cuestiones medioambientales y las estrechas relaciones entre las empresas transnacionales y las empresas que violan los derechos humanos. Muchos de estos problemas están relacionados con la extracción de recursos naturales (como la producción de petróleo o la minería).

Por otra parte, las inversiones de las empresas transnacionales contribuyen de manera significativa al desarrollo industrial y tecnológico de los países más pobres y con infraestructuras más débiles. La presencia de dichas empresas es un factor clave para estimular el mercado laboral y mejorar la balanza de pagos.

- 65** Mientras que los países en desarrollo que actúan como "Estados anfitriones" de empresas extranjeras se centran en la "domesticación" del poder empresarial, las empresas con sede en los países industrializados se preocupan por proteger sus inversiones y garantizar la seguridad jurídica. Desde el punto de vista de la mayoría de los países industrializados, la expropiación sólo debería permitirse a cambio de una indemnización completa (a valor de mercado). Muchos países en desarrollo, en cambio, desearían dejar en gran medida en manos de la legislación nacional las condiciones de la expropiación. En el caso de los contratos entre una empresa y un Estado extranjero que están sujetos a la legislación nacional de ese Estado, se plantea la cuestión de si el Estado está efectivamente vinculado por su propia legislación nacional, que un Estado puede cambiar en cualquier momento. A veces, las empresas transnacionales con una posición negociadora fuerte consiguen "internacionalizar" los derechos que se les conceden en los contratos con un Estado extranjero, es decir, sustraerlos al alcance del derecho nacional de su socio contractual mediante un acuerdo contractual especial. Según una opinión predominante, tales acuerdos son posibles y proporcionan a la empresa una subjetividad limitada en virtud del derecho internacional.²⁰⁷
- 66** Los intereses contrapuestos de los países en desarrollo y las naciones industrializadas en el ámbito de la tensión entre protección y control se encuentran entre las cuestiones centrales de la disputa sobre un "nuevo orden económico mundial".²⁰⁸ La actitud de los países en desarrollo hacia las empresas transnacionales también ha cambiado a lo largo de los años. La desconfianza de los países en desarrollo hacia las empresas occidentales que prevalecía en la década de 1970 se ha visto eclipsada por la competencia por las inversiones de los países industrializados, debido principalmente a la crisis internacional de la deuda. El cambio de actitud hacia la inversión extranjera directa se refleja, por ejemplo, en la sustitución de la restrictiva Decisión nº 24 de la Comisión del Pacto Andino (1970)²⁰⁹, por la Decisión nº 220 (1987)²¹⁰ y, posteriormente, por la aún más liberal Decisión nº 291 (1991),²¹¹ que documenta la apertura a la inversión extranjera directa al prescindir de importantes restricciones.²¹²

207 Véase más abajo, § 22 y § 4, 3.

208 Véase más adelante, § 4, 4.

209 Reimpreso con modificaciones posteriores en: ILM 16 (1977), p. 138; véase, por ejemplo, *E. Lahera*, Quince Años de la Decisión 24: Evaluación y Perspectivas, 1986; *C. T. Oliver*; El Código Andino de Inversiones Extranjeras, AJIL 66 (1972), p. 763 y ss.

210 ILM 27 (1988), P. 974.

211 ILM 30 (1991), P. 1283 (1288).

212 Véase también la Decisión nº 292 (1991) de la Comisión sobre los códigos de conducta de las empresas multinacionales, ILM 30 (1991), p. 1295.

- 67 Recientemente, los tribunales nacionales se han ocupado en repetidas ocasiones de la responsabilidad civil de las empresas multinacionales, que relacionan con un comportamiento perjudicial de estas empresas en el extranjero o con un efecto en el extranjero. Se trata sobre todo de la responsabilidad por el comportamiento de las filiales o por los abusos de los proveedores.
- 68 Un problema recurrente es la responsabilidad de las empresas multinacionales por los daños causados por las filiales extranjeras. En el caso *Wiwa contra Shell*, familiares de activistas de derechos humanos de la región nigeriana de Ogoni han presentado una demanda contra empresas del grupo *Shell* por su presunta implicación en el asesinato y maltrato de activistas de derechos humanos por parte del entonces gobierno militar de Nigeria.²¹³ Una filial de la empresa holandesa *Shell Petroleum* llevaba mucho tiempo extrayendo crudo en la región de Ogoni; la producción de petróleo y la consiguiente contaminación del medio ambiente provocaron una feroz resistencia de la población local, que a su vez fue víctima de graves violaciones de los derechos humanos por parte de las fuerzas de seguridad nigerianas.²¹⁴ El grupo *Shell* negó cualquier responsabilidad, pero aceptó pagar varios millones de dólares estadounidenses en un acuerdo en 2009.²¹⁵ Algunos consideran este acuerdo como un precedente importante para la responsabilidad de las empresas multinacionales en materia de derechos humanos. Mientras tanto, el Tribunal Supremo de Estados Unidos ha restringido radicalmente la jurisdicción de los tribunales federales estadounidenses sobre presuntas violaciones de los derechos humanos fuera de Estados Unidos y ha expresado reservas fundamentales sobre la responsabilidad de las empresas por violaciones del derecho internacional²¹⁶.

La jurisprudencia británica ha desarrollado una serie de criterios que pueden establecer la responsabilidad de las empresas multinacionales por el comportamiento de las filiales en el extranjero ("razonabilidad, proximidad, previsibilidad"). Esto se refiere en particular al control operativo de procesos específicos (como la extracción de recursos naturales, el conocimiento superior o igual de la empresa matriz y la previsibilidad de los daños).

Por ejemplo, la sociedad matriz británica puede ser responsable de las emisiones nocivas de la mina de cobre explotada por una filial en Zambia si ejerce una influencia de control sobre las condiciones de producción de la filial zambiana o si ha decidido las normas de producción junto con la filial.²¹⁷ En estas condiciones, pueden surgir deberes de cuidado de la empresa controladora hacia los empleados de la filial o los vecinos que hayan sufrido daños. En este sentido, el Tribunal Supremo británico dictaminó en el caso *Vedanta Resources PLC v. Lungowe et al.* que las directrices de la sede central del grupo, supervisadas y aplicadas activamente, pueden establecer la responsabilidad conjunta de la empresa matriz por el comportamiento de las filiales controladas por ella:

213 Cf. la decisión del Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, Distrito Sur de Nueva York y la decisión del Tribunal de Apelación de los Estados Unidos para el Segundo Circuito, ambas disponibles en: <https://ccrjustice.org/home/what-we-do/our-cases/wiwa-et-al-v-royal-dutch-petroleum-et-al> (consultado el 3 de enero de 2022).

214 Véase más adelante, § 7, 3.

215 El acuerdo puede consultarse en: <http://wiwavshell.org/wiwa-v-shell-victory-settlement/> (consultado el 03 de enero de 2022).

216 Corte Suprema de EE. UU., *Kiobel contra Royal Dutch Petroleum*, 569 U. S. 108 (2013). Véase más adelante, § 9, 3 d.

217 *Lungowe et al. v. Vedanta Resources PLC et al.*, [2017] EWCA Civ 1528 (Lord Justice Simon), párr. 83.

"Puede demostrarse que las directrices del grupo sobre la minimización del impacto medioambiental de actividades intrínsecamente peligrosas, como la minería, contienen errores sistémicos que, al ser aplicados como es natural por una filial concreta, causan luego daños a terceros. [...] Incluso cuando las políticas de todo el grupo no den lugar por sí mismas a ese deber de diligencia para con terceros, pueden hacerlo si la empresa matriz no se limita a proclamarlas, sino que toma medidas activas, mediante la formación, la supervisión y el cumplimiento, para que sean aplicadas por las filiales pertinentes. Del mismo modo, me parece que la empresa matriz puede incurrir en la responsabilidad pertinente ante terceros si, en los materiales publicados, se presenta como si ejerciera ese grado de supervisión y control de sus filiales, aunque de hecho no lo haga. En tales circunstancias, su propia omisión puede constituir la abdicación de una responsabilidad que ha asumido públicamente."²¹⁸

En el caso de las directrices generales de la empresa matriz para el grupo que opera globalmente, depende de si controlan realmente el comportamiento de una filial que causa daños en la práctica del grupo.²¹⁹

- 69** En el caso *Jane Doe et al. v. WalMart*, un tribunal de apelación estadounidense abordó la responsabilidad de una empresa estadounidense por supuestas irregularidades en una empresa proveedora extranjera. En este caso, Walmart había obtenido ciertas garantías y derechos de inspección de un proveedor. En opinión del Tribunal de Apelación estadounidense, esto no establecía una relación jurídica directa entre Walmart y los empleados del proveedor.²²⁰
- 70** Un tema controvertido es la responsabilidad de las empresas en el cambio climático global causado por las emisiones. En la República Federal de Alemania, un terrateniente de los Andes peruanos ha demandado a una empresa energética alemana (RWE) para que le indemnice por las medidas de protección debidas a las emisiones de dióxido de carbono de las centrales eléctricas de carbón, que habrían provocado un aumento del deshielo de los glaciares como consecuencia del calentamiento global. La demanda fue desestimada en primera instancia por no poder probarse una contribución causal relevante en vista de la compleja causalidad²²¹. Por otro lado, en la instancia de apelación, el Tribunal Regional Superior de Hamm consideró que un índice de causalidad mensurable, incluso a un nivel bajo, era suficiente para la responsabilidad en una sentencia sobre pruebas.²²²

La sentencia en primera instancia de un tribunal holandés sobre la necesidad de que las empresas nacionales reduzcan sus emisiones de dióxido de carbono ha causado un gran revuelo. En el caso *Milieudefensie contra Royal Dutch Shell*,²²³ el tribunal de La Haya ordenó a la petrolera Shell que redujera las emisiones de sus propias actividades (área 1) y otras emisiones de la cadena de valor posterior (proveedores y clientes, incluidos los clientes finales, áreas 2 y 3) en un 45% en comparación con los niveles de 1990. En el caso de las emisiones propias de

218 *Vedanta Resources PLC et al. v. Lungowe et al* [2019] UKSC 20 (Lord Briggs), párrs. 52 f.

219 *Okpabi et al. v. Royal Dutch Shell Plc et al* [2021] UKSC 3 (Lord Briggs), párrs. 146 y ss.

220 Tribunal de Apelación del 9º Circuito de EE. UU., *Jane Doe contra Wal-Mart Stores Inc.*, nº 08-55706 (2009), párr. 10.

221 Véase Tribunal Regional de Essen, sentencia de 15 de diciembre de 2016 - 2 O 285/15; *W. Frank*, *Störerhaftung für Klimaschäden*, NVwZ 2017, p. 664 y ss.

222 OLG Hamm, sentencia de 30 de noviembre de 2017 - I-5 U 15/17, ZUR 2018, p. 118 y ss.

223 Rechtbank Den Haag, *Milieudefensie v. Royal Dutch Shell*, sentencia de 26 de mayo de 2021, C/09/571932/HA ZA 19-379 (traducción al inglés), ECLI:NL: RBDHA:2021: 5337.

la empresa, se trata de una obligación incondicional, mientras que el resto es una obligación de esforzarse:

"4.4.39. Por lo tanto, al formular la política corporativa del grupo Shell, RDS debe tomar como directriz que las emisiones de CO2 del grupo Shell (Alcance 1, 2 y 3) en 2030 deben ser netas un 45 % más bajas en relación con los niveles de 2019. Neto se refiere a la suma de la reducción de las emisiones de CO2 de toda la cartera energética del grupo Shell (Alcance 1, 2 y 3). Como se ha considerado anteriormente, RDS adopta acertadamente el punto de vista de que "la vía de reducción correcta" no puede determinarse para todos -todos los Estados y empresas- en todo el mundo. La directriz a la que se ha hecho referencia concede a RDS un margen de maniobra para desarrollar su particular vía de reducción y diferenciarse como considere oportuno, siempre y cuando consiga una reducción neta del 45 % de las emisiones de CO2 del grupo Shell (Scope 1 a 3) con respecto a 2019, lo que supone una obligación de resultados en lo que respecta a las actividades del grupo Shell. Con respecto a las relaciones comerciales del grupo Shell, incluidos los usuarios finales, esto constituye una obligación significativa de mejores esfuerzos, en cuyo contexto cabe esperar que RDS tome las medidas necesarias para eliminar o prevenir los graves riesgos derivados de las emisiones de CO2 generadas por ellos, y que utilice su influencia para limitar en la medida de lo posible cualquier consecuencia duradera. Una consecuencia de esta importante obligación puede ser que RDS renuncie a nuevas inversiones en la extracción de combustibles fósiles y/o limite su producción de recursos fósiles."

3. Responsabilidad social de las empresas y estándares de conducta para las empresas multinacionales

Literatura:

A. Birk/W. Heger, ¿Responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos? - Embedding Human Rights in Business Practise, ARSP 102 (2016), p. 128 ¶§; *E. Hoffberger*, Das französische Gesetz über die menschenrechtliche due diligence von Muttergesellschaften und Auftraggebenden Unternehmen, AVR 55 (2017), p. 465 ¶§; *S. Joseph*, Corporations and Transnational Human Rights Diligence, 2004; *M. Kaltenborn/J. Norpoth*, Global Standards for Corporate Social Responsibility, RIW 2014, p. 402 y ss.; *J. C. Ochoa Sanchez*, The Roles and Powers of the OECD National Contact Points Regarding Complaints on an Alleged Breach of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises by a Transnational Corporation, Nordic Journal of International Law 84 (2015), p. 89 y ss.; *B. Spießhofer*, Corporate Social Responsibility - "Indienstnahme" von Unternehmen für gesellschaftspolitische Aufgaben? en: Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (ed.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2016, p. 61 y ss.; *dies.*, Unternehmerische Verantwortung: Zur Entstehung einer globalen Wirtschaftsordnung, 2017; *C. Thoma-le/L. Hübner*, Zivilgerichtliche Durchsetzung völkerrechtlicher Unternehmensverantwortung, JZ 2017, p. 385 y ss.; *M. P. Weller/L. Kaller/A. Schulz*, Haftung deutscher Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland, AcP 2016, p. 388 ¶§; *G. Wagner*, Haftung für Menschenrechtsverletzungen, RabelsZ 80 (2016), p. 717 ¶§; *K. Weidmann*, Der Beitrag der OECD Guidelines for Multinational Enterprises zum Schutz der Menschenrechte, 2014.

- 71 El poder económico de las empresas transnacionales, su influencia política, sobre todo en los países más pobres, y la movilidad transfronteriza, con el posible aprovechamiento de las incoherencias normativas entre los distintos países, han impulsado los esfuerzos por formular normas internacionales para el comportamiento de las empresas transnacionales. Detrás de ello está el empeño por la "responsabilidad social de las empresas" en lo que respecta a los derechos humanos, la protección laboral y los derechos de los trabajadores, la protección del medio

ambiente, la transparencia y la no injerencia en los asuntos internos de los países de acogida.²²⁴ Las normas del derecho internacional y del derecho nacional se combinan con las normas de la ética empresarial. En un esfuerzo por lograr un equilibrio adecuado de intereses, varias organizaciones internacionales han respondido a la falta de mecanismos intergubernamentales para la supervisión de las empresas transnacionales elaborando *códigos de conducta*.²²⁵ La Cámara de Comercio Internacional, la Organización Internacional del Trabajo²²⁶ y los gobiernos de los países miembros de la OCDE han adoptado este tipo de códigos de conducta de carácter recomendatorio.

- 72 A partir de 2023, las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales²²⁷ han sido adoptadas por los Estados miembros de la OCDE y otros diez países como parte de la "Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales". Pretenden ser "recomendaciones para un comportamiento empresarial responsable en un contexto global". A pesar de la referencia a la inversión de la declaración anterior, las directrices de la OCDE se aplican de forma general al comportamiento de las empresas multinacionales.

Las *Directrices de la OCDE* contienen una lista de obligaciones generales de comportamiento de las empresas transnacionales en el capítulo II (apartado A.):

"Las empresas deben

1. Contribuir al progreso económico, medioambiental y social con vistas a lograr un desarrollo sostenible.
2. Respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos de las personas afectadas por sus actividades.
3. Fomentar el desarrollo de las capacidades locales mediante una estrecha cooperación con la comunidad local, incluidos los intereses empresariales, así como desarrollar las actividades de la empresa en los mercados nacionales y extranjeros, en consonancia con la necesidad de una práctica comercial sólida.
4. Fomentar la formación de capital humano, en particular creando oportunidades de empleo y facilitando las posibilidades de formación de los trabajadores.

224 M. Kaltenborn/J. Norpoth, Normas mundiales para la responsabilidad social de las empresas, RIW 2014, p. 402 y ss. Este esfuerzo quedó claramente expresado en el acuerdo TPP, por ejemplo: "Artículo 9.17. Responsabilidad social de las empresas. Las Partes reafirman la importancia de que cada Parte aliente a las empresas que operan en su territorio o están sujetas a su jurisdicción a incorporar voluntariamente en sus políticas internas aquellas normas, directrices y principios de responsabilidad social empresarial internacionalmente reconocidos que hayan sido respaldados o sean apoyados por esa Parte."

225 R. Blanpain, The OECD Guidelines for Multinational Enterprises and Labour Relations 1979-1982, 1983; B.-O. Bryde, Internationale Verhaltensregeln für Private, 1981; C. T. Ebenroth, Code of Conduct - Ansätze zur vertraglichen Gestaltung internationaler Investitionen, 1987; K. Hailbronner, Völkerrechtliche und staatsrechtliche Überlegungen zu Verhaltenskodizes für transnationale Unternehmen in: Festschrift für Hans-Jürgen Schlochauer zum 75. Geburtstag, ed. por I. v. Münch, 1981, p. 329 y ss.; N. Horn (ed.), Legal Problems of Codes of Conduct for Multinational Enterprises, 1980; J. Friedrich, Codes of Conduct, en: R. Wolfrum (ed.), MPEPIL, Vol. II, 2012, p. 264 y ss.; G. Schetting, UNO-Verhaltenskodex für transnationale Unternehmen, RIW 1983, p. 287 y ss.; H. Steeg, Internationale Verhaltensregeln für internationale Investitionen und multinationale Unternehmen, ZGR 1985, p. 1 y ss.; R. Weimar, Die wettbewerbsrechtliche Bedeutung internationaler Verhaltensregeln im Weltwirtschaftsrecht, RIW 1993, p. 85 y ss.

226 Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social, ILM 17 (1978), p. 422.

227 Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, edición de 2023, https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/oecd-guidelines-for-multinational-enterprises-on-responsible-business-conduct_81f92357-en (consultado el 12 de junio de 2023).

5. Garantizar la transparencia y la integridad en las actividades de los grupos de presión y abstenerse de solicitar o aceptar exenciones no contempladas en el marco legal o reglamentario relacionado con los derechos humanos, el medio ambiente, la salud, la seguridad, el trabajo, la fiscalidad, los incentivos financieros u otras cuestiones.
6. apoyar y defender los principios de buen gobierno corporativo y desarrollar y aplicar buenas prácticas de gobierno corporativo, incluso en todos los grupos empresariales.
7. desarrollar y aplicar prácticas de autorregulación y sistemas de gestión eficaces que fomenten una relación de confianza mutua entre las empresas y las sociedades en las que operan.
8. promover la concienciación y el cumplimiento por parte de los trabajadores empleados por empresas multinacionales con respecto a las políticas de la empresa mediante la difusión adecuada de estas políticas, incluso a través de programas de formación.
9. abstenerse de adoptar medidas discriminatorias o disciplinarias o de tomar cualquier otro tipo de represalias contra los trabajadores, los representantes sindicales u otros representantes de los trabajadores que denuncien de buena fe ante la dirección o, en su caso, ante las autoridades públicas competentes, prácticas contrarias a la ley, a las Directrices o a las políticas de la empresa.
10. Se abstengan de utilizar represalias y tomen medidas para evitarlas, incluso por parte de entidades con las que la empresa tenga una relación comercial, contra cualquier persona o grupo que intente investigar o plantear inquietudes sobre impactos adversos reales o potenciales asociados a las operaciones, productos o servicios de la empresa, o que lo haga. Esto incluye promover un entorno en el que las personas y los grupos se sientan seguros para plantear sus preocupaciones y, en su caso, contribuir a remediar los impactos adversos de las represalias cuando se produzcan.
11. Lleven a cabo una diligencia debida basada en el riesgo, por ejemplo, incorporándola a sus sistemas de gestión del riesgo empresarial, para identificar, prevenir y mitigar los impactos adversos reales y potenciales descritos en los párrafos 12 y 13, y den cuenta de cómo se abordan estos impactos. La naturaleza y el alcance de la diligencia debida dependen de las circunstancias de una situación concreta.
12. eviten causar o contribuir a causar impactos adversos en los asuntos cubiertos por las Directrices, a través de sus propias actividades, y aborden dichos impactos cuando se produzcan, incluso proporcionando o cooperando en la remediación de los impactos adversos.
13. tratar de prevenir o mitigar un impacto adverso cuando no hayan contribuido a ese impacto, cuando el impacto esté, no obstante, directamente vinculado a sus operaciones, productos o servicios por una relación comercial. Con ello no se pretende trasladar la responsabilidad de la entidad causante de un impacto adverso a la empresa con la que mantiene una relación comercial.
14. además de abordar los impactos adversos en relación con los asuntos cubiertos por las Directrices, alentar, cuando sea factible, a las entidades con las que una empresa tenga una relación comercial a que apliquen principios de conducta empresarial responsable compatibles con las *Directrices*.
15. comprometerse de forma significativa con las partes interesadas relevantes o sus representantes legítimos como parte de la realización de la diligencia debida y con el fin de proporcionar oportunidades para que sus opiniones sean tenidas en cuenta con respecto a las actividades que puedan afectarles de forma significativa relacionadas con los asuntos cubiertos por las *Directrices*.
16. abstenerse de cualquier participación indebida en actividades políticas".

- 73 Las Directrices de la OCDE no se consideran jurídicamente vinculantes (Capítulo I, n° 1, frase 3). Los mecanismos de supervisión desempeñan un papel central en las Directrices de la OCDE (Parte II de las Directrices). Los miembros de la OCDE y los demás países participantes han creado cada uno un punto de contacto nacional para supervisar el cumplimiento. Estos puntos de contacto nacionales deben investigar las quejas de las organizaciones no gubernamentales u otras partes interesadas de forma imparcial (*instance-specific procedure*). En esta fase del procedimiento, también puede ser útil la cooperación entre los puntos de contacto de los distintos países.

El caso de POSCO arroja luz sobre el potencial y las dificultades de dicha cooperación, que requiere cierto grado de coherencia para ser eficaz. Organizaciones no gubernamentales de varios países habían acusado a la empresa surcoreana POSCO y a su filial india, así como a una empresa holandesa y otra noruega con participaciones minoritarias en POSCO, de violar las directrices de la OCDE en materia de derechos humanos y normas medioambientales al planificar la construcción de una planta siderúrgica y una central eléctrica en India. A pesar de la cooperación entre los puntos de contacto holandeses, noruego y surcoreano, no fue posible lograr un resultado uniforme en la evaluación de la situación. El punto de contacto surcoreano fue el único que no vio la necesidad de seguir investigando durante la evaluación inicial, mientras que los demás puntos de contacto dieron por supuestas violaciones graves.²²⁸

Si un punto de contacto da fundamento a una queja, se consulta a las partes, se lleva a cabo una investigación y una posible mediación. Esta mediación ha facilitado a menudo la redacción de un acuerdo con una empresa.²²⁹ Si no se llega a un acuerdo entre las partes o si una de ellas se niega a cooperar, el procedimiento concluye con una (*declaración final*) declaración del punto de contacto (con posibles recomendaciones de medidas correctoras). Los puntos de contacto nacionales pueden entonces ocuparse de la aplicación de la declaración.²³⁰ Los centros de control nacionales no pueden tomar decisiones vinculantes. Sin embargo, pueden lograr un impacto externo considerable publicando los dictámenes ("*naming and shaming*"). El seguimiento por parte de los puntos de contacto confiere a las directrices de la OCDE un carácter híbrido en una zona gris entre *soft law* y la fuerza normativa vinculante. Las normas de comportamiento son tan no vinculantes para las empresas como las opiniones de los puntos de contacto nacionales. Sin embargo, el establecimiento de los puntos de contacto y su función de control se basan en una obligación de derecho internacional asumida por los Estados participantes y tiene lugar en la esfera soberana. Los dictámenes de los puntos de contacto forman parte de la práctica estatal y de la formación de convicciones conforme al derecho internacional.

228 Informe final del Punto Nacional de Contacto de los Países Bajos para las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre la Instancia Específica notificada por Lok Shakti Abhiyan, KTNC Watch, Fair Green and Global Alliance y Forum for Environment and Development relativa a un supuesto incumplimiento de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales por parte del Fondo de Pensiones neerlandés ABP y su Administradora de Pensiones APG, p. 7.

229 Por ejemplo, el acuerdo entre varias ONG y Nidera Holding B.V. sobre la política de derechos humanos de la empresa, sobre el cumplimiento y la supervisión de las obligaciones de diligencia debida en materia de derechos humanos en general y con respecto a la cadena de suministro en particular, y sobre los mecanismos de reclamación dentro de la empresa en el *Acuerdo entre Nidera Holdings B.V. y CEDHA, SOMO, Oxfam-Novib e INCASUR*, 25 de noviembre de 2011.

230 *Survival International v. Vedanta Resources*, Follow up Final Statement by the UK National Contact Point (2010), párrs. 11 y ss.

No está claro hasta qué punto las organizaciones sin ánimo de lucro están cubiertas por las Directrices de la OCDE como "empresas multinacionales". En el caso *Survival International contra el Fondo Mundial para la Naturaleza*, el punto de contacto suizo aceptó su responsabilidad en una investigación más detallada de las acusaciones contra una organización internacional de conservación de la naturaleza por complicidad en violaciones de los derechos humanos en Camerún.²³¹

En el caso *Global Witness contra Afrimex Ltd.*, el Punto Nacional de Contacto del Reino Unido descubrió que una empresa británica había realizado pagos a rebeldes de la República Democrática del Congo y se había abastecido de materias primas de minas que utilizaban mano de obra infantil y trabajo forzoso a través de otras empresas. La empresa había violado así las directrices de la OCDE. En relación con la cadena de suministro, la decisión hace hincapié en las obligaciones de diligencia debida ("*due diligence*") con respecto a las consecuencias de sus propias actividades empresariales. El punto de contacto del Reino Unido también se pronunció en el caso *DAS Air*²³², en el que una empresa de transporte aéreo de mercancías transportó grandes cantidades de cobalto en el Congo, a pesar de que existían grandes probabilidades de que procediera de la zona de conflicto del Congo, ocupada ilegalmente por fuerzas militares ugandesas.

Otras declaraciones de los puntos de contacto nacionales exigen una consulta y un equilibrio de intereses adecuados en relación con el impacto de los proyectos sobre la población local, por ejemplo en el caso *Survival International contra Vedanta Resources* en relación con una mina de bauxita en la India.²³³ La responsabilidad de los inversores institucionales como accionistas minoritarios (en el caso *POSCO*- como pequeños accionistas) de las empresas también es objeto de la práctica de adjudicación de los puntos de contacto nacionales.²³⁴ Aparece aquí un concepto amplio de responsabilidad empresarial de los inversores que no tienen influencia de control. En ocasiones, las conclusiones de los puntos de contacto nacionales derivan hacia una combinación difusa de normas jurídicas internacionales y expectativas éticas. En el caso de *Aker Kværner*, por ejemplo, el punto nacional de contacto noruego acusó a una empresa que había proporcionado servicios de infraestructura (como electricidad y suministro de agua) para el centro de detención de la Bahía de Guantánamo de no haber evaluado adecuadamente las implicaciones para los derechos humanos a la luz de las obligaciones internacionales del Estado anfitrión, es decir, EE.UU.²³⁵ Aunque las empresas no están directamente obligadas por los derechos humanos, deben someter sus actividades a un escrutinio ético. Se trata de un

231 Punto Nacional de Contacto de Suiza, *Survival International contra el Fondo Mundial para la Naturaleza*, Evaluación Inicial (2016). A pesar de un amplio entendimiento, las partes no lograron acordar un documento final conjunto. Tras una violación de la confidencialidad por parte del reclamante, el PNC suizo concluyó el procedimiento con recomendaciones para implementar el acuerdo alcanzado (Declaración final [2017], disponible en https://www.oecdwatch.org/cases/Case_457, consultada el 3 de enero de 2022).

232 Declaración del Punto Nacional de Contacto (PNC) del Reino Unido para las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales: *DAS Air*, 2008.

233 Punto Nacional de Contacto del Reino Unido para las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, Declaración final, *Survival International v. Vedanta Resources plc* (2009), párrs. 59 y ss.

234 Informe final del Punto Nacional de Contacto de los Países Bajos para las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales sobre la *Instancia Específica notificada por Lok Shakti Abhiyan, KTNC Watch, Fair Green and Global Alliance y Forum for Environment and Development relativa a un supuesto incumplimiento de las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales por parte del Fondo de Pensiones neerlandés ABP y su Administradora de Pensiones APG* (2013), párrs. 3.3. y 3.4 con ulteriores referencias.

235 Punto Nacional de Contacto noruego, Declaración, *Investigación del Foro para el Medio Ambiente y el Desarrollo sobre las actividades de Aker Kværner en la Bahía de Guantánamo* (2005), párrs. 12 y ss.

intento apenas velado de apuntar al cliente de la empresa, es decir, al gobierno estadounidense, desaprobándolo.

Según la jurisprudencia reciente de los puntos de contacto nacionales, las obligaciones de diligencia debida en materia de derechos humanos también pueden surgir en relación con la reventa de productos por parte de terceros para un fin no previsto por el fabricante. En el caso *Bart Stapert contra Mylan*, se acusó a un fabricante farmacéutico holandés de no haber tomado precauciones razonables contra la reventa de un medicamento autorizado para terapia muscular a administraciones penitenciarias estadounidenses que habían utilizado el producto para ejecuciones por inyección letal. El punto de contacto neerlandés ha pedido que se controle la reventa por parte de los compradores directos para evitar ese uso indebido.

- 74 En el marco de las Naciones Unidas, un grupo de trabajo creado por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas se ha esforzado por elaborar unas normas de conducta para las empresas transnacionales (*Proyecto de Código de Conducta de las Naciones Unidas sobre las Cooperaciones Transnacionales*).²³⁶

El Código de Conducta de la ONU debe formular normas para el comportamiento de las empresas transnacionales y para su trato por parte del Estado anfitrión, que sirvan de directrices para la política empresarial, para la estructuración de las relaciones contractuales y para el ejercicio del poder regulador nacional por parte del Estado anfitrión en el sentido de un sistema equilibrado de derechos y obligaciones. Según los proyectos actuales, tras el preámbulo y las disposiciones generales sobre el ámbito de aplicación (incluidas las definiciones individuales), el Código de Conducta de las Naciones Unidas contendrá tres partes operativas: normas sobre las obligaciones de comportamiento de las empresas transnacionales ("*Actividades*" parte), disposiciones sobre su trato por parte del país anfitrión respectivo ("*Trato*" parte) y, por último, disposiciones sobre la cooperación intergubernamental para aplicar los objetivos del Código. El objetivo principal de las obligaciones de comportamiento de las empresas es procurar su integración en el sistema de prioridades económicas y sociales del país de acogida. El objetivo es aumentar la autonomía de decisión de las unidades de negocio establecidas en el país de acogida, dar una consideración especial a los nacionales del país de acogida en el empleo y la gestión y alinear los precios de las transferencias internas con las condiciones del mercado libre ("*arm's length principle*"). En cuanto a la prohibición de medidas restrictivas, el proyecto de Código de Conducta de la ONU hace referencia al "*Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas*" elaborado por la UNCTAD y adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución de 5 de diciembre de 1980,²³⁷ esto se refiere en particular al cumplimiento de las obligaciones de cooperación y a la prohibición de acuerdos sobre precios y cuotas, comportamientos discriminatorios y medidas de dumping. Además, las empresas transnacionales deben contribuir a la transferencia de tecnología.²³⁸ Los trabajos sobre el Código de Conducta de la ONU para las Empresas Transnacionales se abandonaron a principios de la década de 1990.

236 Para los borradores existentes, véase ILM 23 (1984), p. 626; ECOSOC, Doc. E/1990/94, p. 3; ICSID Review 4 (1989), p. 135.

237 ILM 19 (1980), P. 813.

238 El *código* hace referencia al código de transferencia de tecnología que elaborará la UNCTAD; véase § 4, 4 más abajo.

En 2003, la antigua Subcomisión de la ONU para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos (un órgano subsidiario del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas) presentó un borrador de *"Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos"*.²³⁹ Estas "normas" incluyen el respeto del derecho a la igualdad de oportunidades y al trato no discriminatorio por motivos de raza, color, sexo, religión o discapacidad, el derecho a la seguridad física y los derechos de los trabajadores, el respeto de la soberanía nacional y de los derechos humanos, las obligaciones relativas a la protección de los consumidores y la protección del medio ambiente. Con las obligaciones postuladas en materia de derechos humanos de las empresas privadas, el borrador formulaba desideratas de política jurídica que (todavía) no están adecuadamente respaldadas por el derecho internacional consuetudinario y la práctica de los tratados. No obtuvo la aprobación de la ONU.

- 75 El Secretario General de la ONU nombró entonces a un Relator Especial sobre derechos humanos y empresas transnacionales, que ha presentado varios informes.²⁴⁰ En 2011, el Relator Especial de la ONU *John Ruggie* presentó su informe final (*"Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Aplicación del marco de las Naciones Unidas para ,proteger, respetar y remediar"*).²⁴¹ El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas "respaldó" formalmente estos principios (*"Principios Ruggie"*) en su Resolución 17/4.²⁴²

Los "Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos" tratan de la responsabilidad de los Estados sobre sus propias actividades económicas, del control de los Estados sobre las actividades de las empresas privadas en el marco de su soberanía personal (responsabilidad de supervisión de los Estados de origen) y de su soberanía territorial (responsabilidad de supervisión de los Estados de acogida) y de las empresas privadas. Los Principios Rectores constituyen obligaciones para los Estados de origen y de acogida responsables, así como normas para las empresas transnacionales en lo que respecta al respeto de los derechos humanos y a la evitación de violaciones de los derechos humanos en todas sus actividades empresariales:

"I. El deber del Estado de proteger los derechos humanos

A. Principios fundamentales

1. los estados deben proteger contra el abuso de los derechos humanos dentro de su territorio y/o jurisdicción por parte de terceros, incluidas las empresas comerciales. Esto requiere tomar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar tales abusos mediante políticas, legislación, reglamentos y adjudicaciones eficaces.

239 Doc. de la ONU E/CN. 4/Sub.2/2003/12/Rev.2(2003); véase también *D. Weissbrodt/M. Kruger*, AJIL 97 (2003), p. 901 y ss.

240 Véase, por ejemplo, *J. Ruggie*, *Business and Human Rights: Nuevos pasos hacia la puesta en práctica del marco "proteger, respetar y remediar"*, Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, Documento de la ONU A/HRC/14/27, 2010.

241 Véase *J. Ruggie*, "Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework" U.N. Doc A/HRC/17/31, Distr. 03/31/2011.

242 Doc. ONU A/HRC/RES/17/4 Resolución adoptada por el Consejo de Derechos Humanos *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales*.

2. los estados deben establecer claramente la expectativa de que todas las empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción respeten los derechos humanos en todas sus operaciones.

[...]

B. Principios operativos

Funciones reguladoras y políticas generales del Estado

3. En el cumplimiento de su deber de protección, los Estados deben:

(a) Aplicar las leyes que tengan por objeto o efecto exigir a las empresas que respeten los derechos humanos, y evaluar periódicamente la idoneidad de tales

leyes y abordar cualquier laguna;

(b) Garantizar que otras leyes y políticas que rigen la creación y el funcionamiento continuo de las empresas, como el derecho de sociedades, no limiten, sino que permitan el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas;

(c) Proporcionar una orientación eficaz a las empresas sobre cómo respetar los derechos humanos en todas sus operaciones;

(d) Alentar, y en su caso exigir, a las empresas comerciales que comuniquen cómo abordan sus impactos sobre los derechos humanos.

[...]

II La responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos

A. Principios fundamentales

11. Las empresas comerciales deben respetar los derechos humanos. Esto significa que deben evitar infringir los derechos humanos de los demás y deben abordar los impactos adversos sobre los derechos humanos en los que estén implicadas.

12. la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se refiere a los derechos humanos internacionalmente reconocidos - entendidos, como mínimo, como los expresados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo".

76 La obligación de respetar los derechos humanos hace referencia a la "Carta Internacional de Derechos Humanos" (el código internacional de derechos humanos, es decir, la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Asamblea General de la ONU de 1948, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la ONU de 1966 y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y

Culturales de la ONU de 1966) y a la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento de 1998²⁴³. El problema aquí es que la Declaración Universal de los Derechos Humanos sigue yendo más allá del derecho internacional consuetudinario existente en muchos aspectos y varios Estados no han ratificado los dos pactos de derechos humanos de la ONU de 1966 (por ejemplo, la República Popular China sólo ha firmado el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y Estados Unidos el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

77 La norma de "*diligencia debida en materia de derechos humanos*" desempeña un papel central para las empresas, que exige la diligencia debida en materia de derechos humanos no sólo dentro de la propia empresa, sino también en sus relaciones con los socios comerciales:

"17. Para identificar, prevenir, mitigar y dar cuenta de cómo abordan sus impactos adversos sobre los derechos humanos, las empresas deben llevar a cabo un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos. El proceso debe incluir la evaluación de los impactos reales y potenciales sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones y la actuación en consecuencia, el seguimiento de las respuestas y la comunicación de cómo se abordan los impactos. Diligencia debida en materia de derechos humanos:

(a) Deben abarcar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que la empresa pueda causar o a las que pueda contribuir a través de sus propias actividades, o que puedan estar directamente vinculadas a sus operaciones, productos o servicios por sus relaciones comerciales;

(b) Variarán en complejidad según el tamaño de la empresa, el riesgo de graves impactos sobre los derechos humanos y la naturaleza y el contexto de sus operaciones;

(c) Debe ser continua, reconociendo que los riesgos para los derechos humanos pueden cambiar con el tiempo a medida que evolucionan las operaciones y el contexto operativo de la empresa."

78 En 1977, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) presentó la denominada "*Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social*". Esta declaración se ocupa principalmente de la protección de los intereses individuales y colectivos de los trabajadores, tal y como se establece en los convenios y recomendaciones de la OIT. Para promover la responsabilidad de las empresas, la *Organización Internacional de Normalización* (ISO) ha adoptado la norma ISO 26000 (2010).²⁴⁴ Este conjunto de normas abarca, entre otras cosas, el respeto de los derechos humanos, la participación social, las relaciones laborales, la protección del medio ambiente, las prácticas empresariales justas y la protección de los consumidores. La Unión Europea ha introducido obligaciones de información para las empresas

243 Organización Internacional del Trabajo (OIT), Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento (versión de 2010), disponible en: <https://www.ilo.org/declaration/thedeclaration/textdeclaration/lang--en/index.htm> (consultado el 3 de agosto de 2022).

244 ISO, ISO 26000: 2010 - Guía sobre responsabilidad social. Para una visión general, véase: Ministerio Federal de Trabajo y Asuntos Sociales, DIN ISO 26000 "Orientación sobre la responsabilidad social de las organizaciones" - Una visión general, <https://www.bmas.de/DE/Service/Publikationen/a395-csr-din-26000.html> (consultado el 3 de enero de 2022).

transnacionales en forma de "declaración no financiera", que también incluye obligaciones de diligencia debida en las relaciones comerciales.²⁴⁵

79 A iniciativa del Secretario General e la ONU, las Naciones Unidas han desarrollado el llamado *Global Compact* cuyo objetivo es animar a las empresas multinacionales a comprometerse con los derechos humanos y las normas medioambientales y sociales.²⁴⁶ Esta iniciativa pretende crear una red de organizaciones de la ONU y empresas al servicio de objetivos específicos, que se derivan en particular de la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo y, por último, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.²⁴⁷ La atención se centra aquí en diez principios que deben guiar a las empresas de todo el mundo en sus actividades comerciales. En concreto, se trata de la protección de:

- Derechos humanos (apoyo y respeto de los derechos humanos reconocidos internacionalmente, evitar cualquier implicación de las empresas en violaciones de los derechos humanos),
- Normas laborales (respeto de la libertad de asociación y de la negociación colectiva, eliminación de todas las formas de trabajo forzoso, abolición del trabajo infantil y prevención de la discriminación en materia de empleo y ocupación),
- Medio ambiente (un enfoque preventivo de los impactos medioambientales, la adopción de iniciativas para una mayor responsabilidad medioambiental y el apoyo al desarrollo y uso de tecnologías respetuosas con el medio ambiente) y
- Anticorrupción (lucha contra todas las formas de corrupción, incluidas la extorsión y el soborno).

Los Principios de las Naciones Unidas para la Inversión Responsable de 2017 surgieron del *Pacto Mundial* y de la iniciativa financiera del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA).²⁴⁸ Se trata de alinear las actividades de inversión con criterios medioambientales, sociales y de gobernanza (ASG). Más de 2.000 empresas se han comprometido ya con estos principios.

80 La práctica más reciente de las empresas multinacionales muestra una considerable sensibilidad por el cumplimiento de las normas de conducta reconocidas internacionalmente, sobre todo en lo que respecta a los derechos humanos y la protección del medio ambiente. Un ejem-

245 Directiva 2014/95/UE por la que se modifica la Directiva 2013/34/UE en lo relativo a la divulgación de información no financiera y sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y grupos Texto pertinente a efectos del EEE, DO 2014 L 330/1, p. 6 y ss., Artículo 29 bis.

246 Sobre esto *A. Blüthner*, *Ein Globalisierungspakt über Werte und Effizienz*, en: St. Hobe (ed.), *Kooperation oder Konkurrenz internationaler Organisationen*, 2001, p. 72 y ss. Véase también <http://www.unglobalcompact.org> (consultado el 03 de enero de 2022).

247 Véase más adelante, § 6, 1.

248 Principios de la ONU para la Inversión Responsable (UNPRI), disponible en: <https://www.unpri.org/> (consultado el 03 de enero de 2022).

plo es la declaración conjunta de los Estados y el consorcio de empresas que participan en la construcción del oleoducto de Bakú a Ceyhan (oleoducto BTC).²⁴⁹ En una declaración especial, la empresa del oleoducto se ha comprometido a no hacer valer ninguna posición jurídica incompatible con los derechos humanos y las normas medioambientales definidas en la declaración conjunta.²⁵⁰

La Iniciativa para la Transparencia de las Industrias Extractivas (EITI) formula principios para la extracción de recursos naturales.²⁵¹ El Reglamento (UE) 2017/821 establece obligaciones especiales de diligencia debida para las empresas de la cadena de suministro cuando comercian con los denominados "minerales conflictivos" (como el estaño, el tantalio, el wolframio y el oro).²⁵² La OCDE ha desarrollado *Due Diligence Guidance* para promover cadenas de suministro responsables de minerales procedentes de zonas afectadas por conflictos y de alto riesgo.²⁵³ Estas directrices también contienen recomendaciones para combatir el blanqueo de dinero y la corrupción y para evitar el apoyo a los grupos armados.

- 81** Un nuevo instrumento para influir indirectamente en el comportamiento de las empresas en materia de derechos humanos y otras cuestiones de interés internacional (como la protección del medio ambiente o la lucha contra la corrupción) son las directrices para un comportamiento ético en las inversiones, como las que se aplican a algunos fondos soberanos.

Según la directriz del gobierno noruego para el fondo de pensiones estatal, las empresas pueden ser excluidas de las inversiones del fondo si existe un "riesgo inaceptable" de que las empresas estén implicadas en violaciones de los derechos humanos, daños medioambientales significativos, corrupción masiva u otras violaciones graves de las normas éticas fundamentales.²⁵⁴

- 82** Según la opinión predominante, las empresas privadas, como actores no estatales, no están obligadas por los derechos humanos.²⁵⁵ Los códigos de conducta de las organizaciones internacionales tampoco establecen ninguna obligación en virtud del derecho internacional y no convierten a las empresas multinacionales en sujetos del derecho internacional a este respecto. Sin embargo, existe un núcleo de obligaciones básicas en materia de derechos humanos que se aplican a los individuos y que incluso están sancionadas por el derecho penal internacional (como la prohibición del genocidio y las obligaciones humanitarias básicas en los conflictos

249 Joint Statement on the Baku-Tbilisi-Ceyhan Pipeline Project (2003); véase *R. Dolzer*, Menschenrechte im internationalen Wirtschaftsrecht, en M. Herdegen, H. Klein, H.-J. Papier, R. Scholz (eds.), Festschrift für Roman Herzog (2009), p. 55 y ss.

250 BTC Human Rights Undertaking of 22. 9. 2003, subsites.bp.com/caspian/Human%20Rights%20Undertaking.pdf (consultado el 03 de enero de 2022).

251 Los Principios y Criterios de la ITIE, <https://eiti.org/node/4922> (consultado el 03 de enero de 2022).

252 OJ 2017 L 130/1.

253 OCDE, OECD Due Diligence Guidance for Responsible Supply Chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas, https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/M-O/oecd-leitsaetze-fuer-die-erfuellung-der-sorgfaltspflicht.pdf?__blob=publicationFile&v=5 (consultado el 03 de enero de 2022).

254 Directrices de observación y exclusión del universo de inversión del Fondo de Pensiones del Gobierno Global, Artículo 2, <https://www.regjeringen.no/contentassets/9d68c55c272c41e99f0bf45d24397d8c/guidelines-for-observation-and-exclusion-from-the-gpfg--01.09.2019.pdf> (consultado el 03 de enero de 2022).

255 TEDH, *Mihalescu contra Rumania*, solicitud nº 47748/99 (2003). Sobre el problema *J. H. Knox*, Horizontal Human Rights Law, AJIL 102 (2008), p. 1 y ss.; *K. Schmalenbach*, Multinationale Unternehmen und Menschenrechte, AVR 39 (2001), p. 57 y ss.; *J. G. Ruggie*, Business and Human Rights: The Evolving International Agenda, AJIL 101 (2007), p. 819 y ss.; *G. Teubner*, Die anonyme Matrix: Sobre las violaciones de los derechos humanos por parte de actores transnacionales "privados", Der Staat, 2006.

armados). Los tratados universales y regionales de derechos humanos sólo se dirigen a los Estados contratantes.²⁵⁶ En lo que respecta a las intervenciones privadas, estos tratados establecen, como mucho, deberes de protección por parte de los Estados contratantes.

Sin embargo, también existen tendencias opuestas. En el caso *Urbaser contra la República Argentina*, un tribunal de arbitraje del CIADI sugirió que un inversor extranjero está sujeto a obligaciones en materia de derechos humanos (en este caso, con respecto al derecho al agua) en relación con una concesión de suministro de agua. Sin embargo, en opinión del tribunal de arbitraje, las obligaciones positivas de proteger los derechos humanos sólo deberían surgir para el Estado como otorgante de la concesión.²⁵⁷ En el caso *David Aven contra Costa Rica*, un tribunal de arbitraje de inversiones afirmó en principio que los inversores privados están obligados por las normas del derecho internacional (en este caso sobre protección del medio ambiente) y se refirió favorablemente al laudo arbitral del caso *Urbaser*.²⁵⁸ Las normas de la CEDEAO²⁵⁹ sobre inversiones y el tratado modelo de 2012 sobre protección bilateral de las inversiones de la Comunidad para el Desarrollo del África Meridional obligan directamente a los inversores a cumplir las normas de derechos humanos.²⁶⁰

En el caso *Jesner contra Arab Bank, PLC*, la Corte Suprema de Justicia de EEUU expresó dudas fundamentales sobre la posible responsabilidad de las personas jurídicas por violaciones del derecho internacional. Al hacerlo, el Tribunal Supremo se refiere principalmente al hecho de que la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional de Nuremberg, de los tribunales penales militares estadounidenses para el enjuiciamiento de crímenes de guerra y de los tribunales penales internacionales más recientes se limita a la responsabilidad de las personas físicas:

"La decisión consciente de la comunidad internacional de limitar la autoridad de estos tribunales internacionales a las personas físicas desaconseja sostener ampliamente que existe una norma específica, universal y obligatoria de responsabilidad de las empresas en virtud del derecho internacional actualmente vigente".²⁶¹

El Tribunal Supremo de Canadá se ha movido en una dirección diferente en la sensacional decisión del caso *Nevsun Resources contra Araya*.²⁶² En este caso, los trabajadores de una mina de Eritrea demandaron a la empresa operadora canadiense para obtener una indemnización por haber participado en trabajos forzados, tratos inhumanos y otras graves violaciones de los derechos humanos. Una estrecha mayoría del Tribunal Supremo canadiense falló a favor de una posible obligación de las empresas privadas de cumplir las normas básicas de derechos humanos y admitió a trámite la demanda por graves violaciones de los derechos humanos. La destacada opinión del juez Abell supone un desarrollo dinámico de la protección de los derechos humanos:

256 TEDH, *Mihalescu contra Rumanía*, denuncia nº 47748/99 (2003).

257 *Urbaser y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia y otros c. República Argentina*, Laudo, Caso CIADI No. ARB/07/26 (2016), párrs. 1193 y ss.

258 *David Aven c. Costa Rica*, Laudo Final, Caso UNCT/15/3 (2018), párrs. 731 y ss.

259 Comunidad Europea de Estados de África Occidental, Acta Complementaria A/Sa.3/13/08, Adopción de normas comunitarias en materia de inversión y modalidades de aplicación con la CEDEAO (2008).

260 Modelo de tratado bilateral de inversión de la SADC (2012), Artículo 15.

261 Corte Suprema de EE. UU., *Jesner contra Arab Bank, PLC*, 584 U.S. (2018), P. 15.

262 Tribunal Supremo de Canadá, *Nevsun Resources contra Araya*, Judg. v. 28 de febrero de 2020 2020 SCC 5, decisión mayoritaria (por el juez R. Abella).

"107. [...] [E]l derecho internacional se ha expandido tan plenamente más allá de sus orígenes grotianos que ya no existe ninguna base sostenible para restringir la aplicación del derecho internacional consuetudinario a las relaciones entre Estados. En los últimos 70 años se ha producido una proliferación del derecho de los derechos humanos que ha transformado el derecho internacional y ha convertido al individuo en parte integrante de este ámbito jurídico, lo que se ha reflejado en la creación de una compleja red de convenciones e instrumentos normativos destinados a proteger los derechos humanos y a garantizar su cumplimiento. [...]

113. Como resultado, en mi respetuosa opinión, no es ,claro y obvio‘ que las empresas disfruten hoy en día de una exclusión general, en virtud del derecho internacional consuetudinario, de la responsabilidad directa por violaciones de ,normas obligatorias, definibles y universales del derecho internacional‘, o de la responsabilidad indirecta por su implicación en lo que el profesor Clapham denomina ,delitos de complicidad‘ [...] Sin embargo, dado que algunas normas del derecho internacional consuetudinario son de carácter estrictamente interestatal, el juez de primera instancia tendrá que determinar si las normas específicas invocadas en este caso son de tal carácter. Si lo son, la cuestión para el tribunal será si el derecho consuetudinario debe evolucionar para ampliar el alcance de esas normas a fin de vincular a las empresas."

Como deja claro la minoría discrepante del tribunal, la opinión de la mayoría se basa únicamente en la invocación selectiva de declaraciones aisladas de la doctrina del derecho internacional, sin ninguna referencia a la práctica estatal.

Como resultado, a pesar de todos los nuevos avances, el compromiso directo de las empresas con los derechos humanos y otras normas del derecho internacional sigue estando en un terreno débil.

No obstante, un borrador de acuerdo presentado por algunos miembros del Consejo de Derechos Humanos de la ONU sobre la responsabilidad de las empresas multinacionales por violaciones de los derechos humanos ante los tribunales nacionales ("*Instrumento jurídicamente vinculante para regular, en el derecho internacional de los derechos humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, tercer borrador revisado*" a partir de 2021)²⁶³ se basa en el supuesto de que las empresas privadas pueden estar directamente vinculadas por las normas de derechos humanos. El artículo 8 del borrador establece:

"Artículo 8 Responsabilidad jurídica

8.1. Los Estados Parte velarán por que su derecho interno prevea un sistema amplio y adecuado de responsabilidad jurídica de las personas jurídicas y físicas que realicen actividades empresariales, dentro de su territorio, jurisdicción o bajo su control, por las violaciones de los derechos humanos que puedan derivarse de sus propias actividades empresariales, incluidas las de carácter transnacional, o de sus relaciones comerciales.

8.2 Los Estados Parte velarán por que su régimen interno de responsabilidad prevea la responsabilidad de las personas jurídicas sin perjuicio de la responsabilidad de las personas físicas, y

263 *Instrumento Jurídicamente Vinculante para Regular, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las Actividades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales*, Presidencia del OEIGWG Tercer Borrador Revisado del 17. 08. 2021.

no supedita la responsabilidad civil a la determinación de la responsabilidad penal o su equivalente por los mismos hechos.

[...]."

En particular, el proyecto establece que las personas físicas y jurídicas pueden ser consideradas responsables penal, civil y administrativamente en virtud de la legislación nacional por violaciones de los derechos humanos en relación con actividades empresariales transnacionales. El apartado 3 del artículo 8 reza así:

"Los Estados Parte adoptarán las medidas jurídicas y de otra índole necesarias para garantizar que su jurisdicción interna prevea sanciones penales, civiles y/o administrativas eficaces, proporcionadas y disuasorias cuando personas jurídicas o físicas que realicen actividades empresariales hayan causado o contribuido a causar violaciones de los derechos humanos."

- 83** En el caso *Milieudefensie contra Royal Dutch Shell*,²⁶⁴ un tribunal holandés también basó las obligaciones del Grupo Shell (derecho de responsabilidad civil) de reducir sus emisiones globales de dióxido de carbono a lo largo de toda la cadena de valor en *diligencia debida* normas desarrolladas por los Principios Rectores de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos y las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales:

"4.4.9. [...] Libertades Fundamentales (CEDH) y los artículos 6 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (en lo sucesivo también denominados conjuntamente: "los derechos humanos") se aplican en las relaciones entre los Estados y los ciudadanos. Milieudefensie et al. no pueden invocar directamente estos derechos humanos con respecto al SDR. Debido al interés fundamental de los derechos humanos y al valor para la sociedad en su conjunto que encarnan, los derechos humanos pueden desempeñar un papel en la relación entre Milieudefensie et al. y RDS. Por lo tanto, el tribunal tendrá en cuenta los derechos humanos y los valores que encarnan en su interpretación de la norma no escrita de atención. [...] En 2019, el Relator Especial de la ONU sobre Derechos Humanos concluyó lo siguiente: 'Ahora existe un acuerdo mundial de que las normas de derechos humanos se aplican a todo el espectro de cuestiones medioambientales, incluido el cambio climático' [...] Las graves e irreversibles consecuencias del peligroso cambio climático en los Países Bajos y en la región de Wadden [...] suponen una amenaza para los derechos humanos de los residentes holandeses y de los habitantes de la región de Wadden. [...]

4.4.11. En su interpretación de la norma no escrita de diligencia, el tribunal sigue los Principios Rectores de la ONU (UNGP) [...]. Los UNGP constituyen un instrumento de "derecho indicativo" autorizado y respaldado internacionalmente, que establece las responsabilidades de los Estados y las empresas en relación con los derechos humanos. Los UNGP reflejan los puntos de vista actuales. No crean ningún derecho nuevo ni establecen obligaciones jurídicamente vinculantes [...]. Los UNGP están en consonancia con el contenido de otros instrumentos de derecho indicativo ampliamente aceptados, como los "principios" del Pacto Mundial de las Naciones Unidas (PMNU) y las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (las directrices de la OCDE). Desde 2011, la Comisión Europea espera que las empresas europeas

264 Rechtbank Den Haag, *Milieudefensie v. Royal Dutch Shell*, sentencia de 26 de mayo de 2021, C/09/571932/HA ZA 19-379 (traducción al inglés), ECLI:NL:RBDHA:2021:5337.

cumplan con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, tal y como se formula en los UNGP. Por este motivo, los UNGP son adecuados como directriz en la interpretación de la norma no escrita de diligencia [...].

4.4.14. Se puede deducir de los UNGP y de otros instrumentos de soft law que está universalmente respaldado que las empresas deben respetar los derechos humanos. Esto incluye los derechos humanos consagrados en el PIDCP, así como otros "derechos humanos reconocidos internacionalmente", incluido el CEDH. Por ejemplo, las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (las Líneas Directrices de la OCDE) establecen lo siguiente[...]: "Las empresas deben, en el marco de las leyes, reglamentos y prácticas administrativas de los países en los que operan y teniendo en cuenta los acuerdos, principios, objetivos y normas internacionales pertinentes, tener debidamente en cuenta la necesidad de proteger el medio ambiente, la salud y la seguridad públicas y, en general, llevar a cabo sus actividades de forma que contribuyan al objetivo más amplio del desarrollo sostenible. En particular, las empresas deben: [...] En consonancia con la comprensión científica y técnica de los riesgos, cuando existan amenazas de daños graves al medio ambiente, teniendo también en cuenta la salud y la seguridad humanas, no utilizar la falta de certeza científica total como razón para posponer la adopción de medidas rentables para prevenir o minimizar dichos daños".

Esta decisión es un ejemplo impresionante de cómo las normas de "derecho indicativo", aparentemente no vinculantes, pueden dar lugar a deberes "duros" de conducta a través de la concretización del derecho nacional.

84 En 2017, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU presentó su comentario general sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto de Derechos Civiles, Sociales y Culturales de la ONU en relación con las actividades empresariales (Observación general nº 24 [2017], ILM 58 [2019], p. 872 y ss.). En él se formulan también las obligaciones extraterritoriales de los Estados de supervisar a sus propias empresas en lo que respecta a la protección y salvaguardia de las normas de derechos humanos en sus actividades transnacionales:

"30. La obligación extraterritorial de proteger exige a los Estados Partes que adopten medidas para prevenir y reparar las violaciones de los derechos del pacto que se produzcan fuera de sus territorios debido a las actividades de entidades empresariales sobre las que puedan ejercer control, especialmente en los casos en que los recursos de que disponen las víctimas ante los tribunales nacionales del Estado en el que se produce el daño no estén disponibles o sean ineficaces.

31. Esta obligación se extiende a cualquier entidad empresarial sobre la que los Estados Partes puedan ejercer control, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional aplicable. En consonancia con el alcance admisible de la jurisdicción en virtud del derecho internacional general, los Estados pueden tratar de regular las sociedades que estén domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción: esto incluye las sociedades constituidas con arreglo a sus leyes, o que tengan su sede estatutaria, administración central o centro de actividad principal en su territorio nacional. Los Estados Parte también pueden utilizar incentivos que no sean la imposición directa de obligaciones, como disposiciones en los contratos públicos que favorezcan a las entidades empresariales que hayan establecido mecanismos sólidos y eficaces de diligencia debida en materia de derechos humanos, con el fin de contribuir a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales en su país y en el extranjero.

32 Mientras que normalmente no se consideraría a los Estados Partes directamente responsables en el plano internacional de una violación de los derechos económicos, sociales y culturales causada por la conducta de una entidad privada (salvo en los tres supuestos recordados en el párrafo 11 de la presente observación general), un Estado Parte incumpliría las obligaciones que le incumben en virtud del Pacto cuando la violación revele que el Estado no ha adoptado medidas razonables que podrían haber evitado que se produjera el hecho. La responsabilidad del Estado puede verse comprometida en tales circunstancias incluso si otras causas han contribuido también a que se produzca la violación, e incluso si el Estado no hubiera previsto que se produciría una violación, siempre que dicha violación fuera razonablemente previsible. Por ejemplo, teniendo en cuenta los riesgos bien documentados asociados a la industria extractiva, se requiere una diligencia debida especial con respecto a los proyectos relacionados con la minería y los proyectos de explotación petrolífera.

33. En el cumplimiento de su deber de protección, los Estados Parte también deberían exigir a las empresas que hagan todo lo posible por garantizar que las entidades en cuya conducta puedan influir esas empresas, como las filiales (incluidas todas las entidades comerciales en las que hayan invertido, ya estén registradas con arreglo a las leyes del Estado Parte o a las leyes de otro Estado) o los socios comerciales (incluidos los proveedores, los franquiciados y los subcontratistas), respeten los derechos del Pacto. Debe exigirse a las empresas domiciliadas en el territorio y/o jurisdicción de los Estados Parte que actúen con la diligencia debida para identificar, prevenir y hacer frente a los abusos contra los derechos del Pacto cometidos por dichas filiales y socios comerciales, dondequiera que se encuentren. El Comité subraya que, aunque la imposición de esas obligaciones de diligencia debida tiene repercusiones en situaciones situadas fuera de los territorios nacionales de esos Estados, ya que deben prevenirse o abordarse las posibles violaciones de los derechos del Pacto en las cadenas mundiales de suministro o en los grupos multinacionales de empresas, ello no implica el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial por parte de los Estados afectados. Deben establecerse procedimientos adecuados de supervisión y rendición de cuentas para garantizar la prevención y el cumplimiento efectivos. Dichos procedimientos pueden incluir la imposición a las empresas de la obligación de informar sobre sus políticas y procedimientos para garantizar el respeto de los derechos humanos, y proporcionar medios eficaces de rendición de cuentas y reparación por los abusos de los derechos del pacto."

- 85** Varios Estados miembros de la OCDE han promulgado leyes sobre la responsabilidad de las empresas. Entre ellas se encuentran, por ejemplo, la ley sobre las obligaciones de diligencia debida de las empresas matrices en Francia²⁶⁵ y la *Ley sobre la Esclavitud Moderna* en el Reino Unido.²⁶⁶ En Alemania, la Ley de la Cadena de Suministro de 2021²⁶⁷ establece obligaciones de diligencia debida de gran alcance para las grandes empresas en sus relaciones con socios comerciales extranjeros, especialmente en lo que respecta a los derechos humanos y las normas medioambientales. La ley excluye la responsabilidad civil por violaciones de sus disposiciones (Sección 3 (3) de la Ley de la Cadena de Suministro).

265 Loi No. 2017-399 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, 27. 03. 2017.

266 Ley sobre la esclavitud moderna de 2015, 2015c. 30, inbes. 54.

267 Véase también *E. Hoffberger-Pippan*, Ein Lieferkettengesetz für Deutschland zur Einhaltung der Menschenrechte - Eine Ersteinschätzung aus völkerrechtlicher Sicht, AVR 58 (2020), p. 400 y ss.; *A Zimmermann/N. Weiß*, Parámetros de derecho internacional y constitucional de una ley alemana sobre la cadena de suministro, AVR 58 (2020), p. 424 y ss.

El proyecto de directiva de la Comisión sobre la responsabilidad de las empresas en materia de sostenibilidad a partir de 2022²⁶⁸ va más allá de la ley alemana sobre la cadena de suministro en aspectos clave. Los umbrales de aplicabilidad son más bajos; las empresas con 500 empleados (en algunas zonas, empresas con sólo 250 empleados) y un volumen de negocios anual relativamente modesto estarán cubiertas. La Comisión calcula que alrededor de 13.000 empresas de la UE estarán directamente cubiertas. Las obligaciones de diligencia debida se extienden (1) a las actividades comerciales propias de una empresa, (2) a las empresas controladas por ella y (3) a las relaciones comerciales ascendentes y descendentes en la cadena de suministro (es decir, la subcontratación y el uso o la eliminación de un producto). También se aplican a los proveedores indirectos. El proyecto pretende penalizar las infracciones con multas masivas. Sobre todo, prevé la responsabilidad civil por los impactos adversos sobre los derechos humanos y el medio ambiente que la diligencia debida hubiera evitado o minimizado. Con respecto a los socios comerciales indirectos, se aplicará una norma de responsabilidad más indulgente.

4. Debate sobre un nuevo orden económico mundial

Literatura:

R. Caldera, Las bases jurídicas de un nuevo orden internacional, RdC 196 (1986 I), p. 387 y ss.; *D. Carreau*, Le nouvel ordre économique international, JDI 104 (1977), p. 595 y ss.; *J. Castañeda*, La Charte des droits et devoirs économiques des États, AFDI 20 (1974), p. 31 y ss.; *D. Ch. Dicke* (ed.), Foreign Debts in the Present and a New International Economic Order, 1986; *R. R. Ferrer* (ed.), Exégesis de la Carta de derechos y deberes económicos de los Estados, 1976; *J. Makarczyk*, Principios de un nuevo orden económico internacional, 1988; *T. Oppermann*, "Neue Weltwirtschaftsordnung" und internationale Wirtschaftsrecht, en: Festschrift für Karl Carstens zum 70. Geburtstag, Band I, 1984, p. 449 y ss.; *T. Oppermann/E.-U. Petersmann* (eds.), Reforming the International Economic Order, 1987; *E.-U. Petersmann*, Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, en: EPIL, Vol. I, 1992, p. 561 y ss.; *Ch. Tomuschat*, Die Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten, ZaöRV 36 (1976), p. 444 y ss.; *M. Virally*, La Charte des droits et devoirs économiques des États, AFDI 20 (1974), p. 57 y ss.; *T. W. Wälde*, A Requiem for the "New International Economic Order", en: E. Hafner et al. (eds.), Liber Amicorum Professor Seidl-Hohenveldern, 1998, p. 771 y ss.

- 86** La brecha de prosperidad entre los países industrializados y los países en desarrollo y los esfuerzos de estos últimos por hacerse oír con más fuerza en las relaciones económicas internacionales han desencadenado llamamientos en favor de un "nuevo orden económico mundial" (*new economic order*). Esto va unido a todo un conjunto de reivindicaciones políticas y económicas. Esta preocupación de los países en desarrollo encontró su expresión más duradera en la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados de 1974, que fue adoptada como resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas por una gran mayoría de los Estados miembros, con el rechazo o la abstención de los países industrializados más importantes.²⁶⁹ En particular, la Carta hace hincapié en la soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales y en su poder para regular la actividad económica en su territorio, especialmente en lo que respecta a las inversiones extranjeras de las empresas transnacionales. Los Estados deben poder nacionalizar la propiedad extranjera previa *indemnización adecuada* ("*indemnización adecuada*") (Artículo 2 párr. 2 *lit. c*). En particular, la Carta está comprometida con la solidaridad en el seno de la comunidad internacional, especialmente hacia los países

268 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las obligaciones de diligencia debida de las empresas en relación con la sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, COM (2022) 71 final, 2022/051 (COD).

269 GA Res. 3281 (XXIX), UNYB 1974, p. 402.

económicamente más débiles, y con la promoción de su desarrollo. En este contexto, la Carta subraya, por ejemplo, la importancia de la transferencia internacional de tecnología (Artículo 13 párr. 2), la garantía de precios estables y razonables de los productos básicos (Artículo 5 y 14) y el trato preferente a los países en desarrollo por parte de los países industrializados, en particular mediante preferencias arancelarias concedidas unilateralmente (Artículo 18). Detrás de la demanda de un trato preferente está la consideración de que un trato igualitario formalmente entendido de los miembros individuales de la comunidad internacional perpetúa en última instancia el trato discriminatorio de los países en desarrollo. El trato preferente en las relaciones económicas internacionales suele estar vinculado al proceso de descolonización.

- 87** La Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados, al igual que otras resoluciones similares sobre la reorganización de las relaciones económicas internacionales, no es vinculante. Su importancia para la formación de convicciones en la comunidad internacional se ve significativamente disminuida por el comportamiento de voto de los países industrializados. La Declaración de Seúl de la Asociación de Derecho Internacional de 1986 sobre el desarrollo progresivo de los principios de derecho internacional público relativos a un nuevo orden económico internacional (*Declaration on the Progressive Development of Principles of Public International Law Relating to a New International Economic Order*)²⁷⁰ puede reivindicar un mayor grado de consenso.

En sus esfuerzos por lograr un equilibrio adecuado entre los intereses de los países industrializados y los de los países en desarrollo, esta resolución se ajusta más a las normas del derecho internacional consuetudinario previamente reconocidas (como el trato a los inversores extranjeros y los mecanismos de protección jurídica acordados contractualmente) que la Carta de las Naciones Unidas sobre los Derechos y Deberes Económicos de los Estados.

- 88** Estrechamente vinculado a la reivindicación de un nuevo orden económico mundial está el reconocimiento de un derecho *al desarrollo*, que se deriva en particular del derecho de los pueblos a la autodeterminación y que a menudo se interpreta como la base de una obligación de apoyar a los Estados económicamente más ricos.²⁷¹ Sin embargo, los contornos de tal derecho siguen siendo muy inciertos.
- 89** Algo más concreta que el vago derecho al desarrollo es la demanda de los países en desarrollo de transferencia de tecnología en el sentido de participación en los conocimientos económicos y técnicos y en la adquisición de los propios procesos técnicos de producción.²⁷² El acceso de los países en desarrollo a las nuevas tecnologías debe ser realizado por los propios países industrializados, a través de las organizaciones internacionales y las empresas transnacionales.

270 International Law Association, Report of the Sixty-Second Conference (1986), p. 2 y ss.; véase también T. Oppermann, Die Seoul-Erklärung der International Law Association vom 29-30 August 1986 über die fortschreitende Entwicklung von Völkerrechtsprinzipien einer neuen Weltwirtschaftsordnung, en: Festschrift für Ignaz Seidl-Hohenveldern, 1988, p. 449 y ss.

271 Véase, por ejemplo, la parte I, n° 6 de la Resolución de la ILA de Seúl (loc. cit.); K. M'Baye, Le droit au développement comme un droit de l'homme, Revue des droits de l'homme 5 (1972), p. 505 y ss.; H. Petersmann, El derecho al desarrollo en las Naciones Unidas: una oportunidad para reforzar la participación popular en el desarrollo, en: Festschrift für Karl Josef Partsch zum 75. Geburtstag, 1989, p. 125 y ss.; Ch. Tomuschat, Das Recht auf Entwicklung, GYIL 25 (1982), p. 85 y ss.

272 Por ejemplo, H. Ballreich, Technologietransfer als Völkerrechtsproblem, GYIL 24 (1981), p. 329 y ss.; M. Wai-bel/W. Alford, Technology Transfer, en: R. Wolfrum (ed.), MPEPIL, vol. IX, 2012, p. 801 y ss.; P.-T. Stoll, Technologietransfer, Internationalisierungs- und Nationalisierungstendenzen, 1994.

En el marco de las Naciones Unidas, la *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo* está elaborando un código de conducta sobre la transferencia de tecnología.²⁷³ Cabe señalar que una forma de transferencia de tecnología es el hecho de que los derechos de propiedad industrial estén limitados en el tiempo y que la invención pase a ser propiedad común de acuerdo con la descripción de la patente una vez transcurrido un determinado periodo. Por supuesto, la utilización de estos conocimientos requiere los instrumentos técnicos necesarios para su aplicación. Por regla general, la base para dicha utilización se crea sobre la base de un acuerdo de licencia, a menudo en relación con la creación de instalaciones de producción completas ("*contratos llave en mano*"). Resulta interesante el "Mecanismo Institucional Internacional" previsto en el Código de la UNCTAD, cuyo objetivo es supervisar la aplicación del Código de Conducta y proporcionar una evaluación de su rendimiento. Si se organiza adecuadamente en términos de personal y de derecho procesal, parece posible que dicho instrumento pueda contribuir de forma significativa a equilibrar los intereses en el ámbito del progreso tecnológico. Además, es importante que los incentivos a la inversión para las empresas de los países industrializados y su disposición a cooperar se mantengan en el contexto de la transferencia de tecnología y no sufran una erosión de los derechos de propiedad industrial.

- 90 La regulación de la transferencia de tecnología para la utilización de los fondos marinos en alta mar más allá de cualquier derecho soberano de los Estados costeros es un problema tan importante como delicado. Se trata sobre todo de la extracción de nódulos de manganeso y otras formas de explotación minera de los fondos marinos, que sólo pueden plantearse empresas con un desarrollo tecnológico puntero. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982²⁷⁴ reconoce los fondos marinos y sus tesoros económicamente explotables como "*patrimonio común de la humanidad*" y asigna a la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (con sede en Jamaica) una autoridad reguladora exhaustiva para su uso (Parte XI de la Convención). La Autoridad Internacional de los Fondos Marinos no sólo regula el acceso a la explotación económica (mediante la expedición de licencias de exploración y explotación previo pago de una tasa), sino que también participa en la propia explotación minera de los fondos marinos a través de su propia "*empresa*". El régimen de transferencia de tecnología bajo la supervisión de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos es especialmente controvertido.²⁷⁵ La Convención sobre el Derecho del Mar establece que la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos debe promover la transferencia de tecnología en favor de los países en desarrollo (Artículo 144). Además, la Convención sobre el Derecho del Mar estipula que los Estados contratantes deben cooperar en aras de la transferencia de tecnología marina en condiciones equitativas (Parte XIV, Artículo 266). Se ha criticado en particular la obligación de que las empresas mineras pongan su tecnología a disposición de la "empresa" de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos en "condiciones comerciales justas y razonables" si, a su juicio, este organismo no puede obtener esta tecnología u otra comparable en el mercado abierto en condiciones razonables (Anexo III, Artículo 5 párr. 3 *lit.* a). Este régimen de transferencia forzosa de tecnología imponía a la minería de aguas profundas unas condiciones francamente inaceptables desde la perspectiva de algunos países industrializados y fue la razón decisiva del rechazo de la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982 por parte de importantes países tecnológicamente avanzados. Además, varios países industrializados occidentales temían verse superados por los países en desarrollo en la Autoridad de los Fondos Marinos. Otra preocupación de los países industrializados se refería a una posible modificación del tratado en su detri-

273 Véase ILM 19 (1980), p. 773 y ss.; *W. Fikentscher*, *The Draft International Code of Conduct on the Transfer of Technology*, 1980; *P. Roffe*, UNCTAD: *Code of Conduct on Transfer of Technology*, JWT 19 (1985), p. 669 y ss.

274 BGBl. 1994 II, p. 1799 El convenio entró en vigor en noviembre de 1994.

275 *S. D. Yarn*, *The Transfer of Technology and UNCLOS III*, *Georgia Journal of International and Comparative Law* 14 (1984), p. 121 y ss.

mento por mayoría cualificada. Estas preocupaciones bloquearon el camino hacia la necesaria amplia aceptación de la Convención sobre el Derecho del Mar. Por este motivo, el Secretario General de las Naciones Unidas trabajó en la negociación de un acuerdo sobre la aplicación de la Parte XI de la Convención de 1994 sobre el Derecho del Mar incluso antes de que la Convención entrara en vigor.²⁷⁶ Este acuerdo complementario tiene en cuenta en gran medida las preocupaciones de los países industrializados. En concreto, se refuerza significativamente la posición de los países industrializados en el Consejo (a su vez mejorado) de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos. La desviación del principio de estricta igualdad formal con el privilegio de Estados individuales (industrializados) y grupos de Estados representa un enfoque interesante para el desarrollo del derecho de las organizaciones internacionales en aras de la aceptación universal.²⁷⁷ Las condiciones para las concesiones mineras se hacen mucho más atractivas para los inversores en el sentido de las normas de la economía de mercado que en el sistema original (véase el anexo, sección 5 del Convenio de la Parte XI de la Convención sobre el Derecho del Mar). Además, se hace prácticamente imposible un cambio al (nuevo) régimen de minería de aguas profundas ante la resistencia de los países industrializados. Es interesante observar que esta modificación de gran alcance de la Convención sobre el Derecho del Mar no ha sido adoptada en el procedimiento de enmienda previsto en ella, sino que es objeto de una resolución de la Asamblea General. El preámbulo del nuevo acuerdo se refiere discretamente a los cambios que se han producido en el clima político y económico desde la adopción de la Convención sobre el Derecho del Mar "con una mayor atención a los *enfoques orientados al mercado*". Este acuerdo de modificación de la Convención sobre el Derecho del Mar documenta el realismo basado en el mercado en el seno de toda la comunidad internacional y puede entenderse, sólo con una ligera exageración, como un réquiem por el nuevo orden económico mundial. La primera solicitud de exploración de la República Federal de Alemania fue aprobada por la autoridad de los fondos marinos a mediados de 2005.

- 91** La transferencia de tecnología desempeña un papel importante en el contexto de la protección medioambiental basada en tratados.²⁷⁸ El artículo 10A del *Protocolo de Montreal* del Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono²⁷⁹ contiene una obligación de notable alcance de adoptar "todas las medidas posibles" para garantizar la rápida transferencia de tecnología. Sin embargo, en la práctica posterior del tratado, esta obligación no se cumplió mediante la transferencia directa de tecnología por parte de los países industrializados o de su sector privado, sino mediante el apoyo financiero en el marco de un fondo de financiación multilateral (artículo 10 del Protocolo de Montreal). El compromiso más blando de transferencia de tecnología de la *Convención de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*²⁸⁰ (artículo 4 párr. 5) también se ha aplicado a través de un mecanismo de financiación que, según las decisiones de las Partes, se encuentra en el Fondo para el Medio Ambiente Mundial del Banco Mundial.

276 Convenio relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (Anexo, Sección 3), BGBl. 1994 II, p. 256; véase *D. H. Anderson*, *Resolution and Agreement Relating to the Implementation of Part XI of the UN Convention on the Law of the Sea: A General Assessment*, ZaöRV 55 (1995), p. 277 y ss.; *G. Jaenicke*, *The United Nations Convention on the Law of the Sea and the Agreement Relating to the Implementation of Part XI of the Convention*, en: *Festschrift für Rudolf Bernhardt*, 1995, p. 121 y ss.; *B. H. Oxman et al.*, *Law of the Sea Forum: The 1994 Agreement on Implementation of Seabed Provisions of the Convention of the Law of the Sea*, AJIL 88 (1994), p. 687 y ss.

277 Por ejemplo, *R. Wolfrum*, *El proceso de toma de decisiones según la Sección 3 del Anexo del Acuerdo de Aplicación: ¿Un modelo a seguir por otras organizaciones económicas internacionales?*, ZaöRV 55 (1995), p. 310 y ss.

278 Véase *F. Bloch*, *Technologietransfer zum internationalen Umweltschutz*, 2007.

279 Protocolo de Montreal de 1987 relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, versión revisada BGBl. 2003 II, p. 345.

280 BGBl. 1993 II, p. 1784; ILM 31 (1992), p. 848.

Estos mecanismos contractuales reflejan la posición negociadora relativamente fuerte de los países en desarrollo frente a los países industrializados, que tienen un interés considerable en que se adopten medidas eficaces de protección medioambiental en los países en desarrollo.

- 92 En el ámbito de la "biotecnología" también se plantean importantes cuestiones de transferencia de tecnología. El *Convenio de Río sobre la Diversidad Biológica*²⁸¹ prevé la transferencia de tecnología para la utilización económica y de otro tipo de los recursos genéticos (Artículo 16 párr. 1) y el reparto adecuado de los beneficios entre los respectivos países de origen y sus partes contratantes (Artículo 15 párr. 7).

§ 5. Orden económico europeo

1. El mercado interior europeo y las libertades de mercado

Literatura:

W. Frenz, *Handbuch Europarecht, Band 1: Europäische Grundfreiheiten*, 2ª ed. 2012; referencias adicionales en § 3, 2.

- 1 La Unión Europea tiene amplias competencias económicas. El objetivo económico central de la Unión Europea es la realización del mercado interior (artículo 26 del TFUE). Según el artículo 26 (2) del TFUE, el mercado interior comprende "un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado". La libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales constituye, por tanto, el núcleo del mercado interior.
- 2 La Unión Europea se basa en una unión aduanera que abarca todo el comercio de mercancías (artículo 28 (1) TFUE) y en la que la libre circulación de mercancías está garantizada por la prohibición de las restricciones cuantitativas a la importación y exportación y las medidas de efecto equivalente (artículo 34 f. TFUE).²⁸²
- 3 La libre circulación de personas incluye la libre circulación de trabajadores (artículo 45 y s. TFUE) y la libertad de establecimiento con fines empresariales (Artículo 49 y ss. TFUE). La libre circulación de trabajadores incluye, en particular, la protección del derecho de entrada y residencia en otros Estados miembros y la eliminación de la discriminación en la vida laboral por motivos de nacionalidad. La libertad de establecimiento abarca el acceso a las actividades económicas por cuenta propia y su ejercicio, incluida la creación de sucursales o filiales (véase el Artículo 49, apdo. 2 TFUE). En la actualidad, un gran número de directivas y reglamentos han mejorado el marco jurídico de la libre circulación de personas, por ejemplo mediante disposiciones sobre el derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia y de los miembros de sus familias, sobre la coordinación de los derechos de seguridad social, sobre la armonización del derecho de sociedades y sobre el reconocimiento de las cualificaciones profesionales.

281 Convenio de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica, ILM 31 (1992), p. 818; BGBl. 1993 II, p. 1742; véase más abajo, § 8, 6.

282 Véase más adelante, § 12, 2.

- 4 Los principios estructurales del mercado interior se basan en los principios de la economía de mercado. Sin embargo, se pueden encontrar elementos de economía planificada en las disposiciones sobre agricultura (Artículo 38 y ss. TFUE y la legislación secundaria relacionada) y anteriormente en las disposiciones del (caducado) Tratado de la Comunidad del Carbón y del Acero sobre el sector del carbón y del acero (véase, por ejemplo, artículo 58 y ss., 61 CS).
- 5 El Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea garantiza a todos los "ciudadanos de la Unión", es decir, a los nacionales de cada uno de los Estados miembros (artículo 20, apdo. 1 TFUE), la libertad de viajar y el derecho a residir en la Unión en el sentido de la libertad general de circulación (artículo 21 TFUE). La directiva sobre la libertad general de circulación 2004/38/CE es fundamental.²⁸³
- 6 La libre circulación transfronteriza de servicios entre los Estados miembros es cada vez más importante (Artículo 56 y ss. TFUE).²⁸⁴ Además, el TFUE prevé la realización de la libre circulación de capitales y pagos (artículo 63 y s. TFUE). La libre circulación de capitales abarca principalmente las inversiones directas en otro Estado miembro, por ejemplo para la creación de empresas o la adquisición de participaciones sociales, la compra de bienes inmuebles o la ejecución de operaciones de crédito. La liberalización de los movimientos de capital ya se ha conseguido en gran medida.²⁸⁵ La libre circulación de pagos se refiere principalmente al aspecto financiero de la circulación de bienes, servicios y personas. Esto se debe a que estas libertades no pueden realizarse plenamente sin el pago transfronterizo de la remuneración de bienes y servicios. En este sentido, la libertad de pagos tiene un carácter accesorio.
- 7 Un aspecto importante del mercado interior es la creación de unas condiciones legales normalizadas para la vida económica en cada uno de los Estados miembros. La armonización de la legislación sirve sobre todo para garantizar la igualdad de condiciones de competencia. El TFUE otorga al Consejo una competencia general para adoptar disposiciones de armonización que sirvan al funcionamiento del mercado interior (artículo 114, 115 TFUE). Por ejemplo, el Consejo ha adoptado directivas sobre la responsabilidad de los productos²⁸⁶ y sobre la restricción de la publicidad del tabaco²⁸⁷ o un reglamento sobre la comercialización de nuevos alimentos²⁸⁸ con el fin de armonizar la legislación. De gran importancia es la armonización de la legislación en el ámbito de la contratación pública a través de directivas, por ejemplo para la adjudicación de contratos en el sector de la construcción o en los sectores del agua, la energía, el transporte y las telecomunicaciones. En vista del inmenso volumen de contratos públicos, estas directivas son de vital importancia para crear unas condiciones equitativas. Además, existe una serie de autorizaciones especiales para la aproximación de las legislaciones en determinados ámbitos, como la armonización de los impuestos indirectos (artículo 113 TFUE).

283 DO 2004, L 158/77.

284 Véase más adelante, § 12, 2. y § 14.

285 Véase la Directiva 88/361/CEE por la que se aplica el artículo 67 del Tratado, DO CE 1988 L 178/5; Artículo 56 y ss. CE.

286 Directiva 85/374/CEE, DO CE 1985 L 210/29.

287 Directiva 89/622/CEE, DO CE 1989 L 359/1; derogada y modificada en último lugar por la Directiva 2014/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, DO 2014 L 127/1. Los límites de la facultad de armonizar la legislación fueron puestos de relieve por el TJCE en su primera sentencia sobre la publicidad del tabaco, TJCE, asunto C-376/98, EU:C:2000: 2006 : 2004 - Publicidad del tabaco. C-376/98, EU:C:2000: 544 - Publicidad del tabaco; sin embargo, la segunda sentencia del TJCE sobre la publicidad del tabaco, C-380/03, EU:C:2006 : 772 - *Publicidad del tabaco II*, fue bastante generosa con respecto a los poderes de armonización.

288 Reglamento (UE) 2015/2283, DO 2015 L 327/1.

La jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia (similar a la de la libre circulación de mercancías) indica una cierta relajación de las normas de permisibilidad de las restricciones al comercio transfronterizo de servicios. Esto se basa en una mayor consideración de las características nacionales. Por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea toma la posible justificación de la prohibición de ciertas loterías en virtud de la legislación nacional de la protección de los jugadores y la protección del orden social "de acuerdo con las características socioculturales específicas de cada Estado miembro".²⁸⁹

- 8** Dentro de la Unión Europea, los nacionales de los Estados miembros gozan en gran medida de los mismos derechos que los ciudadanos del país de residencia. Además de las disposiciones específicas sobre igualdad de trato, el TFUE contiene una prohibición general de discriminación: "Sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el presente Tratado, se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en su ámbito de aplicación" (artículo 18, apdo. 1 del TFUE). Hoy en día, la ciudadanía ya no desempeña ningún papel en casi todos los ámbitos de la vida económica de los ciudadanos de la UE (otra cosa es aplicable a la toma de decisiones políticas y a los cargos públicos). La prohibición general de discriminación del artículo 18 del TFUE abarca casi todas las prestaciones estatales.

El Tribunal de Justicia de Unión Europea ha dictaminado que a un turista británico que fue agredido en París no se le puede negar el derecho a una indemnización en virtud de la legislación francesa con referencia a las condiciones especiales para extranjeros²⁹⁰. El turista británico se ve afectado como destinatario de servicios en el sentido del TFUE y, por tanto, goza de la protección de la prohibición general de discriminación.

La libertad general de circulación de los ciudadanos de la UE (artículo 21 del TFUE) ha ampliado enormemente el ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación²⁹¹.

2. Unión económica y monetaria

Literatura:

S. Brinster, Eintritt in die Europäische Wirtschafts- und Währungsunion, 2005; *S. Griller* (ed.), Auf dem Weg zur europäischen Wirtschafts- und Währungsunion, 1993; *U. Häde*, Die Europäische Wirtschafts- und Währungsunion, EuZW 1992, p. 171 y ss.; *H. J. Hahn/U. Häde*, Währungsrecht, 2ª ed. 2010, §§ 13 y ss.; *ders.*, Vom EWS zur Europäischen Währungsunion, 1990; *ders.* (ed.), Das Währungswesen in der europäischen Integration, 1996; *ders.*, Das Entstehen der Europawährung - Szenarien ihrer Einführung, JZ 1996, p. 321 y ss.; *H. J. Hahn/U. Häde*, Europa im Wartestand: Bemerkungen zur Währungsunion, en: Festschrift für Ulrich Everling, Bd. I, 1996, p. 381 y ss.; *M. Herdegen*, Price Stability and Budgetary Restraints in the Economic and Monetary Union: The Law as Guardian of Economic Wisdom, CMLRev. 35 (1998), p. 9 y ss.; *ders.*, Die Währungsgemeinschaft als dauerhafte Rechtsgemeinschaft - Ausstiegszenarien aus rechtlicher Perspektive, EWU-Monitor 92 (1998); *ders.*, Europarecht, 23ª ed. 2022 § 23; *R. Jochimsen*, Perspektiven der europäischen Wirtschafts- und Währungsunion,

289 TJCE, asunto C-275/92, EU:C:1994:119, párr. 60 y s. - *Schindler* con comentario de *T. Stein*, EuZW 1994, p. 315.

290 TJCE, asunto C-186/87, EU:C:1989:47 - *Cowan*

291 Herdegen, Europarecht, 23ª ed. 2022, § 12 párrafo 7 y ss

nion, 1998; *C. Konow*, Der Stabilitäts- und Wachstumspakt, 2002; *H. Kortz*, Die Entscheidung über den Übergang in die Endstufe der Währungsunion, 1996; *J. Mentgen*, Beschäftigungsförderung und Stabilitätsverpflichtung in der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion, 2004; *J. Pipkorn*, Legal arrangements in the Treaty of Maastricht for the effectiveness of the Economic and Monetary Union, CMLRev. 31 (1994), p. 263 y ss.; *W.-H. Roth*, Der rechtliche Rahmen der Wirtschafts- und Währungsunion, Europarecht 1994/Beiheft 1, p. 45; *Smits, R.: The European Central Bank*, 1997.

- 9** Con la crisis del sistema de Bretton Woods²⁹² y el empeño por ampliar la integración económica entre los Estados miembros, la búsqueda de una cooperación más estrecha en el ámbito de la política monetaria ganó terreno en la Comunidad Europea. Un primer paso importante fue la creación de la "serpiente monetaria europea". Dentro de esta unión monetaria prevalecían las paridades fijas, mientras que los tipos de cambio de las monedas vinculadas flotaban hacia el exterior (la llamada "*flotación en bloque*"). Posteriormente, se dio a este mecanismo una base de tratado internacional mediante la modificación del Acuerdo sobre el Fondo Monetario Internacional (artículo IV Sección 2 *lit. b*).
- 10** El Sistema Monetario Europeo (SME) se fundó en marzo de 1979 a raíz de una decisión del Consejo Europeo de diciembre de 1978. Este sistema pretendía crear una unión monetaria estable con tipos de cambio fijos (con una cierta banda de fluctuación) y obligaciones de intervención de los bancos centrales participantes dentro de la Comunidad Europea. Una característica clave del mecanismo de tipos de cambio del SME era que se permitía que los respectivos tipos de cambio diarios de las monedas fluctuaran dentro de una cierta banda en torno a un tipo central fijo. Además de estabilizar los tipos de cambio, el SME también sirvió para reforzar la coordinación de las políticas económicas y monetarias de los Estados miembros. La experiencia con el régimen monetario de Bretton Woods había demostrado que un sistema de tipos de cambio fijos sólo puede funcionar si las políticas económicas nacionales están estrechamente coordinadas y las condiciones económicas están ampliamente armonizadas. En la actualidad, el SME II (también conocido como Mecanismo de Tipos de Cambio II - MTC II) es un sistema de fluctuaciones controladas de los tipos de cambio dentro de la Unión Europea, al que están afiliados varios Estados miembros que no se han incorporado a la eurozona.
- 11** El Tratado de Maastricht (1992) sentó las bases de la Unión Económica y Monetaria Europea (UEM) con la moneda única, el euro (Artículo 120 y ss. del TFUE). El elemento central es la creación de una zona de moneda única con normas que garanticen la estabilidad de la política presupuestaria de cada uno de los Estados miembros. La Unión Económica y Monetaria Europea se basa en cinco piedras angulares:
1. La creación del Banco Central Europeo con total independencia;
 2. El objetivo primordial de la política monetaria es garantizar la estabilidad de los precios;
 3. Los datos de garantía de calidad ("situación de convergencia") como requisito previo a la adhesión a la unión monetaria,

292 Véase más adelante, § 24, 2.

4. La necesidad sostenida de disciplina presupuestaria y
5. La responsabilidad exclusiva de un estado miembro por sus responsabilidades (principio de *no bail-out*)

Inicialmente, el Banco Central Europeo definía la estabilidad de precios en términos de una tasa de inflación inferior, aunque próxima, al 2%. Ahora lo define como un incremento de los precios del 2%, aceptando temporalmente tasas de inflación que estén "moderadamente por encima de este objetivo".²⁹³

- 12 La fase final de la unión económica y monetaria, con el euro como moneda común, se realizó a principios de 1999 con los 11 estados miembros iniciales de la eurozona. En la actualidad, la eurozona cuenta con 19 Estados miembros.
- 13 El factor decisivo para la entrada de un Estado miembro en la tercera fase de la UEM es el cumplimiento de los denominados "criterios de convergencia" del artículo 140, apdo. 1, párr. 1, frase 3, 2º del TFUE, que se especifican con más detalle en el Protocolo sobre los criterios de convergencia de conformidad con el Artículo 121 del Tratado CE:
 - Alcanzar un alto grado de estabilidad de precios (medida por la tasa de inflación);
 - Una posición financiera saneada del sector público (déficit presupuestario no superior al 3% del PIB, nivel de deuda no superior al 60% del PIB);²⁹⁴
 - Estabilidad del tipo de cambio (cumplimiento de los márgenes normales de fluctuación del mecanismo de tipos de cambio del SME) y;
 - Un nivel de tipos de interés a largo plazo que demuestre la convergencia a largo plazo.
- 14 Los criterios presupuestarios deben cumplirse al menos en el sentido de una convergencia asintótica. A la hora de decidir sobre la elegibilidad para la adhesión (artículo 140 párr. 1 frase 3, 2º HS), el Consejo (en su composición de Jefes de Estado y de Gobierno) ha mostrado una considerable generosidad a la luz de los criterios de convergencia con respecto a la situación presupuestaria de los distintos Estados miembros (inicialmente para Bélgica e Italia, más tarde para Grecia).
- 15 La obligación de los Estados miembros de evitar déficits públicos excesivos (artículo 126, apdo. 1 TFUE) y de garantizar la disciplina presupuestaria es de vital importancia para la Unión Económica y Monetaria y su orientación hacia la estabilidad de precios (artículo 119, apdo. 2, y 127, apdo. 1, frase 1 TFUE). Para ello:

293 Herdegen, *Europarecht*, 23ª ed. 2022, § 23 párr. 52, Declaración del Consejo de Gobierno del BCE sobre la estrategia de política monetaria del BCE de 8 de julio de 2021, párr. 5 f.

294 Véase el Artículo 1 del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo.

- El criterio de déficit (déficit público no superior al 3 % del PIB) y
- El criterio de la deuda (deuda pública no superior al 60 % del PIB) (Artículo 126 párr. 2 frase 2 TFUE en relación con el Artículo 1 del Protocolo sobre el procedimiento aplicable en caso de déficit excesivo).

16 En caso de "déficit excesivo" (o incluso de mero riesgo de que se produzca), el TFUE prevé una amplia gama de reacciones. A las declaraciones informativas y de advertencia de la Comisión (como el dictamen sobre un déficit excesivo de conformidad con el artículo 126 (5) TFUE) le siguen medidas del Consejo, que pueden aumentar en intensidad y, en última instancia, desembocar en sanciones severas (incluido el depósito de una fianza sin intereses en la Unión o una multa) (artículo 126 (6) a (11) TFUE). Una decisión formal del Consejo sobre un déficit excesivo (artículo 126 (6) TFUE) tiene una importancia central debido a su "efecto fáctico".

17 El criterio clave para determinar un déficit excesivo es el déficit presupuestario, que está sujeto a un límite superior del 3% del PIB. El TFUE sólo permite incumplir el límite si el déficit se reduce constantemente o si se supera "excepcional y temporalmente", siempre que el déficit presupuestario se mantenga próximo al valor de referencia. Además, el Consejo también debe tener en cuenta el nivel de deuda en su "examen de la situación global".

18 El llamado "Pacto de Estabilidad y Crecimiento" pretende garantizar la disciplina presupuestaria a largo plazo y contribuir así también a la estabilidad monetaria. El Pacto de Estabilidad incluye

- (1.) La resolución del Consejo Europeo sobre el Pacto de Estabilidad y Crecimiento,²⁹⁵
- (2) Reglamento (CE) n° 1466/97 relativo al reforzamiento de la supervisión de las situaciones presupuestarias y a la coordinación de las políticas económicas²⁹⁶ y
- (3.) Reglamento (CE) n° 1467/97 relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo.²⁹⁷

Inicialmente, el Pacto de Crecimiento se suavizó considerablemente en el Consejo en 2005 a instancias de la República Federal de Alemania y Francia, y después se endureció considerablemente con el llamado "six-pack" a finales de 2011.²⁹⁸ Otras medidas sirven para supervisar la planificación presupuestaria de cada uno de los Estados miembros y el control presupuestario de los Estados del euro sobreendeudados.²⁹⁹ El "Pacto Fiscal" (Tratado de Estabilidad,

295 DO 1997 C 236/1.

296 DO 1997 L 209/1; modificado en último lugar por el Reglamento (UE) n° 1175/2011, DO 2011 L 306/12.

297 DO 1997 L 209/6; modificado en último lugar por el Reglamento (UE) n° 1177/2011, DO 2011 L 306/33.

298 Véase *M. Herdogen*, *Europarecht*, 23ª ed. 2022, § 23 párrafo 10 f.

299 El llamado "Twopack" Reglamento (CE) n° 472/2013 relativo al reforzamiento de la supervisión económica y presupuestaria de los Estados miembros de la zona del euro que experimenten o corran el riesgo de experimentar graves dificultades con respecto a su estabilidad financiera, DO 2013 L 140/1 y el Reglamento (UE) n° 473/2013 sobre disposi-

Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria) ratificado por los países del euro y otros Estados miembros de la UE se basa en un tratado internacional.³⁰⁰ La introducción de "frenos a la deuda" nacionales prevé la reducción continua de los niveles de deuda superiores al 60% del PIB y el endurecimiento del procedimiento de déficit de conformidad con el Artículo 126 del TFUE.

- 19 Sólo los Estados participantes de la eurozona están plenamente sujetos al régimen de vigilancia y sanciones en materia de disciplina presupuestaria (artículo 139 párr. 2 *lit.* b TFUE). Los Estados participantes forman el llamado "Grupo Euro-X" dentro de la Unión Europea. En el seno del Consejo de Asuntos Económicos y Financieros (Consejo ECOFIN), los representantes de los Estados participantes establecen una coordinación informal de la política económica dentro de este grupo.
- 20 Uno de los principios fundamentales de la Unión Económica y Monetaria Europea es el principio de responsabilidad exclusiva de los Estados miembros de la UE por sus obligaciones, el principio del llamado *no bail-out* (artículo 125 TFUE). Según este principio, un Estado miembro no tiene derecho a recibir ayuda financiera de la Unión Europea y de los demás Estados miembros para cumplir con sus obligaciones. Esta exclusión de responsabilidad de la UE y de los demás Estados miembros pretende fomentar la disciplina presupuestaria.

Mientras tanto, el principio de responsabilidad única para los Estados miembros sobreendeudados de la eurozona se ha debilitado considerablemente. Inicialmente, los demás países de la eurozona decidieron proporcionar ayuda en forma de préstamos bilaterales coordinados para evitar la quiebra nacional de Grecia en 2010. Además, la Unión Europea y los Estados miembros de la UE crearon un régimen europeo de estabilización financiera ("fondo de rescate del euro") en 2010. Por un lado, este sistema de estabilización se basa en el propio mecanismo de la Unión Europea (Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera), que permite la asistencia en forma de préstamo o línea de crédito bajo ciertas condiciones (un programa de reestructuración aprobado) sobre la base del artículo 122 (2) frase 1 del TFUE.³⁰¹ Además, se ha creado el Mecanismo Europeo de Estabilidad Financiera sobre la base de un acuerdo intergubernamental entre los Estados de la eurozona para apoyar a los miembros de la eurozona sobreendeudados (a través de una sociedad instrumental luxemburguesa). El Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) se creó como institución permanente para apoyar a los Estados de la eurozona en dificultades mediante un acuerdo internacional entre los Estados de la eurozona.³⁰² La compatibilidad de estos mecanismos de apoyo temporal o permanente con la cláusula de no rescate es extremadamente controvertida. En el caso de *Pringle*, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no considera que esta cláusula sea un obstáculo para la ayuda de los demás Estados miembros de la UE si la ayuda financiera está vinculada a condiciones estrictas y se mantiene así el incentivo para seguir una política presupuestaria saneada.³⁰³ Mientras tanto, ha entrado en vigor la disposición del artículo 136 párrafo 3 TFUE, que se añadió en relación con la creación del MEDE:

ciones comunes para supervisar y evaluar los planes presupuestarios y garantizar la corrección de los déficits excesivos de los Estados miembros de la zona del euro, DO 2013 L 140/11.

300 BGBl. 2012 II, p. 1006.

301 Reglamento (UE) n° 407/2010 por el que se establece un mecanismo europeo de estabilización financiera, DO 2010 L 118/1.

302 BGBl. 2012 II, p. 981.

303 TJCE, asunto C-370/12, EU:C:2012:756, párr. 135 y ss. - *Pringle*.

"Los Estados miembros cuya moneda es el euro podrán establecer un mecanismo de estabilidad que se activará si resulta indispensable para salvaguardar la estabilidad de la zona del euro en su conjunto. La concesión de cualquier ayuda financiera necesaria en el marco del mecanismo estará sujeta a una estricta condicionalidad."

Las "condiciones estrictas" en el sentido del artículo 136 (3) TFUE son la versión europea de la llamada "condicionalidad", reconocida desde hace tiempo como requisito previo para la ayuda financiera en la práctica del Fondo Monetario Internacional y otros prestamistas internacionales.³⁰⁴ Las condiciones para el apoyo a la estabilidad están relacionadas con las reformas estructurales y los programas de ajuste, que se establecen en un Memorando de Entendimiento entre el MEDE y el Estado receptor. La Comisión Europea (en consulta con el Banco Central Europeo) desempeña un papel clave en las negociaciones a modo de "préstamo institucional" (véanse los apartados 3 y 4 del artículo 13 del Tratado del MEDE). Las reformas acordadas también pueden incluir medidas que interfieran en las posiciones jurídicas individuales, como la reestructuración de bancos insolventes o la reducción del nivel de las pensiones. En el caso *Ledra Advertising*, que se refería al deterioro de los depósitos de bancos sin liquidez en Chipre, el TJCE dictaminó que la Comisión está vinculada por los derechos fundamentales de la Unión Europea, incluida la garantía de la propiedad, a la hora de negociar un memorando.³⁰⁵ Con ello, el TJUE atestigua que la Comisión dispone de un amplio margen de discrecionalidad a la hora de intervenir en las posiciones de propiedad en aras de la estabilización del sistema bancario.³⁰⁶

La disposición del Banco Central Europeo a comprar bonos en los mercados secundarios sin restricciones cuantitativas a los países del euro que se hayan acogido al "fondo de rescate del euro" y se hayan sometido a sus condiciones (*outright monetary transactions* - OMT) ha desencadenado una gran polémica. En un primer momento, el Tribunal Constitucional Federal consideró que la decisión de OMT excedía las competencias de política monetaria del Banco Central Europeo al invadir la política económica (estabilización financiera de los países deudores) y eludir el artículo 123 del TFUE; el Tribunal Constitucional Federal remitió al TJCE la cuestión de la compatibilidad de esta política con el derecho primario de la UE.³⁰⁷ El TJUE adoptó una visión más generosa del margen de maniobra del Banco Central Europeo que el Tribunal Constitucional Federal y calificó el programa OMT de salvaguardia proporcionada del "mecanismo de transmisión de la política monetaria" al servicio de la estabilidad de precios. El TJUE no considera que la compra de bonos del Estado en el mercado secundario sea una financiación monetaria estatal prohibida que eluda el Artículo 123 del TFUE si

1. se observa un periodo mínimo entre la emisión de un instrumento de deuda y su compra en los mercados secundarios,
2. no se anuncian previamente las decisiones sobre la compra de bonos ni el volumen de las compras previstas,

304 Véase el apartado 8 del artículo 26.

305 TJCE, ver. C-8/15 P a C-10/15 P, EU:C:2016:701, párr. 67 - *Ledra Advertising*.

306 "Teniendo en cuenta el objetivo de garantizar la estabilidad del sistema bancario de la zona euro y en vista del riesgo inminente de pérdidas financieras para los depositantes de los dos bancos afectados en caso de insolvencia de éstos, tales medidas no constituyen una injerencia desproporcionada e intolerable que ponga en peligro la esencia misma del derecho de propiedad garantizado al recurrente. Por lo tanto, no pueden considerarse restricciones injustificadas de este derecho [...]" *ibid.* párr. 74.

307 BVerfGE 134, 366 (403 y ss., 411 y ss.).

3. limitar el alcance y la duración de las compras en la medida necesaria para mantener el mecanismo de transmisión de la política monetaria y la política monetaria única,
4. sólo deberían comprarse bonos de países del euro que participen en un programa de ajuste estructural (y que, por tanto, tengan incentivos para una política presupuestaria saneada),
5. los bonos adquiridos sólo se mantienen hasta su vencimiento si es necesario para alcanzar los objetivos de la política monetaria y
6. los países emisores siguen teniendo acceso a los mercados de capitales.³⁰⁸

3. Política comercial común

Literatura:

J. A. Bischoff, Just a little *bit* of "mixity"? The EU's role in the field of international investment protection law, CMLRev. 48 (2011), p. 1527 y ss.; *E. Grabitz/A. v. Bogandy/M. Nettesheim* (eds.), *Europäisches Außenwirtschaftsrecht*, 2001; *C. Herrmann*, Common Commercial Policy After Nice: Sisyphus Would Have Done a Better Job, CMLRev. 39 (2002), p. 7 y ss.; *S. Konstadinidis*, *The External Trade Law of the EU*, 2010; *K. Taraschka*, *Die Kompetenzen der EG im Bereich der Handelspolitik*, 2001; *C. Herrmann/H. G. Krenzler/R. Streinz* (eds.), *Die Außenwirtschaftspolitik nach dem Verfassungsvertrag*, 2006.

- 21 La política comercial común de conformidad con el artículo 206 y ss. TFUE es de suma importancia para las relaciones exteriores de la Unión Europea. La coordinación de la política comercial es ya un requisito previo para la introducción de un arancel exterior común frente a terceros países (cf. Artículo 3 párr. 1 *lit. e* TFUE). Según el Artículo 206 apdo. 1 del TFUE, con la creación de una unión aduanera, los Estados miembros pretenden "contribuir, en interés común, al desarrollo armonioso del comercio mundial, a la supresión progresiva de las restricciones a los intercambios internacionales y a la reducción de las barreras aduaneras". Este compromiso con la liberalización del comercio mundial no puede conciliarse con la visión repetidamente invocada de sellar el mercado único europeo al exterior ("Fortaleza Europa").
- 22 La disposición central de la política comercial común es la del artículo 207 TFUE. El artículo 207 (1) TFUE establece que la política comercial común se basará en principios uniformes. Esto debe aplicarse "en particular, a las modificaciones de los tipos arancelarios, la celebración de acuerdos arancelarios y comerciales, la armonización de las medidas de liberalización, la política de exportación y las medidas de defensa comercial, por ejemplo en casos de dumping y subvenciones".

Las complejas normas sobre competencias se aplican a la celebración de acuerdos sobre el comercio de servicios y los aspectos comerciales de la propiedad intelectual (artículo 207 apdo. 4 TFUE), así como a los acuerdos en los ámbitos del comercio de servicios culturales y audiovi-

308 TJCE, asunto C-62/14, EU:C:2015: 400, párr. 106 y ss. - *Gauweiler*; TJCE, C.493/17, EU:C:2018: 1116 - *Weiss*.

suales, servicios educativos y servicios sociales y sanitarios (artículo 207 apdo. 4 lit. a) TFUE). Según el artículo 207 apdo. 1 TFUE, la Unión tiene ahora competencia para celebrar tratados sobre inversiones extranjeras directas.

- 23** El Tribunal de Justicia de Unión Europea sigue una concepción amplia de la política comercial común que va más allá de las regulaciones tradicionales del comercio exterior.³⁰⁹ Esto incluye principalmente el comercio de mercancías con terceros países. Sin embargo, también abarca los servicios y las operaciones de pago asociadas al intercambio de bienes o servicios. Entre los instrumentos más importantes se encuentran los reglamentos de importación o exportación, la imposición de derechos antidumping, las subvenciones a la exportación para reforzar la competitividad de los exportadores del mercado interior y los acuerdos intergubernamentales. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la política comercial común en el sentido del artículo 207 TFUE abarca también la celebración de acuerdos sobre productos básicos,³¹⁰ cuyo objetivo es garantizar un equilibrio adecuado entre la oferta y la demanda y un nivel de precios estable mediante la creación de una organización de mercado que funcione a escala mundial.³¹¹
- 24** La competencia para configurar la política exterior no se ha comunitarizado y sigue correspondiendo a los Estados miembros. Como parte de la "Política Exterior y de Seguridad Común" (PESC) de la Unión Europea, los Estados miembros también pueden decidir un embargo comercial contra terceros países (de acuerdo con el artículo 28 TUE). Una decisión de este tipo debe aplicarse entonces mediante un acto jurídico de la Unión Europea. El TFUE prevé expresamente las competencias de la Unión para la adopción de medidas de embargo y otras medidas económicas (artículo 215, 75 TFUE). Esta potestad reglamentaria (complementada por la competencia general para redondear el Tratado en virtud del artículo 352 TFUE) también constituye la base para la aplicación de las resoluciones vinculantes en materia de sanciones del Consejo de Seguridad de la ONU.³¹² En la medida en que los reglamentos de sanciones y otras medidas de la Unión Europea frente a terceros países son de carácter concluyente, los Estados miembros individuales no pueden imponer más restricciones a la circulación de mercancías, capitales o pagos invocando su competencia en materia de política exterior.³¹³ Si se ven afectados los intereses específicos de un Estado miembro, la disposición del artículo 347 TFUE también permite un "esfuerzo en solitario" nacional en determinadas condiciones.³¹⁴ A este respecto, los Estados miembros y la Unión Europea tienen competencias concurrentes. Por último, cabe señalar también que los Estados miembros individuales pueden restringir el comercio de material militar para salvaguardar sus intereses esenciales en materia de seguridad, de conformidad con el artículo 346 apdo. 1 lit. b TFUE.

309 TJCE, Dictamen 1/78, EU:C:1979: 224 - *Convenio Internacional del Caucho Natural*, Rec. 1979, 2871 (2913).

310 Véase más adelante, § 11.

311 TJCE, Dictamen 1/78, EU:C:1979: 224 - *Convenio Internacional del Caucho Natural*.

312 Sobre la revisión de dichas disposiciones de la CE sobre la aplicación de las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU con respecto al estándar de los derechos fundamentales de la UE TJCE, asunto C-84/95, EU:C:1996: 312, párr. 19 y ss. - *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret As*; sobre el alcance de la revisión judicial TJCE, verb. C-402/05 P y C-415/05 P, EU:C:2008: 461, apartado 280 y ss. - *Kadi y Al Barakaat*. Sobre la compatibilidad de las medidas sancionadoras con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, TEDH, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret As contra Irlanda*, NJW 2006, p. 197.

313 Véase TJCE, asunto C-124/95, EU:C:1997: 8 - *Centro-Com*.

314 Véase el procedimiento de infracción contra Grecia por la imposición de un embargo comercial a Macedonia, TJCE, asunto C-120/94, EU:C:1996:116 - *Comisión/Grecia*, que se resolvió con la retirada del recurso.

§ 6. "Buena gobernanza", estructuras estatales internas e integración económica mundial

1 A largo plazo, es imposible imaginar una economía de mercado que funcione sin la protección efectiva de al menos las libertades civiles tradicionales. A la inversa, la viabilidad de un sistema jurídico liberal presupone el respeto de las leyes económicas. Un cierto nivel de pluralismo político y la salvaguarda de las libertades civiles difícilmente pueden realizarse a largo plazo sin una economía de mercado. La interacción entre el Estado de derecho, la democracia y un orden económico que funcione depende en gran medida de las condiciones políticas, económicas y sociales. La experiencia histórica sugiere que un nivel mínimo de desarrollo económico (como la renta per cápita media) y de simetría social es un requisito previo importante para la estabilidad y la eficacia continuas de las instituciones estatales.³¹⁵ A la inversa, el crecimiento económico sostenible y la reducción de la pobreza se basan en unas instituciones eficientes que actúen como garantes de un marco jurídico fiable y de la protección de las posiciones jurídicas subjetivas. *David Hume*³¹⁶ formuló tres leyes básicas derivadas de la naturaleza humana: (1.) El derecho a la propiedad, (2.) el derecho a transferir la propiedad de mutuo acuerdo, (3.) y el cumplimiento normativamente garantizado de las promesas; estos tres principios también describen los prerequisites básicos de un orden social que permita el funcionamiento de los mercados y la prosperidad. Para el funcionamiento de la competencia y la integración de un país en la economía mundial, la seguridad jurídica y un cierto ethos oficial de la administración estatal pueden no ser menos importantes en la fase de desarrollo que la plena realización de los principios democráticos. En los Estados organizados formalmente como democracias sin un pluralismo institucionalmente garantizado, ni la libertad económica ni la personal están a salvo de los dictados de la mayoría. Sin embargo, también es evidente que al menos el Estado de derecho en sentido formal es uno de los pilares básicos de un orden económico que funcione. A largo plazo, la confianza de los ciudadanos y los inversores en los órganos legislativos representativos también es indispensable. También en este caso se hace evidente la fuerte dependencia del desarrollo económico de las directrices del sistema jurídico.

2 La *Carta de París para una Nueva Europa* de 21 de noviembre de 1990, documento final de la Conferencia Cumbre de París de la CSCE (OSCE)³¹⁷, subraya de forma pronunciada la conexión entre la libertad económica y el pluralismo político en el desarrollo de las economías de mercado:

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

315 Sobre esto, por ejemplo, *F. Zakaria*, *El futuro de la libertad*, 2003, p. 69 y ss. passim.

316 *D. Hume*, *Tratado sobre la naturaleza humana*, 1739-40, Libro III, Parte II, Secc. IV De la transferencia de la propiedad por consentimiento.

317 EuGRZ 1990, p. 517; ILM 30 (1991), p. 190.

1. Estándares de "Buena Gobernanza"

Literatura:

A. Bianchi/A. Peters (eds.), *Transparency in International Law*, 2013; R. Dolzer, *Good Governance: Neues transnationales Leitbild der Staatlichkeit*, *ZaöRV* 64 (2004), p. 535 y ss.; R. Dolzer/M. Herdegen/B. Vogel (eds.), *Good Governance*, 2007; M. S. Grindle, *Good Enough Governance: Poverty Reduction and Reform in Developing Countries*, *Governance* 17 (2004), p. 525 y ss.; M. Herdegen: *Der Beitrag des Internationalen Wirtschaftsrechts zu Good Governance und Rationalität des Staatshandelns*; in: *Internationales Wirtschafts- und Finanzrecht in der Krise*, T. Giegerich (ed.), 2011, p. 229 y ss.; R. Hofmann/C. Pfaff (eds.), *Die Konvention der Vereinten Nationen zur Bekämpfung der Korruption*, 2007; N. Maldonado Psychny, *Good Governance: Begriff, Inhalt und Stellung zwischen allgemeinem Völkerrecht und Souveränität*, 2013; A. Sayed, *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, 2004.

- 3 En relación con la realización de las normas democráticas y el Estado de derecho se encuentra el concepto de *buena gobernanza*, que constituye una preocupación particular del derecho internacional del desarrollo. Este concepto guía tanto la cooperación al desarrollo entre los países industrializados y los países en desarrollo como la promoción del desarrollo por parte del Grupo del Banco Mundial y otras organizaciones internacionales. "*Buena gobernanza*" va más allá de los mecanismos democráticos de reparto del poder e incluye también las exigencias materiales de una "buena" política gubernamental. La Resolución del Consejo de la Unión Europea y de los Representantes de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo de 1991³¹⁸ se esfuerza por captar y agrupar los diversos componentes de la *buena gobernanza*:

"[...] 5 El Consejo subraya la importancia de la buena gobernanza. Los Estados soberanos tienen ciertamente derecho a crear sus propias estructuras administrativas y a establecer sus propias estructuras constitucionales, pero un desarrollo equilibrado sólo puede lograrse eficazmente a largo plazo si se respetan una serie de principios generales de gobernanza: políticas económicas y sociales sólidas, toma de decisiones democrática, transparencia adecuada de la gobernanza y responsabilidad financiera, creación de un entorno de desarrollo compatible con los principios de la economía de mercado, medidas de lucha contra la corrupción y respeto del Estado de Derecho, los derechos humanos, la libertad de prensa y la libertad de expresión. La Comunidad y sus Estados miembros apoyarán los esfuerzos de los países en desarrollo para promover la buena gobernanza y estos principios desempeñarán un papel central en sus relaciones actuales o futuras de cooperación al desarrollo."

- 4 Una interpretación similar de "*buena gobernanza*" puede encontrarse en el Acuerdo de Asociación de Cotonú entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y los países ACP, por otra³¹⁹ (Artículo 9 párr. 3).
- 5 La eliminación de todas las formas de corrupción es de vital importancia para garantizar un comportamiento administrativo legal y un espíritu de transparencia por parte de los funcionarios públicos y las empresas. El soborno y la corruptibilidad son un obstáculo importante para el crecimiento económico y también influyen en el clima de inversión. Algunos de los países en desarrollo más endeudados sufren un nivel de corrupción especialmente elevado.³²⁰ Desde

318 Boletín EG 11/1991, p. 128.

319 CE 2000 L 317/3.

320 Véase el Índice de Percepción de la Corrupción anual de *Transparency International*, presentado por *Transparency International*, <http://www.transparency.org/research/cpi/overview> (consultado el 3 de enero de 2022).

una perspectiva normativa, la ambigüedad legal y las autorizaciones muy necesitadas de concreción, así como los déficits en el control judicial de la acción administrativa, fomentan el riesgo de abuso de autoridad con intención de enriquecimiento personal. La *Convención de la ONU contra la Corrupción* de 2002³²¹ contiene un arsenal de medidas preventivas y represivas contra el soborno y otras formas de corrupción. Se centra en garantizar una ética oficial en las administraciones públicas. Además, los Estados contratantes también deben prevenir la corrupción en el sector privado (artículo 12). Un mecanismo interesante es la repatriación de los activos transferidos ilegalmente, también en el marco de la cooperación internacional (artículo 51 y siguientes).

En el marco regional, la Convención Interamericana contra la Corrupción³²² ha tenido un efecto pionero. La OCDE elaboró en 1997 la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales³²³, que también está abierta a países no pertenecientes a la OCDE. En el marco del Consejo de Europa, se han elaborado el Convenio Penal contra la Corrupción de 27 de enero de 1999³²⁴ y el Convenio Civil contra la Corrupción de 4 de noviembre de 1999³²⁵. En la Unión Europea, existe un amplio paquete de medidas destinadas a combatir el soborno y la corrupción. Entre ellas figura la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado.³²⁶ En África, la Convención de la Unión Africana para prevenir y combatir la corrupción³²⁷ crea un marco regulador contractual.

A nivel nacional, EE.UU. en particular ha promulgado leyes para combatir la corrupción con efectos extraterritoriales de gran alcance. La *U.S. Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA)³²⁸ de 1977 tipifica como delito la corrupción de ciudadanos estadounidenses y de empresas estadounidenses y extranjeras que cotizan en bolsa contra funcionarios extranjeros. La Ley Dodd-Frank de 2010³²⁹, aprobada en respuesta a la crisis financiera, también garantiza una mayor transparencia. EE.UU. es miembro fundador de la Alianza para el Gobierno Abierto³³⁰, que lucha contra la corrupción, entre otras cosas, desde septiembre de 2011.

Hoy en día, el soborno de funcionarios públicos se considera una violación del *orden público* internacional reconocido por la comunidad internacional. En consecuencia, las demandas basadas en el soborno no pueden ser reconocidas ante los tribunales internacionales y los tribunales de arbitraje. En el caso *World Duty Free Co. Ltd. contra Kenia*,³³¹ por ejemplo, un tribunal de arbitraje del CIADI dictaminó lo siguiente:

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

322 ILM 35 (1996), P. 724.

323 BGBl. 1998 II, p. 2327.

324 Convenio penal sobre la corrupción, ETS n° 173 (1999) = ILM 38 (1999), p. 505.

325 Convenio civil sobre la corrupción, STE n° 174 (2000).

326 CE 2003 L 192/54.

327 ILM 43 (2004), P. 5.

328 15 U.S.C. §§ 78dd-1 et seq. modificada por la Ley Omnibus de Comercio y Competitividad de 1988, Pub. L. No. 100-418, § 5003, 102 Stat. 1107, 1415-25 (1988), y la Ley Internacional contra el Soborno y la Competencia Leal de 1988, Pub. L. 105-366, 112 Stat. 3302 (1998).

329 *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, H.R. 4173, 111 Congreso (2009-2010), disponible en http://www.cftc.gov/idc/groups/public/@swaps/documents/file/hr4173_enrolledbill.pdf (consultado el 03 de enero de 2022).

330 Véase la Declaración de Gobierno Abierto de septiembre de 2011, disponible en <http://www.opengovpartnership.org/open-government-declaration> (consultada el 3 de enero de 2022).

331 *World Duty Free Co. Ltd. contra Kenia*, caso del CIADI n° ARB/00/7, ILM 46 (2007), p. 339 párr. 157 y ss.

"A la luz de las leyes nacionales y de las convenciones internacionales relativas a la corrupción, y a la luz de las decisiones adoptadas en la materia por los tribunales judiciales y arbitrales, este Tribunal está convencido de que el soborno es contrario al orden público internacional de la mayoría de los Estados, sino de todos, o, para utilizar otra fórmula, al orden público transnacional. Por lo tanto, las demandas basadas en contratos de corrupción o en contratos obtenidos mediante corrupción no pueden ser estimadas por este Tribunal Arbitral". (Nº 157)

Este principio es probablemente ya un principio jurídico general del derecho internacional.

Resulta problemático que, según el laudo arbitral en el caso *World Duty Free Co. Ltd. contra Kenia*, el soborno sólo debería dar lugar a la invalidez de las reclamaciones si lo afirma el Estado respectivo, y que no debería importar si el soborno fue iniciado por funcionarios estatales. Aquí, sin embargo, el tribunal arbitral hace hincapié en los intereses de la población (a menudo pobre), que son las víctimas reales del soborno.

"en lo que respecta al orden público, es que la ley no protege a las partes litigantes sino al público; o en este caso, a la masa de contribuyentes y otros ciudadanos que componen uno de los países más pobres del mundo". (Nº 181)

2. Integración económica mundial: la importancia del orden constitucional y económico

Literatura:

D. Berkovitz/J. Moenius/K. Pistor, Legal Institutions and International Trade Flows, Michigan Journal of International Law 26 (2004), p. 163 ss.; *R. J. Daniels/M. Trebilcock*, The Political Economy of Rule of Law Reform in Developing Countries, Michigan Journal of International Law 26 (2004), p. 99 y ss.; *M. Hilf/E.-U. Petersmann* (eds.), National Constitutions and International Economic Law, 1993; *J. H. Jackson/J.-V. Louis/M. Matsushita*, National Constitutions and the International Economic System, en: Jackson/Louis/Matsushita, Implementing the Tokyo Round - National Constitutions and International Economic Rules, 1984, p. 198 y ss.; *R. B. McKenzie* (ed.), Constitutional Economics, 1984; *E.-U. Petersmann*, Funciones constitucionales y problemas constitucionales del derecho económico internacional, 1991; *ders.*, Constitucionalismo, derecho constitucional e integración europea, *Aussenwirtschaft* 46 (1991), p. 247 y ss.

- 6 La capacidad de una economía para integrarse globalmente y su apertura a la competencia internacional dependen fundamentalmente de la organización del orden constitucional nacional. Las condiciones marco normativas de una economía de mercado que funcione³³² incluyen, en particular, la garantía de la propiedad privada, la garantía de la libertad contractual y la protección judicial efectiva de los derechos subjetivos. También son importantes las precauciones institucionales para frenar las influencias egoístas de los grupos y garantizar la estabilidad económica, como la existencia de un banco central independiente del gobierno o los límites constitucionales a la deuda pública. El desarrollo económico de la República Federal de Alemania, por ejemplo, no puede desligarse de las condiciones constitucionales que la Ley Fundamental ha ofrecido a la economía social de mercado como "biotopo" normativo. La fórmula del Tribunal Constitucional Federal, nacida de una excesiva moderación, de la supuesta "neutralidad

332 Véase, por ejemplo, *W. Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 7ª ed. 2004, p. 254 y ss.

de la Ley Fundamental en materia de política económica³³³ oscurece el significado de los principios rectores constitucionales para el orden económico. Como demostró de forma impresionante *Hernando de Soto* en su famoso libro "El otro sendero"³³⁴, la inseguridad jurídica, una selva impenetrable de normas con un sistema de decretos desbordante, la ineficacia administrativa y la falta de ética oficial provocan una grave incertidumbre en la vida económica y empujan a las fuerzas empresariales a sumergirse en la oscuridad de una economía sumergida. El debate sobre las nuevas constituciones en algunos países sudamericanos ha aumentado la conciencia de que la garantía de la propiedad y de otros derechos fundamentales y la previsibilidad de la ley son requisitos decisivos para la participación de los inversores nacionales y extranjeros. La encíclica papal "*Centesimus Annus*" de 1991 con su compromiso (ciertamente no especialmente entusiasta) con la economía social de mercado y la propiedad privada ha contribuido a comprender estas relaciones. La importancia del orden constitucional para un orden económico que funcione y para la capacidad de integrarse en la economía mundial se hizo especialmente patente en la fase de transición (en su mayor parte finalizada) de los países de Europa del Este, que sólo pudieron gestionar la transición de una economía de planificación centralizada a una economía de mercado sobre una base constitucional adecuada.³³⁵

- 7 Desde hace algún tiempo, también existe una creciente conciencia de que no sólo el desarrollo económico global, la división internacional del trabajo y la competencia internacional crean requisitos para un orden estatal, sino que el derecho económico internacional moderno también proporciona directrices para el derecho estatal y administrativo nacional.³³⁶ Esto se aplica sobre todo a los principios que prevalecen en el marco de la OMC, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial.³³⁷

El llamado "*Consenso de Washington*" describe una serie de medidas de reforma política y económica al servicio de una política de desarrollo exitosa. Este término, acuñado por el economista estadounidense *John Williamson*, se refiere en su significado original a los elementos comunes de una estrategia de política financiera y de desarrollo seguida por una serie de instituciones con sede en Washington, D.C. (incluidos el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional) con respecto a los países latinoamericanos.³³⁸ Los elementos del "*Consenso de Washington*" incluyen, en particular, la disciplina presupuestaria, la utilización del gasto público en aras de la rentabilidad económica y de una mejor distribución de la renta (por ejemplo, en materia de sanidad, educación e infraestructuras), la reforma del sistema fiscal, la liberalización del comercio, la facilitación de la entrada de inversiones extranjeras directas, la privatización y la garantía de los derechos de propiedad. En el debate más reciente, el término "*Consenso de Washington*" se ha convertido en una pantalla de proyección para criticar las políticas "neoliberales" que se centran demasiado en el crecimiento económico como objetivo final y demasiado poco en la mejora continua de las condiciones sociales. Por otro lado, es difícil ver cómo una política orientada en la dirección opuesta, como el proteccionismo comercial y las restricciones

333 BVerfGE 4, 7 (17 s.).

334 *H. de Soto*, *El otro sendero*, 1986.

335 Por ejemplo, *N. Klöten*, *Die Transformation von Wirtschaftsordnungen*, 1991; *Ch. G. Meyer*, *The Constitutional Development of Eastern Europe: Integration through Reformation*, *Virginia Journal of International Law* 32 (1992), p. 431 y ss.

336 Sobre esto, véase sobre todo *E.-U. Petersmann*, *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, 1991, en particular pp. 61 y ss., 210 y ss., 288 y ss.

337 Véase *S. Schlemmer-Schulte*, *The World Bank's Role in the Promotion of the Rule of Law in Developing Countries*, en: *Liber Amicorum Ibrahim F. I. Shihata*, 2001, p. 677 y ss.

338 *J. Williamson*, *¿Qué debe pensar el Banco Mundial sobre el Consenso de Washington?*, *The World Bank Research Observer*, Vol. 15 n° 2 (agosto de 2000), p. 251 y ss.

a la inversión extranjera directa, habría conducido a una mejora sostenible de los ingresos y otras condiciones de vida de la población en general en los distintos países latinoamericanos.

El llamado "*Consenso de Monterrey*",³³⁹ que fue adoptado en una resolución por los jefes de Estado y de gobierno en la conferencia internacional sobre la financiación del desarrollo en marzo de 2002, incorpora elementos de política económica y jurídica del "*Consenso de Washington*" con vistas a promover la entrada de capital extranjero bajo los elementos de un clima favorable a la inversión:

"21 Para atraer y aumentar las entradas de capital productivo, los países deben proseguir sus esfuerzos para lograr un clima de inversión transparente, estable y previsible, con una aplicación adecuada de los contratos y el respeto de los derechos de propiedad, integrado en políticas macroeconómicas e instituciones sólidas que permitan a las empresas, tanto nacionales como internacionales, operar de forma eficaz y rentable y con el máximo impacto en el desarrollo. Se requieren esfuerzos especiales en áreas prioritarias como la política económica y los marcos reguladores para promover y proteger las inversiones, incluyendo las áreas de desarrollo de recursos humanos, evitar la doble imposición, la gobernanza corporativa, las normas contables y la promoción de un entorno competitivo. Otros mecanismos, como las asociaciones público-privadas y los acuerdos de inversión, pueden ser importantes. Insistimos en la necesidad de reforzar la asistencia técnica y los programas de desarrollo de capacidades productivas, con los recursos adecuados, tal y como solicitan los receptores."

§ 7. Derechos y obligaciones elementales de los estados

1 Soberanía y relaciones económicas internacionales

Literatura:

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

a) Concepto moderno de soberanía

- 1 Los Estados pueden reclamar el principio de jurisdicción universal para su territorio y sus propios nacionales. Como titulares de la soberanía territorial y de la soberanía personal, los miembros individuales de la comunidad de Estados son independientes entre sí; se aplica el

³³⁹ Naciones Unidas, Informe de la Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo, 2002, p. 1 y ss.

principio de igualdad soberana de los Estados.³⁴⁰ Al ejercer los derechos soberanos agrupados en la soberanía, los estados se integran en el sistema de coordinación del derecho internacional. El derecho internacional influye cada vez más en la esfera nacional, por ejemplo a través de los tratados de protección de los derechos humanos.

- 2 Es compatible con la naturaleza de la soberanía que el Estado se someta voluntariamente a una restricción de su autonomía en favor de organizaciones internacionales como las Naciones Unidas o incluso que transfiera ciertos derechos soberanos. Esto ha ocurrido en una medida sin precedentes en el caso de la Unión Europea, a la que se han transferido una gran cantidad de competencias de los Estados miembros en el ámbito económico. En la actualidad, apenas existe una cuestión de política económica de importancia que no afecte a las competencias de la Unión: desde la regulación de la ingeniería genética hasta la imposición de un embargo comercial a terceros países.
- 3 En la medida en que no existan restricciones especiales, los Estados individuales son libres de ejercer su soberanía territorial y personal. Sin embargo, se aplica la prohibición de abusar de los derechos. Además, una opinión destacada en el derecho internacional está a favor del principio de consideración, que debe aplicarse en particular en el derecho medioambiental internacional, por ejemplo en la construcción de centrales eléctricas cerca de las fronteras con efectos perjudiciales para el medio ambiente. La idea de la consideración también está detrás del equilibrio de intereses en la aplicación del derecho económico nacional a situaciones con implicaciones extranjeras.³⁴¹

b) Prohibición de intervención

- 4 El principio de igualdad soberana de los Estados incluye la libertad de cada Estado para decidir de forma independiente y sin presiones externas sobre su propio sistema político, económico, social y cultural.³⁴² La injerencia no autorizada en los asuntos internos de un Estado extranjero viola la prohibición de intervención.³⁴³ Por ejemplo, está prohibido que un Estado regule acontecimientos en el extranjero sin tener suficientes puntos de referencia. La prohibición de intervención también abarca los intentos de ejercer influencia sobre otro Estado por medios no autorizados, en particular mediante la amenaza o el uso de la fuerza.³⁴⁴ Según la opinión predominante, el uso de la presión económica, como un embargo comercial, no constituye "fuerza", ya que ésta sólo abarca los medios físicos de poder.³⁴⁵ Además, resulta extremadamente controvertido qué límites se imponen al uso de medidas económicas para ejercer influencia sobre otro Estado en virtud de la prohibición de intervención. Dado que la presión económica no es inadmisibles en sí misma, depende sobre todo del peso de los intereses subyacentes de un Estado y del respeto de la proporcionalidad. El Artículo 32 de la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados³⁴⁶ prohíbe el uso de este tipo de presión con el objetivo de subordinar a

340 Véase más arriba, § 4, 2. A).

341 Véase más arriba, § 3, 5. C).

342 Véase el Artículo 2 n° 7 de la Carta de la ONU; CIJ, Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua (*Nicaragua contra Estados Unidos*), Informes de la CIJ 1984, p. 108.

343 Sobre la prohibición de intervención, por ejemplo, *P. Kunig*, Intervention, Prohibition of, en: R. Wolfrum (ed.), MPEPIL, vol. VI, 2012, p. 289 y ss.

344 Véase el Artículo 2 n° 4 de la Carta de la ONU.

345 *M. Schröder*, No intervención, principio de, en: EPIL, Vol. III, 1997, p. 619 y ss.

346 UNYB 1974, p. 402; véase más arriba, § 3, 3.

otro estado en el ejercicio de sus derechos soberanos. La prohibición de intervención se invoca a menudo (desde la perspectiva de los países en desarrollo) contra las condiciones impuestas a los préstamos y otras prestaciones financieras similares del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional en relación con las reformas estructurales económicas.³⁴⁷ Sin embargo, al tratarse de pagos sin una reclamación concreta y preexistente, la acusación de injerencia no autorizada en los asuntos internos del Estado receptor no puede justificarse en principio.

2. Inmunidad de los Estados

Literatura:

H. Fox/P. Webb, *The Law of State Immunity*, 4ª ed. 2015; *H. Steinberger*, *State Immunity*, en: *EPIL*, Vol. IV, 2000, p. 615 y ss.; *G. Hafner/U. Köhler*, *The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property*, *Netherlands Yearbook of International Law* 35 (2004), p. 3 et seq.

- 5 Se ha derivado del principio de igualdad soberana de los Estados que, en principio, un Estado no está sujeto a la jurisdicción de otro Estado (inmunidad estatal). La inmunidad en este sentido significa, por un lado, que no se permite la ejecución judicial de las demandas contra un Estado extranjero (por ejemplo, derivadas de un contrato o de un acto ilícito) (inmunidad procesal); por otro lado, la inmunidad soberana impide la adopción de medidas coercitivas contra los bienes del Estado, en particular en la ejecución de sentencias judiciales (inmunidad de ejecución). La inmunidad de ejecución significa, por ejemplo, que el saldo bancario de la embajada de un Estado extranjero no puede ser embargado. Un Estado puede renunciar a la inmunidad (también por adelantado). Tales renunciaciones pueden encontrarse, por ejemplo, al emitir bonos del Estado.³⁴⁸

- 6 Originalmente, el derecho internacional consuetudinario aplicaba el principio de la inmunidad estatal absoluta, que abarcaba todos los ámbitos de la actividad estatal. Las excepciones estaban estrictamente limitadas (por ejemplo, consentimiento del Estado extranjero, reconvencción contra el Estado permitida bajo ciertas condiciones). Desde hace algún tiempo, prevalece el punto de vista de la inmunidad estatal limitada, que se basa en la protección funcional de la actividad soberana extranjera. Según este punto de vista, un Estado extranjero sólo puede reclamar inmunidad por actos soberanos ("*acta iure imperii*"). En la esfera no soberana, en particular cuando participa en la vida económica general ("*acta iure gestionis*"), el Estado extranjero está sujeto a la jurisdicción de forma similar a un particular. El concepto de inmunidad estatal limitada se ha incorporado desde entonces a varias leyes nacionales sobre inmunidad estatal³⁴⁹ y al Convenio Europeo sobre Inmunidad de los Estados de 1972³⁵⁰ y al Convenio de la ONU sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes de 2004³⁵¹.³⁵² El número de países que comercian con Estados y que se adhieren a la inmunidad estatal absoluta se ha reducido constantemente desde el colapso del comunismo en el bloque del Este.

347 Por ejemplo, *W. Meng*, *Conditionality of IMF and World Bank Loans: Tutelage over Sovereign States? Verfassung und Recht in Übersee* 21 (1988), p. 263 y ss.; véase infra, § 26, 1. y 2.

348 Véase sobre los bonos del Estado argentinos KG, NJOZ 2004, p. 3382.

349 Véase, por ejemplo, la Ley de Inmunidades Soberanas Extranjeras de EE.UU. de 1976 y la Ley de Inmunidad del Estado Británico de 1978.

350 BGBl. 1990 II, p. 35; ILM 11 (1972), p. 470.

351 UN GA Res. 59/38 (Anexo), UN Doc. A/Res/59/38 (16 dic. 2004).

352 El Tribunal Constitucional Federal también siguió la doctrina de la inmunidad estatal limitada hace algún tiempo, BVerfGE 16, 27; 46, 342.

7 La categorización de la acción estatal como soberana no plantea problemas cuando se trata del ejercicio "clásico" de la soberanía, como el despliegue de fuerzas armadas en un conflicto armado. Esto puede ilustrarse con el ejemplo de un caso en el que la fuerza aérea argentina bombardeó y dañó un petrolero en alta mar durante la Guerra de las Malvinas. Argentina pudo invocar con éxito la inmunidad contra la acción interpuesta por el propietario y el fletador del buque ante los tribunales estadounidenses.³⁵³ La distinción entre acciones soberanas y de otro tipo es especialmente problemática en los casos en los que un Estado persigue fines públicos en forma de transacciones comerciales privadas. Aquí hay dos posibles calificativos: en primer lugar, la finalidad de la acción estatal (prueba subjetiva) y, en segundo lugar, el objeto de una transacción concreta como tal (prueba objetiva). Un enfoque basado principalmente en elementos subjetivos conduce fácilmente a una ampliación inadecuada de la inmunidad estatal, por ejemplo en el caso del suministro de cigarrillos para las fuerzas armadas extranjeras.³⁵⁴ En el desarrollo actual del derecho internacional, parece estar ganando aceptación el punto de vista de que la "naturaleza" del negocio jurídico u otra acción estatal es decisiva.³⁵⁵ Sin embargo, esa evaluación "objetiva" también deberá tener en cuenta el contexto funcional respectivo. La Convención de la ONU sobre la Inmunidad de los Estados de 2004 establece:

"Para determinar si un contrato o una transacción es una 'transacción comercial'..., debe hacerse referencia principalmente a la naturaleza del contrato o de la transacción, pero también debe tenerse en cuenta su finalidad si las partes del contrato o de la transacción así lo han acordado, o si, en la práctica del Estado del foro, dicha finalidad es relevante para determinar el carácter no comercial del contrato o de la transacción." (artículo 2 párr. 2).

8

El factor decisivo para el fin perseguido es probablemente la referencia directa a funciones estatales específicas; los fines indirectos quedan así filtrados. Por ejemplo, el suministro de equipamiento militar, pero no el suministro de artículos de lujo a las fuerzas armadas, sirve directamente a fines soberanos. Un contrato para el trabajo de artesanos en el edificio de una embajada no tiene que ver con el cumplimiento directo de funciones soberanas, sino sólo con garantizar unas condiciones marco adecuadas para las actividades diplomáticas.³⁵⁶ El funcionamiento de una central nuclear o de un laboratorio de investigación en ingeniería genética, que en muchos países está en manos privadas, puede calificarse -a diferencia de un fallo de supervisión soberana- de acción no soberana cuando se trata de daños medioambientales debidos a la violación de las normas modernas de cuidado. Sin embargo, en lo que respecta a la responsabilidad especial del Estado por riesgos técnicos particulares, también se puede llegar a una conclusión diferente.

Si un Estado opera en los mercados financieros del mismo modo que una empresa privada con el fin de mejorar su liquidez se tiende a clasificar dichas transacciones totalmente en el ámbito

353 Corte Suprema de Justicia de EEUU., *República Argentina contra Amerada Hess Shipping Corp.*, 488 U. S. 428 (1989). El Tribunal Supremo también dictaminó que, en virtud de la legislación estadounidense, los demandantes no podían alegar contra la inmunidad de Argentina que las acciones de las fuerzas armadas argentinas violaban el derecho internacional.

354 Véase, por ejemplo, Tribunal de Casación francés, *caso Gugenheim*, JDI 89 (1962), p. 432.

355 Véase, por ejemplo, la sección 1603 (d) de la Ley de Inmunidades Soberanas Extranjeras de EEUU de 1976; véase también la sección 3 (2) de la Ley de Inmunidad Estatal del Reino Unido de 1978.

356 Cf. BverfGE 16, 27 (64).

no soberano (comercial). La finalidad pública subyacente no puede justificar por sí sola una reivindicación de inmunidad.

La Corte Suprema de Justicia de EE.UU. ha dictaminado que la emisión de bonos denominados en dólares estadounidenses por parte del Banco Central de Argentina era una *actividad* no soberana ("*actividad comercial*").³⁵⁷ El pago sobre la base de estos bonos debía realizarse en dólares estadounidenses a cuentas en EE.UU., Alemania o Suiza. El Tribunal Supremo negó a Argentina el derecho a invocar la inmunidad frente a la reclamación derivada del bono, ya que Argentina había actuado como un actor privado al emitir los bonos en el mercado y no había ejercido ningún poder regulador estatal.

El alcance de la inmunidad es muy controvertido en los casos en los que el Estado deudor reprograma unilateralmente la deuda de los bonos del Estado sujetos a su legislación y recorta las reclamaciones de los acreedores de bonos mediante un acto legislativo (por ejemplo, limitando el importe de reembolso o ampliando el plazo). Se trata de una intervención soberana en obligaciones derivadas de una acción no soberana. El Tribunal Federal de Justicia permite que la inmunidad soberana intervenga a favor del Estado deudor en el caso de acciones interpuestas por acreedores de bonos; se pretende que se aplique tanto a las reclamaciones por daños y perjuicios debidos a un recorte de la deuda por incumplimiento de contrato como a la reclamación original de reembolso.³⁵⁸

Esta opinión del Tribunal Federal de Justicia es muy problemática. Esto se debe a que permite al Estado deudor asegurarse la inmunidad ante los tribunales alemanes en cualquier momento mediante un acto soberano dirigido a la denegación total o parcial del pago. Según la lógica del Tribunal Federal de Justicia, esto se aplicaría incluso si el bono gubernamental no está sujeto a la ley del estado emisor sino a la ley extranjera (por ejemplo, estadounidense o británica). En cualquier caso, el reconocimiento de la inmunidad soberana en caso de intervención soberana en las reclamaciones de los acreedores no mejora la posición del Estado deudor en los mercados de capitales. El problema de la inmunidad soberana ya no se plantea en el caso de las cláusulas contractuales que permiten la reestructuración con una mayoría de acreedores (*cláusulas de acción colectiva*).

- 9 Las leyes de inmunidad de algunos estados³⁵⁹ y la Convención Europea sobre Inmunidad de los Estados³⁶⁰ contienen "listas negativas" de actividades que no se consideran soberanas (como los contratos de suministro de bienes o los contratos que deben ejecutarse en el estado de jurisdicción). La Convención de la ONU sobre Inmunidad de los Estados contiene una definición de "transacción comercial" en el Artículo 2 párrafo 1 lit. c, que incluye

357 Corte Suprema de Justicia de EE.UU., *República Argentina contra Weltover, Inc*, 504 U.S. 607 (1992).

358 BGHZ 209, 191 párr. 25; BGH, NJW 2018, p. 854 párr. 21 y ss., en opinión del BGH, se trata de la apreciación de la acción soberana de un Estado extranjero: "Pues se trata [...] esencialmente de saber si el legislador griego estaba autorizado, con efecto frente a los acreedores extranjeros que habían consentido la validez de su sistema de derecho civil al adquirir obligaciones, a introducir contra su voluntad nuevas disposiciones en su ordenamiento jurídico, que sustituyen o completan las disposiciones aplicables anteriormente. Sin embargo, esto afecta directamente al principio de inmunidad del Estado [...]".

359 Véase, por ejemplo, la sección 3 (3) de la Ley de Inmunidad del Estado Británico de 1978.

360 Artículo 4 y siguientes del Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados.

"i) cualquier contrato o transacción comercial para la venta de bienes o el suministro de servicios;

(ii) cualquier contrato de préstamo u otra transacción de naturaleza financiera, incluida cualquier obligación de garantía o de indemnización con respecto a dicho préstamo o transacción;

(iii) cualquier otro contrato o transacción de naturaleza comercial, industrial, mercantil o profesional, pero sin incluir un contrato de trabajo de personas".

No puede alegarse inmunidad en los litigios relativos a bienes inmuebles situados en el Estado del foro. En menor medida, un Estado está sujeto a la jurisdicción extranjera con respecto a bienes muebles situados en el Estado del foro.³⁶¹ Según una tendencia progresiva pero controvertida del derecho internacional consuetudinario, un estado también debería estar sujeto a la jurisdicción de otro estado si el comportamiento de una persona presente en el estado de la jurisdicción atribuible a ese estado ha causado daños allí debido a un acto ilícito.³⁶² El quebrantamiento de la inmunidad soberana resulta problemático en el caso de acciones para la confiscación de bienes en violación del derecho internacional, por ejemplo en virtud de la legislación estadounidense.³⁶³

10 El principio de inmunidad soberana limitada también se aplica a la ejecución contra activos de Estados extranjeros.³⁶⁴ En principio, dicha ejecución sólo es admisible si el activo en cuestión no está dedicado a ningún fin soberano.³⁶⁵ Si no existe una asignación a fines específicos, por ejemplo en el caso de una cuenta en una embajada, es probable que la ejecución fracase en su conjunto debido a la inmunidad del Estado extranjero, a menos que éste dé su consentimiento.³⁶⁶ El Tribunal Constitucional español, basándose en la teoría de la inmunidad limitada de ejecución, ha excluido completamente de la ejecución los bienes asignados a una representación diplomática.³⁶⁷ Además de la finalidad no soberana de los bienes para el acceso a la ejecución, la legislación y la jurisprudencia de algunos estados también exigen que el uso del bien respectivo esté conectado con la actividad no soberana del estado del que ha surgido la reclamación que debe ejecutarse.³⁶⁸ Sin embargo, este requisito de conectividad va más allá de los requisitos del derecho internacional consuetudinario para el acceso con fines de ejecución.³⁶⁹ Los esfuerzos más recientes se dirigen a colocar los activos de los bancos centrales extranjeros enteramente bajo la protección de la inmunidad de ejecución.³⁷⁰ Las normas generales de la inmunidad del Estado se complementan con las disposiciones sobre la inmunidad de diplomáticos y cónsules

361 Véase el Artículo 13 de la Convención de la ONU sobre la Inmunidad de los Estados.

362 Artículo 12 de la Convención de la ONU sobre la Inmunidad de los Estados.

363 § 1605 Sección 3 de la Ley de Inmunidades Soberanas Extranjeras de 1974; véase, por ejemplo, Corte Suprema de Justicia de EEUU, *República de Austria contra Altmann*, 541 U. S. 677 (2004).

364 Véase, por ejemplo, BVerfGE 46, 342; 64, 1 con más referencias. Sobre la jurisprudencia de otros tribunales nacionales.

365 Véase el Artículo 19 de la Convención de la ONU sobre la Inmunidad de los Estados.

366 BVerfGE 46, 342 (392 y ss.); véase también House of Lords, *Alcom Ltd. contra República de Colombia*, [1984] A. C. 580.

367 Tribunal Constitucional, *Abbott v. Republic of South Africa*, Boletín de Jurisprudencia Constitucional 135 (1992), p. 155 (166).

368 Véase, por ejemplo, la sección 1610 (a) (2) de la Ley de Inmunidades Soberanas Extranjeras de EEUU de 1976.

369 Así, acertadamente, BVerfGE 64, 1 (40 s.); véase también el Artículo 19 *lit. c* de la Convención de la ONU sobre la Inmunidad de los Estados.

370 Artículo 21 párr. 1 *lit. c* de la Convención de la ONU sobre la Inmunidad de los Estados; véase también la sección 1611 (b) (1) de la Ley de Inmunidades Soberanas Extranjeras de EEUU.

y la protección de las misiones diplomáticas y consulares. Por ejemplo, el apartado 3 del artículo 22 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (CDV)³⁷¹ protege los locales de una misión diplomática contra el embargo, la incautación o la ejecución.³⁷² No es probable que una renuncia general a la inmunidad también para la ejecución se aplique sin más a la ejecución en los locales de una misión diplomática.³⁷³

- 11** Las empresas estatales y otras entidades jurídicamente independientes de Estados extranjeros gozan de una inmunidad similar a la del propio Estado en la medida en que cumplen funciones soberanas. En los procedimientos de ejecución, pueden reclamar la inmunidad si los activos sirven directamente a un fin soberano específico. El Tribunal Constitucional Federal consideró que la objeción iraní de que los ingresos de la empresa tienen un impacto significativo en el presupuesto estatal era irrelevante a la hora de acceder a los saldos bancarios de la petrolera estatal iraní (*National Iranian Oil Company*).³⁷⁴ Un problema particular es la ejecución de los saldos acreedores de un banco central extranjero debido a reclamaciones contra el Estado respectivo.

La jurisprudencia estadounidense suele respetar la independencia jurídica de los bancos centrales extranjeros en el contexto de la ejecución de reclamaciones contra el Estado y sólo trata a un banco central jurídicamente independiente como el "alter ego" del Estado respectivo en condiciones estrictas (amplio control por parte del gobierno).³⁷⁵

- 12** De importancia práctica es la cuestión de si existe una especie de presunción a favor de la reclamación de inmunidad extranjera en caso de una atribución dudosa de la acción o los bienes estatales a la esfera soberana o no soberana. Cuando se trata del comportamiento o de los bienes del propio Estado extranjero, la inmunidad estatal debe considerarse como un principio y el sometimiento a la jurisdicción extranjera como una excepción ("*in dubio pro immunitate*").³⁷⁶ Sin embargo, algo diferente debe aplicarse a las entidades jurídicamente independientes que están organizadas como corporaciones o de otro modo en las formas jurídicas del derecho privado. Esto se debe a que la adscripción de dichas empresas estatales a la esfera soberana del Estado (tanto desde el punto de vista de la inmunidad como con respecto a la responsabilidad del Estado) requiere una justificación especial.
- 13** Las organizaciones internacionales también pueden reclamar inmunidad ante los tribunales nacionales hasta cierto punto.³⁷⁷ En relación con el Estado en el que tiene su sede la organización, la inmunidad suele estar regulada por un tratado. La medida en que las organizaciones internacionales pueden tener derecho a la inmunidad es controvertida. Según una opinión muy generosa, el derecho a la inmunidad debería abarcar todas las acciones que sigan estando cubiertas por las funciones asignadas a la organización en el tratado constitutivo. En consecuencia, todas

371 BGBI. 1964 II 958.

372 Esta protección también debería impedir el registro de una hipoteca de embargo (véase, no obstante, OLG Colonia, NJOZ 2004, p. 2064 (2067)).

373 Véase BVerfGE 117, 141 y ss. sobre la renuncia a la inmunidad en la emisión de bonos del Estado argentinos.

374 BVerfGE 64, I (44).

375 Tribunal de Apelación de EE.UU. para el Segundo Circuito, *EM Ltd. contra República Argentina*, 473 F. 3d 463 (2007); Tribunal de Apelación de EE.UU. para el Segundo Circuito, *EM Ltd. contra Banco Central de la República Argentina*, 800 F. 3d 468 (2015).

376 Véase el Artículo 5 de la Convención de la ONU sobre la Inmunidad de los Estados; véase también OLG Frankfurt a. M., RIW 1982, 439 (441).

377 M. Wenckstern, *La inmunidad de las organizaciones internacionales*, 1994.

las actividades que sirvan a los fines de la organización estarían sujetas a la inmunidad. La distinción entre actos soberanos y actividades comerciales quedaría entonces obsoleta. Por otro lado, es difícil ver por qué una organización internacional puede reclamar la exención de jurisdicción extranjera en mayor medida que sus Estados fundadores. Esto aboga a favor de que la inmunidad dependa de si la actividad respectiva de la organización, como Estado, es de naturaleza soberana o no.³⁷⁸

3. Los derechos humanos y su importancia para el orden económico internacional

Literatura:

L. Aponte Miranda, Indigenous Peoples as international lawmakers, UPJIL 32 (2010/11), p. 203 y ss.; *M. Carstens*, Indigenous collective land and resource rights in the "Awas Tingni Decision" of the Inter-American Court of Human Rights, VRÜ, 2004, p. 236; *T. Cottier/J. Pauwelyn/E. Bürgi* (eds.), Human Rights and International Trade, 2006; *R. Dolzer*, Menschenrechte im internationalen Wirtschaftsrecht, en: Herdegen/Klein/Papier/Scholz (eds.), Festschrift für Roman Herzog (2009), p. 55 y ss.; *C. Downes*, ¿Deben pasar hambre los perdedores del libre comercio? Reconciling WTO Obligations and the Right to Food, Virginia J. Int. L. 47 (2007), p. 619 y ss.; *P.-M. Dupuy/E.U. Petersmann/F. Francioni* (eds.), Human Rights in International Investment Law and Arbitration, 2009; *F. Hoffmeister*, Menschenrechts- und Demokratieklauseln in den Außenbeziehungen der Europäischen Gemeinschaft, 1998; *H. Hestermeyer*, Human Rights and the WTO, 2007; *K. Mechlem*, Harmonising Trade in Agriculture and Human Rights: Opciones para la integración del derecho a la alimentación en el Acuerdo sobre la Agricultura, MPYUNL 10 (2006), p. 127 y ss.; *M. Ruffert*, The Protection of Foreign Direct Investment by the European Convention on Human Rights, GYIL 43 (2000), p. 1166 y ss.; *J. G. Ruggie*, Business and Human Rights: The Evolving International Agenda, AJIL 101 (2007), p. 819 y ss.; *K. Schmalenbach*, Multinational Enterprises and Human Rights, AVR 39 (2001), p. 57 y ss.; *O. De Schutter* (ed.), Transnational Corporations and Human Rights, 2006; *I. Seidl-Hohenveldern*, International Economic Law, 3ª ed. 1999, p. 130 y ss.; *P.-T. Stoll*, Handel und Menschenrechte in der internationalen Ordnung, en: Festschrift für Christian Stark zum 70. Geburtstag, 2007, p. 1019 y ss.; *C. Tomuschat*, Derechos humanos: Between Idealism and Realism, 3ª ed. 2014; *R. Wolfrum*, La protección de los pueblos indígenas, ZaöRV 59 (1999), p. 369 y ss.

- 14** La influencia de los derechos humanos reconocidos por el derecho internacional en el orden económico nacional es de gran importancia. La norma consuetudinaria de los derechos humanos (que garantiza un espacio "existencial" de libertad), los tratados universales de derechos humanos (como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y los convenios regionales de derechos humanos (como el Convenio Europeo de Derechos Humanos con sus protocolos adicionales) garantizan la posición del individuo como portador autónomo de derechos subjetivos. Al igual que la protección de los derechos fundamentales a nivel constitucional, la protección internacional de los derechos humanos no se limita a la esfera privada más restringida, sino que también se extiende a las actividades empresariales. Además, las garantías sociales y los derechos colectivos como la libertad de asociación tienen una influencia significativa en el orden económico y laboral. Incluso hoy en día, la influencia de los "derechos humanos clásicos" en la vida económica no suele reconocerse en su alcance.

378 Cf. § 288 (a) de la American International Organisations' Immunity Act de 1945; Tribunal de Casación italiano, Rivista di Diritto Internazionale 1983, p. 187.

Hay un animado debate, por ejemplo, sobre las implicaciones en materia de derecho mercantil del derecho a una alimentación adecuada, garantizado por el artículo 11 párr. 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En relación con la protección de la propiedad intelectual y la producción de medicamentos genéricos para el suministro de medicamentos en los países en desarrollo, se hace referencia al derecho a la salud, garantizado por el artículo 12 párr. 1 de este pacto. De ello no pueden derivarse reclamaciones intergubernamentales contra los países industrializados o las empresas multinacionales.

- 15** La conexión entre las libertades civiles y la vida económica es más pronunciada en los tratados de derechos humanos que se basan en una fuerte homogeneidad política y económica de los Estados contratantes.

Un ejemplo interesante del impacto "dinámico" de las garantías tradicionales de libertad es la derivación de la libertad de radiodifusión a favor de las emisoras privadas de la libertad de expresión en virtud del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.³⁷⁹ A la vista de los modernos avances tecnológicos, el monopolio estatal de la radiodifusión y la televisión no puede conciliarse con ello. El Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo ha dictaminado que el monopolio de radiodifusión de la Corporación Austriaca de Radiodifusión y la prohibición de establecer y explotar emisoras privadas de radio y televisión son incompatibles con el artículo 10 CEDH.³⁸⁰

- 16** La libertad personal de desarrollo presupone las condiciones materiales para la realización del proyecto de vida de un individuo. Este es el significado para los derechos humanos de la garantía de la propiedad. Sin embargo, el derecho internacional consuetudinario tradicional sólo protege la propiedad de los extranjeros. La heterogeneidad ideológica en la comunidad internacional (debida también a la influencia de las doctrinas marxistas-leninistas en muchos Estados) ha obstaculizado durante mucho tiempo el reconocimiento universal de la libertad de propiedad como derecho humano³⁸¹. Con el colapso de los sistemas socialistas en Europa del Este, se ha iniciado también aquí un nuevo desarrollo.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional Federal ha mostrado acertadamente moderación en su empeño por derivar un derecho humano a la propiedad del derecho internacional consuetudinario universal.³⁸²

- 17** A nivel de los tratados, la propiedad está protegida como un derecho humano (es decir, no sólo a favor de los extranjeros), en particular en el artículo 1 del Primer Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos. La jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo exige una indemnización por las expropiaciones de nacionales como equilibrio adecuado entre los intereses individuales y el bien común.³⁸³ En el caso de actos individuales de expropiación, el principio de proporcionalidad como norma de indemnización debería exigir, por lo general, una indemnización completa. Aunque no es necesario que la indemnización

379 Véase TEDH, *Affaire Groppera Radio AG*, Serie A, Vol. 173, 1990, §§ 57 y ss.

380 TEDH, *Informationsverein Lentia contra Austria*, Serie A, Vol. 276; Human Rights Law Journal 15 (1994), p. 36, EuGRZ 1994, p. 549.

381 Por ejemplo, *R. Dolzer*; Eigentum, Enteignung und Entschädigung im geltenden Völkerrecht, 1985.

382 BVerfGE 112, 1 (32 y ss.).

383 TEDH, *Sporrong y Lönnroth v. Suecia Serie A nº 52*, §§ 69 y ss. = EuGRZ 1983 p. 523; *Lithgow v. Reino Unido*, Serie A, Vol. 102, (1986), §§ 120 y ss.

exigida para las expropiaciones sectoriales generalizadas (nacionalizaciones) alcance el valor de mercado del bien respectivo,³⁸⁴ el requisito de una indemnización adecuada contrarresta masivamente la tendencia a expropiar ramas enteras de negocio como instrumento de reestructuración radical de la economía.

En el caso *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos contra Rusia*, el TEDH dictaminó que las inmensas sumas que las autoridades fiscales rusas habían ordenado pagar al Grupo Yukos (por un total de 2.800 millones de euros) constituían una injerencia desproporcionada en la propiedad del Grupo y, por tanto, violaban el artículo 1 del Primer Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos.³⁸⁵

- 18** En algunos países, actividades económicas como la explotación de recursos minerales provocan conflictos con los intereses de la población local. Esto incluye el menoscabo de los derechos humanos garantizados contractualmente de los grupos indígenas y pueblos tribales comparables con sus propias formas de vida. La protección de la propiedad desempeña aquí un papel especial. Como subrayó la Corte Interamericana de Justicia en el caso *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*³⁸⁶, la propiedad es de especial importancia para los grupos indígenas (y las comunidades tribales comparables) como base tanto de su existencia económica como de su vida cultural:

"Entre los pueblos indígenas existe una tradición comunitaria relativa a una forma comunal de propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la propiedad de la tierra no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los grupos indígenas, por el hecho de existir, tienen derecho a vivir libremente en su propio territorio; los estrechos vínculos de los indígenas con la tierra deben ser reconocidos y entendidos como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas, las relaciones con la tierra no son una mera cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben disfrutar plenamente, incluso para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras."³⁸⁷

En este caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que el otorgamiento de una concesión maderera para las tierras de una comunidad indígena constituía una violación del derecho a la propiedad (Artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y de otros derechos recogidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La constitución de Nicaragua había reconocido la propiedad de dichas comunidades, pero no se había aplicado adecuadamente a este respecto.

En el caso *Pueblo Saramaka contra Surinam*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos amplió la protección de la propiedad de sus zonas de asentamiento al uso tradicional de los recursos naturales (sobre y bajo tierra) debido a la importancia del uso de la tierra para la supervivencia económica y cultural de las comunidades tribales:

384 TEDH, *Lithgow c. Reino Unido*, Serie A, Vol. 102, (1986), § 121 y ss.

385 TEDH, *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos contra Rusia*, Solicitud nº 14902/04 (sentencia de 20 de septiembre de 2011).

386 Corte Interamericana de Justicia, Serie C, nº 79 (2001); véase también Corte Interamericana de Justicia, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya contra Paraguay*, Serie C, nº 146 (2006) (sobre la relación entre la protección de los derechos humanos basada en tratados y los tratados de protección de las inversiones, párr. 140).

387 Corte Interamericana de Justicia, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua*, Serie C, nº 79 (2001), párr. 149.

"[...] debido a la inextricable conexión que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, la protección de su derecho a la propiedad sobre dicho territorio, de conformidad con el artículo 21 del Convenio, es necesaria para garantizar su propia supervivencia. En consecuencia, el derecho a usar y disfrutar de su territorio carecería de sentido en el contexto de las comunidades indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que yacen sobre y dentro de la tierra. Es decir, la demanda de propiedad colectiva de la tierra por parte de los miembros de los pueblos indígenas y tribales deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y permanencia de su control y uso de los recursos naturales, lo que a su vez mantiene su propio modo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural es precisamente lo que debe protegerse en virtud del artículo 21 del Convenio para garantizar el derecho de los miembros de las comunidades indígenas y tribales al uso y disfrute de su propiedad. De este análisis se deduce que los recursos naturales que se encuentran sobre y dentro de los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos en virtud del artículo 21 son aquellos recursos naturales utilizados tradicionalmente y necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuación del modo de vida de dichos pueblos".³⁸⁸

Sin embargo, la protección contractual de la propiedad con respecto a las zonas de asentamiento tradicional no es absoluta y no impide, por lo general, el otorgamiento de concesiones para la deforestación o la minería, por ejemplo. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Justicia vincula la usurpación de la propiedad mediante la utilización de recursos naturales por terceros a tres condiciones:

- La participación efectiva de la comunidad afectada en las decisiones sobre el uso de la tierra;
- Una participación justa en los beneficios derivados;
- La realización previa de una evaluación del impacto medioambiental y social.³⁸⁹

En su jurisprudencia más reciente, la Corte Interamericana de Justicia ha hecho especial hincapié en el "derecho a la consulta" de los pueblos indígenas, es decir, el derecho a ser escuchados antes de que se adopten medidas drásticas en su tejido cultural:³⁹⁰

"219. Dada la importancia que estos sitios de valor simbólico tienen para la identidad cultural del Pueblo Sarayaku, como entidad colectiva, y su cosmovisión, varias de las declaraciones y testimonios periciales producidos durante el proceso indican el fuerte vínculo que existe entre los elementos de la naturaleza y la cultura, por un lado, y el sentido de ser de cada miembro de la Comunidad, por el otro. Esto también pone de relieve el profundo impacto que pueden tener las relaciones sociales y espirituales de los miembros de la Comunidad con los distintos elementos de la naturaleza que les rodean, cuando éstos son destruidos o debilitados.

388 Corte Interamericana de Justicia, *Caso del Pueblo Saramaka contra Surinam*, Serie C, n° 172 (2007), párr. 122.

389 Corte Interamericana de Justicia, *Caso del Pueblo Saramaka contra Surinam*, Serie C, n° 172 (2007), párr. 129.

390 Corte Interamericana de Justicia, *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, Serie C, No. 245 (2012).

220 La Corte considera que la falta de consulta al Pueblo Sarayaku afectó su identidad cultural, pues no cabe duda de que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural implicó una grave falta de respeto a su identidad social y cultural, a sus costumbres, tradiciones, cosmovisión y forma de vida, lo que naturalmente causó gran angustia, tristeza y sufrimiento entre ellos."

Con referencia a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Internacional y de Derechos Humanos en el caso *Endorois Welfare Council v. Kenya* vinculó la privación de la propiedad de la tierra a grupos de población indígena (en este caso a favor del establecimiento de una reserva de caza) en el marco de la protección de la propiedad en virtud del Artículo 14 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos a condiciones estrictas, a saber:

- Una estricta prueba de proporcionalidad;
- Consulta previa y
- Una compensación adecuada.³⁹¹

En este caso, la Comisión Africana de Derechos Humanos amplió el derecho de los pueblos a disponer de sus recursos naturales, de conformidad con el Artículo 21 de la Carta Africana de Derechos Humanos, a los recursos minerales cuya utilización no forma parte del modo de vida tradicional de la comunidad indígena (en este caso, la extracción de rubíes) y exigió una indemnización en caso de explotación por terceros.³⁹²

19 En el caso *Sawhoyamaya*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos abordó la relación entre la protección contractual de los derechos humanos y los acuerdos de protección de las inversiones y dio prioridad a las normas de derechos humanos.³⁹³

El descuido de la protección de la salud y del medio ambiente, especialmente los mecanismos de intimidación y el uso de la violencia por parte de las fuerzas del orden del Estado pueden conducir fácilmente al incumplimiento de las normas elementales de derechos humanos, sobre todo en la extracción de recursos minerales.

El caso Ogoni del que se ocupa la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos proporciona un amplio material ilustrativo de tales violaciones de los derechos humanos.³⁹⁴ Este caso se refería a la producción de petróleo en Nigeria, en la zona de asentamiento de la población ogoni, por parte de un consorcio nigeriano-europeo. El entonces gobierno militar

391 Centre for Minority Rights Development (Kenia) y Minority Group International en nombre de Endorois Welfare Council c. Kenia, ILM 49 (2010), p. 861, párrs. 174 y ss.

392 Centre for Minority Rights Development (Kenia) y Minority Group International en nombre de Endorois Welfare Council c. Kenia, ILM 49 (2010), p. 861, párrs. 252 y ss.

393 Corte Interamericana de Justicia, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay*, Serie C, n° 146 (2006), párr. 140.

394 *The Social and Economic Rights Action Centre and the Center for Economic, and Social Rights v. Nigeria*, www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/155-96.html. Véase F. Coomans, El caso *Ogoni* ante la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, ICLQ 52 (2003), p. 749 y ss.

de Nigeria no había llevado a cabo una evaluación fiable e independiente de las repercusiones medioambientales y sociales. Según las conclusiones de la Comisión, la producción de petróleo provocó la contaminación del aire, el agua y el suelo, con consecuencias perjudiciales para la salud. Los procesos estatales de toma de decisiones tuvieron lugar sin la participación de la población ogoni. Las fuerzas de seguridad nigerianas destruyeron casas y pueblos enteros de la población ogoni; los habitantes que querían regresar a sus asentamientos fueron maltratados y, en algunos casos, incluso asesinados. La Comisión constató una violación de varias garantías de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (como el derecho a la salud del artículo 16, el derecho colectivo a un "*medio ambiente generalmente satisfactorio*" artículo 24, el derecho de los pueblos a determinar sus recursos naturales del Artículo 21, la garantía de la propiedad del artículo 14 y la protección garantizada de la familia del artículo 18 párrafo 1). La Comisión no tuvo que pronunciarse sobre la posible corresponsabilidad de las compañías petroleras privadas. En este contexto, sin embargo, merecen especial atención la demanda interpuesta por familiares de activistas de derechos humanos de Ogoni Land contra las empresas Shell y el acuerdo de pagos sustanciales por parte de Shell.³⁹⁵³⁹⁶

- 20** Mientras tanto, los tratados de cooperación económica o de integración económica también tienen una dimensión considerable en materia de derechos humanos. Los acuerdos de la Unión Europea con los países en desarrollo y los países recientemente industrializados tienen como objetivo proteger los derechos humanos.³⁹⁷
- 21** El Tratado de la Comunidad para el Desarrollo del África Meridional (*Comunidad para el Desarrollo del África Meridional*, SADC) obliga a la SADC y a sus Estados miembros a respetar los derechos humanos, la democracia y el Estado de *derecho* en el Artículo 4 *lit. c* (*Estado de derecho*). Además, el tratado obliga a los estados miembros a abstenerse de cualquier medida que ponga en peligro la esencia de los principios del tratado y la realización de sus objetivos (Artículo 6 párrafo 1).

En el caso *Campbell contra la República de Zimbabue*, el tribunal de la SADC derivó de la norma sobre derechos humanos y Estado de derecho del Artículo 4 *lit. c* del tratado que los Estados miembros deben garantizar la protección judicial y un juicio justo en caso de injerencia en un derecho.³⁹⁸ Además, el Tribunal de la SADC derivó una prohibición de discriminación racial del respeto exigido de los derechos humanos y también extendió esta prohibición a la discriminación de facto. Por estas razones, el tribunal calificó de violación del Tratado de la SADC una enmienda constitucional de Zimbabue que pretendía la expropiación de los granjeros blancos y negaba la protección legal contra la expropiación. El gobierno de Zimbabue se ha negado en redondo a reconocer y cumplir la sentencia del caso *Campbell*. A partir de entonces, los miembros suspendieron de hecho el Tribunal de la SADC. Un protocolo de 2014³⁹⁹ sobre el Tribunal de la SADC dota al tribunal de una estructura completamente nueva con una jurisdicción drásticamente reducida y limitada a las disputas entre los Estados miembros.⁴⁰⁰

395 El acuerdo puede consultarse en <http://wiwvashell.org/wiwa-v-shell-victory-settlement/> (consultado el 03 de enero de 2022).

396 Véase más arriba § 4, 2. h).

397 *F. Hoffmeister*, Menschenrechts- und Demokratieklauseln in den vertraglichen Außenbeziehungen der Europäischen Gemeinschaft, 1998.

398 Tribunal de la SADC, *Mike Campbell y otros contra la República de Zimbabue*, ILM 48 (2009), p. 530 y ss.

399 Protocolo sobre el Tribunal en la Comunidad para el Desarrollo del África Austral, disponible en <https://www.sadc.int/documents-publications/show/Protocol%20on%20the%20Tribunal%20and%20Rules%20thereof%20> (consultado el 03 de enero de 2022).

400 Sobre este punto, *G. J. Naldi/K. D. Magliveras*, The New SADC Tribunal: Or the Emasculation of an International Tribunal, NILR 2016, p. 133 y ss.

En el tratado de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO), los Estados miembros se comprometen "a respetar y promover los derechos humanos de conformidad con la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos" (Artículo 4 lit. g). Los particulares pueden presentar denuncias ante el Tribunal por violaciones de los derechos humanos (Artículo 10 *lit. d* del Protocolo Adicional al Tribunal de Justicia de la CEDEAO)⁴⁰¹.

En el caso *Koraou contra la República de Níger*, el Tribunal de Justicia de la CEDEAO se pronunció sobre las formas tradicionales de esclavitud de las mujeres en Níger.⁴⁰²

4. Derecho de extranjería y protección diplomática

Literatura:

C. F. Amerasinghe, *Diplomatic Protection*, 2008; K. Doehring, *Die Pflicht des Staates zur Gewährleistung diplomatischen Schutzes*, 1959; *ders.*, *Aliens, Admission*, en: EPIL, Vol. I, 1992, p. 109 y ss.; R. Dolzer, *Eigentum, Enteignung und Entschädigung im geltenden Völkerrecht*, 1985; J. A. Frowein u. a. (eds.), *Die Rechtsstellung von Ausländern nach staatlichem Recht und Völkerrecht*, dos vols, 1987; K. Hailbronner (ed.), *Die Allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts*, 2000; G. Ress/T. Stein (eds.), *Diplomatischer Schutz im Völker- und Europarecht*, 1996; W. K. Geck, *Diplomatic Protection*, en: EPIL, Vol. I, 1992, p. 1045 y ss.; véanse también las notas sobre el § 20.

- 22 El derecho internacional de extranjería contiene las normas que rigen el estatuto de las personas en un Estado del que no son nacionales (es decir, los nacionales de Estados extranjeros y los apátridas). Las opciones normativas de un estado con respecto a los extranjeros son menos amplias que con respecto a sus propios nacionales. En concreto, un estado puede diferenciar entre sus propios nacionales y los extranjeros a la hora de conceder determinados derechos.
- 23 En el trato a sus propios nacionales, un Estado sólo debe respetar, desde la perspectiva del derecho internacional, los derechos humanos que se derivan del derecho internacional consuetudinario y de los tratados especiales (como el Convenio Europeo de Derechos Humanos) para la protección de toda persona. Por el contrario, todo Estado debe cumplir una norma mínima internacional (*norma mínima internacional*) en favor de los extranjeros, que en algunos ámbitos supera el nivel de protección de los derechos humanos universales. En su forma clásica, la norma mínima del derecho de extranjería sólo protege contra el trato masivo que se burla de las normas internacionales ("trato escandaloso").

En este sentido, en el caso de la *reclamación Neer* (1926), una comisión de arbitraje estadounidense-mexicana formuló de forma restrictiva la condición para no aplicar la norma mínima:

"[...] el trato dado a un extranjero, para constituir un delito internacional debe equivaler a un ultraje, a mala fe, a negligencia deliberada en el cumplimiento del deber, o a una insuficiencia de la acción gubernamental tan alejada de las normas internacionales que cualquier hombre razonable e imparcial reconocería fácilmente su insuficiencia. Que la insuficiencia proceda de la ejecución deficiente de una ley razonable o del hecho de que las leyes del país no faculten a

401 Véase K. J. Alter/L. R. Helfer/J. R. McAllister, *A New International Human Rights Court for West Africa: The ECOWAS Community Court of Justice*, AJIL 107 (2013), p. 737 y ss.

402 Sentencia nº ECW/CCJ/JUD/06/08 de 27 de octubre de 2008.

las autoridades para estar a la altura de las normas internacionales es irrelevante."⁴⁰³

Según la práctica arbitral más reciente, esta descripción clásica con referencia a un desprecio masivo, escandaloso y malicioso de las normas civilizadas ya no es suficiente.⁴⁰⁴ Por ejemplo, el tribunal arbitral del CIADI en el caso de protección de inversiones *Mondev International contra Estados Unidos*⁴⁰⁵ adoptó un desarrollo ulterior de la norma mínima:

"*Neer* y otros laudos arbitrales similares se decidieron en la década de 1920, cuando el estatus del individuo en el derecho internacional, y la protección internacional de las inversiones extranjeras, estaban mucho menos desarrollados de lo que han llegado a estar desde entonces. En particular, tanto los derechos sustantivos como procesales del individuo en el derecho internacional han experimentado un desarrollo considerable. A la luz de estos desarrollos, no resulta convincente limitar el significado de "trato justo y equitativo" y de "protección y seguridad plenas" de las inversiones extranjeras a lo que esos términos -de haber estado vigentes en aquel momento- podrían haber significado en los años veinte cuando se aplicaban a la seguridad física de un extranjero (párrafo 116)."

Según la tendencia predominante hoy en día, una violación de la norma mínima requiere un grado tangible y obvio de arbitrariedad o una violación de un procedimiento justo. Este es el punto de vista adoptado por el tribunal arbitral en el caso *Eco Oro Minerals Corp. contra la República de Colombia*:

"Habiendo revisado las decisiones pertinentes, aunque la intención maliciosa, la negligencia deliberada en el cumplimiento del deber o la mala fe no son elementos necesarios del MST según el derecho internacional consuetudinario, debe existir algún factor agravante de forma que los actos identificados supongan algo más que una derogación menor de lo que se considera aceptable internacionalmente. La conducta en cuestión debe engendrar un sentimiento de indignación o conmoción, equivaler a una injusticia flagrante o a una arbitrariedad manifiesta que caiga por debajo de los estándares aceptables, o debe haber habido una falta de garantías procesales que haya conducido a un resultado que ofenda el sentido del decoro judicial. Por lo tanto, el trato denunciado debe ser inaceptable desde una perspectiva internacional, teniendo en cuenta el alto grado de deferencia que el derecho internacional concede a los Estados para regular asuntos dentro de sus propias fronteras."⁴⁰⁶

En este caso, diversos actos jurídicos habían dado lugar a una situación jurídica confusa en lo que respecta a la limitación espacial de los posibles derechos mineros (ámbito de una reserva natural). En opinión del tribunal de arbitraje, esto violaba las expectativas protegidas del inversor de una regulación fiable y estable.

403 US - Mexican General Claims Commission, *United States v. Mexico*, RIAA 4 (1926), p. 60. Cf. US-Mexican General Claims Commission, *United States v. Mexico*, RIAA 4 (1926), p. 80. Véase infra, § 23, 2. h).

404 Véase más abajo, § 23, 2. g).

405 *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI núm. ARB(AF)/99/2, ILM 42 (2003), p. 85 y ss. Véase también *Rusoro Mining Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI núm. ARB(AF)/12/05 (2016), párrs. 519 y ss.

406 *Eco Oro Minerals Corp. c. República de Colombia*, caso del CIADI núm. ARB/16/41, Decisión sobre jurisdicción, responsabilidad y directrices sobre el quantum, 09 de septiembre de 2021, párr. 755.

- 24 El concepto de igualdad de trato de los nacionales, que implica desviaciones hacia arriba y hacia abajo de la misma norma mínima, se ha defendido en competencia con la norma mínima de la ley de inmigración, sobre todo en América Latina. Este concepto, desarrollado por el experto argentino en derecho internacional *Carlos Calvo*, pretende lograr la igualdad entre extranjeros y nacionales.⁴⁰⁷ En cualquier caso, no ha logrado ganarse la aceptación general.

Sin embargo, las enseñanzas de *Calvo* vuelven a seguirse hoy en día en algunos países sudamericanos. Por ejemplo, el artículo 301 de la Constitución venezolana de 1999 prohíbe el trato preferente de las personas físicas y jurídicas extranjeras sobre las nacionales (frase 2). Al mismo tiempo, estipula la igualdad de trato de las inversiones extranjeras y nacionales (frase 3).

Del mismo modo, la Constitución de Bolivia de 2009 establece en su artículo 320:

II. Toda inversión extranjera estará sometida a la jurisdicción, a las leyes y a las autoridades bolivianas, y nadie podrá invocar situación de excepción, ni apelar a reclamaciones diplomáticas para obtener un tratamiento más favorable.

III. Las relaciones económicas con estados o empresas extranjeras se realizarán en condiciones de independencia, respeto mutuo y equidad. No se podrá otorgar a Estados o empresas extranjeras condiciones más beneficiosas que las establecidas para los bolivianos.

Mientras tanto, la norma mínima del derecho de extranjería ha perdido importancia debido a la ampliación de la protección de los derechos humanos en los tratados internacionales. Sin embargo, el estatus jurídico especial de los extranjeros en caso de expropiación sigue siendo especialmente importante. Ello se debe a que, según el derecho internacional consuetudinario, un Estado sólo puede confiscar bienes a ciudadanos extranjeros bajo ciertas condiciones, que incluyen, en particular, una indemnización adecuada.⁴⁰⁸

- 25 Según la norma mínima internacional, los extranjeros gozan de una protección especial. A la inversa, los Estados también pueden reservar ciertos derechos a sus propios nacionales, como el derecho a la participación política o la posibilidad de adquirir tierras. En principio, un Estado no está obligado a permitir que los extranjeros residan en su territorio. La práctica estatal reconoce un gran número de tratados que van más allá del derecho general de extranjería para mejorar el estatus legal de los nacionales de un estado contratante cuando residen en otro estado y garantizarles los mismos derechos a los que tienen derecho los nacionales del estado contratante. Tales acuerdos pueden encontrarse sobre todo en numerosos tratados de amistad, comercio y navegación, que solían desempeñar un papel importante en la práctica estatal.⁴⁰⁹ Típicos de estos tratados son, por ejemplo, las garantías del derecho de establecimiento y la protección de la propiedad. Dichos tratados desempeñan un papel importante en la jurisprudencia de los tribunales internacionales y de los tribunales de arbitraje. En cuanto a las garantías de protección de la propiedad extranjera, el clásico tratado de amistad ha sido sustituido por acuerdos especiales de protección de las inversiones.⁴¹⁰

407 Por ejemplo, *P. Juillard*, *Doctrina Calvo/Cláusula Calvo*, en: R. Wolfrum (ed.), *MPEPIL*, vol. I, 2012, p. 1086 y ss.; *D. R. Shea*, *The Calvo Clause*, 1955.

408 Véase más adelante, § 20, 1.

409 Por ejemplo, *A. Paulus*, *Tratados de amistad, comercio y navegación*, en: R. Wolfrum (ed.), *MPEPIL*, vol. IX, 2012, p. 1140 y ss.

410 Véase más adelante, § 23, 2.

- 26** Si un Estado trata a un ciudadano extranjero violando el derecho internacional a través de las acciones u omisiones de sus órganos, el Estado de origen del ciudadano extranjero puede hacer valer la violación del derecho internacional contra el Estado anfitrión mediante la protección diplomática. En virtud de los tratados modernos de protección de las inversiones, un inversor puede, por lo general, iniciar inmediatamente un procedimiento de arbitraje.

En el caso de las empresas, la protección diplomática depende de su nacionalidad (según la teoría de la fundación o la teoría del domicilio).

El proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre la protección diplomática⁴¹¹ considera que el Estado bajo cuya ley se fundó la sociedad es el Estado de origen a efectos del ejercicio de la protección. En consecuencia, un Estado de origen diferente sólo puede ejercer la protección diplomática en casos excepcionales (vinculados a la relación de control y al control financiero) (Artículo 9 del proyecto de la CDI):

"A los efectos de la protección diplomática de una sociedad, se entiende por Estado de la nacionalidad el Estado bajo cuya ley se constituyó la sociedad. Sin embargo, cuando la sociedad esté controlada por nacionales de otro Estado o Estados y no tenga actividades comerciales sustanciales en el Estado de constitución, y la sede de la dirección y el control financiero de la sociedad estén ambos situados en otro Estado, se considerará que ese Estado es el Estado de la nacionalidad."

- 27** En el caso de medidas contra una empresa con personalidad jurídica propia, la protección diplomática sólo puede ser ejercida, por lo general, por el Estado de origen de la empresa. Esto se debe a que, por regla general, sólo se ven afectados los derechos de la empresa y no los de los accionistas, como subrayó el Tribunal Internacional de Justicia en el caso Barcelona Traction

"No un mero interés afectado, sino únicamente un derecho infringido implica responsabilidad, de modo que un acto dirigido contra los derechos de la sociedad y que los infrinja únicamente no implica responsabilidad hacia los accionistas, aunque sus intereses se vean afectados".⁴¹²

Excepcionalmente, es posible recurrir a los accionistas individuales ("*levantamiento del velo corporativo*") en particular si la sociedad se liquida o ha perdido de otro modo toda capacidad de obrar.⁴¹³

- 28** El Estado de origen de los accionistas y otros accionistas de una sociedad puede ejercer la protección diplomática independientemente de la nacionalidad de la sociedad si la posición jurídica de estos accionistas está especialmente protegida por un tratado. En este sentido, las disposiciones contractuales sobre protección de inversiones a favor de la propiedad de acciones en sociedades crean una base para la protección diplomática por parte del estado de origen de los accionistas. Por ejemplo, en el caso *ELSI*,⁴¹⁴ la Corte Internacional de Justicia tuvo que ocuparse del tratado de amistad celebrado entre dos Estados; el caso se refería a la acción em-

411 Doc. ONU. A/61/10, Informe sobre los trabajos de su quincuagésimo octavo período de sesiones (1 de mayo a 9 de junio y 3 de julio a 11 de agosto de 2006), p. 16 y ss.

412 CIJ, *Bélgica contra España*, Informes de la CIJ 1970, p. 3, 36 párr. 46; véase supra, § 4 párr. 60.

413 CIJ, *Bélgica contra España*, Informes de la CIJ 1970, p. 3, 36 párrs. 46 y §, 40 párrs. 64 y ss.

414 Informes de la CIJ 1989, p. 15.

prendida por las autoridades estatales italianas contra la filial italiana insolvente de una empresa estadounidense. Según el proyecto sobre protección diplomática adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en 2006, el Estado de origen de los accionistas de una empresa puede ejercer excepcionalmente la protección diplomática contra otro Estado si la empresa tenía la nacionalidad del Estado responsable y esta nacionalidad era una condición para hacer negocios en el Estado responsable (artículo 11 *lit. b*).

- 29** Si un Estado toma medidas directas contra los accionistas extranjeros de una empresa nacional (por ejemplo, interfiriendo en los derechos de participación o en las reclamaciones de dividendos), el Estado de origen de los accionistas puede ejercer la protección diplomática. Por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia así lo declaró en el caso *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea contra República Democrática del Congo)*⁴¹⁵ :

"El ejercicio por un Estado de la protección diplomática en favor de una persona física o jurídica, asocié o accionista, que tenga su nacionalidad, tiene por objeto comprometer la responsabilidad de otro Estado por un perjuicio causado a esa persona por un hecho internacionalmente ilícito cometido por ese Estado. En última instancia, esto no es más que la protección diplomática de una persona física o jurídica tal y como se define en el artículo 1 del proyecto de artículos de la CDI; lo que equivale al hecho internacionalmente ilícito, en el caso de asociés o accionistas, es la violación por parte del Estado demandado de sus derechos directos en relación con una persona jurídica, derechos directos que están definidos por el derecho interno de ese Estado, tal y como aceptan ambas Partes, además. Sobre esta base, la protección diplomática de los derechos directos de *associés* de una *société privée à responsabilité limitée* o accionistas de una sociedad anónima no debe considerarse como una excepción al régimen jurídico general de protección diplomática de las personas físicas o jurídicas, tal como se deriva del derecho internacional consuetudinario."

- 30** Los medios de protección diplomática incluyen la protesta, la retorsión (un comportamiento "inamistoso" como la restricción de las relaciones comerciales) y las represalias (una contramedida que en sí misma es contraria al derecho internacional pero que se justifica como respuesta proporcionada, como el incumplimiento de obligaciones contractuales o la congelación de activos extranjeros). En el caso de las empresas, el Estado del domicilio o el Estado fundador suele estar autorizado a ejercer la protección diplomática.⁴¹⁶ El requisito previo para la protección diplomática suele ser el agotamiento de los recursos legales existentes en el país de residencia (*norma de los recursos locales*).

415 CIJ, *Caso relativo a Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea contra República Democrática del Congo)* (Objeciones preliminares), ILM 46 (2007), p. 712 párr. 21.

416 Véase más arriba sobre la protección diplomática en favor de las empresas, § 4, 2. H).

- 31 Como resultado de las agresivas medidas adoptadas por las potencias europeas para proteger a sus propios nacionales en el pasado, muchos Estados latinoamericanos, influidos por las enseñanzas del erudito en derecho internacional *Calvo*, se han opuesto durante mucho tiempo a la institución de la protección diplomática. Una expresión de este rechazo es la exigencia de que los inversores extranjeros renuncien al derecho a la protección diplomática de su Estado de origen y se limiten a la protección jurídica de los tribunales del Estado anfitrión (cláusula *Calvo*).⁴¹⁷

Sin embargo, como demuestra la nueva Constitución de Bolivia (Artículo 320 párr. 2), el escepticismo sobre la protección diplomática sigue muy vivo en algunos países.

- 32 Sin embargo, la doctrina *Calvos* no ha logrado asentarse plenamente en el derecho internacional. En particular, el Estado de origen no puede oponerse a sus propios nacionales por renunciar a la protección diplomática. En el caso *North American Dredging Company of Texas*, una comisión mixta de arbitraje limitó la sumisión contractual de una empresa estadounidense al derecho mexicano y a la jurisdicción exclusiva de los tribunales mexicanos, renunciando al mismo tiempo a la protección diplomática, a las reclamaciones derivadas del contrato con el Estado anfitrión; la protección diplomática por violación de las normas del derecho internacional (*denegación de justicia*) por lo tanto no se vio afectada por la cláusula de sumisión contractual.⁴¹⁸ Sin embargo, no se puede negar sin más a un inversor extranjero la posibilidad de disponer de sus reclamaciones contractuales contra el Estado anfitrión. Esto es especialmente cierto si se asume, de acuerdo con una opinión más reciente, que el Estado de origen hace valer la reclamación de su nacional en el caso de la protección diplomática en una especie de "estatuto de litigante". Por otro lado, los acuerdos de protección de inversiones más recientes con Estados latinoamericanos individuales documentan la menguante influencia de la doctrina *Calvo*. Los tratados modernos de protección de inversiones suelen prever que las disputas entre un inversor y el Estado anfitrión sean resueltas por el *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones* (CIADI) u otro arbitraje internacional⁴¹⁹. La sumisión contractual de un inversor a la jurisdicción exclusiva de los tribunales del Estado anfitrión se interpreta de forma restrictiva.⁴²⁰

Sin embargo, algunos gobiernos sudamericanos se están distanciando de la protección de las inversiones basada en tratados. Bolivia denunció el Convenio del CIADI en 2007, Ecuador en 2009 y Venezuela en 2012.

417 Por ejemplo, *P. Juillard*, Doctrina Calvo/Cláusula Calvo, en: R. Wolfrum (ed.), MPEPIL, vol. I, 2012, p. 1086 y ss.; *D. R. Shea*, The Calvo Clause, 1955.

418 Cf. Comisión de Reclamaciones México-Estados Unidos, *North American Dredging Company of Texas v. United Mexican States*, RIAA, Vol. IV, p. 26 (27 y ss.).

419 Véase infra, § 9, 1. y 2.; § 23, 6.

420 Véase más adelante, § 23, 2. J).

§ 8. Derecho medioambiental internacional y relaciones económicas internacionales

Bibliografía:

U. Beyerlin/T. Marauhn, International Environmental Law, 2011; *F. Bloch*, Technologietransfer zum internationalen Umweltschutz, 2007; *L. Rajamani, J. Peel* (eds.), The Oxford Handbook of International Environmental Law, 2ª ed. 2021; *M. Bowman/C. Redgwell* (eds.), International Law and the Conservation of Biological Diversity, 1996; *L. Campiglio/L. Pineschi/D. Siniscalco/T. Treves* (eds.), El medio ambiente después de Río. International Law and Economics, 1996; *R. Dolzer*, Konzeption, Finanzierung und Durchführung des globalen Umweltschutzes, en: *V. Götz/P. Selmer/R. Wolfrum* (eds.), Liber amicorum Günther Jaenicke, 1998, p. 37 y ss.; *ders./K. Kreuzer/P. Kunig/R. Lagoni/W. Lang/H. Schack*, Umweltschutz im Völkerrecht und Kollisionsrecht, Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, Heft 32, 1991; *ders./J. Thesing* (eds.), Protecting Our Environment, 2000; *A. Epiney*, Umweltrecht der Europäischen Union, 4ª ed. 2019; *M. Faure/G. Skogh*, The Economic Analysis of Environmental Policy and Law, 2003; *C. Holstein*, Der Umweltschutz in der Tätigkeit der Weltbankgruppe, 2001; *B. Kellersmann*, Die gemeinsame, aber differenzierte Verantwortung von Industriestaaten und Entwicklungsländern für den Schutz der globalen Umwelt, 2000; *A. Kiss/D. Shelton*, Guide to International Environmental Law, 2007; *M. Kloepper*, Umweltrecht, 4ª ed. 2016, p. 764 y ss.; *F. McConnell*, The Biodiversity Convention. A Negotiating History, 1996; *P. Sands/J. Peel*, Principles of International Environmental Law, 4ª ed. 2018; *T. J. Schoenbaum*, International Trade and Protection of the Environment: The Continuing Search for Reconciliation, AJIL 91 (1997), p. 268 y ss.; *R. Wolfrum* (ed.), Enforcing Environmental Standards: Economic Mechanisms as Viable Means? 1996.

- 1 Una visión normativa de la vida económica moderna ya no puede prescindir de tener en cuenta el derecho medioambiental. La protección de los fundamentos naturales de la vida también se reconoce cada vez más a nivel intergubernamental como un bien que no debe pasar a un segundo plano frente a la mejor asignación posible de los recursos y el aumento de la productividad.
- 2 Las disposiciones legales para la protección del medio ambiente tienen un impacto significativo en las condiciones marco de la actividad empresarial, especialmente en la construcción y explotación de plantas de producción de bienes o energía. En el caso de las centrales nucleares o de las instalaciones de ingeniería genética, los requisitos de autorización y la respectiva evaluación de las preocupaciones medioambientales desempeñan un papel decisivo en la elección del emplazamiento a escala nacional e internacional. En el campo de la ingeniería genética en Alemania, por ejemplo, se ha argumentado durante mucho tiempo desde la perspectiva de la industria química o farmacéutica que las estrictas normativas legales y su engorrosa aplicación administrativa hacen que el traslado de las instalaciones de investigación y producción a Estados Unidos y otros países sea una alternativa atractiva.
- 3 Desde hace algún tiempo, la Unión Europea tiene una competencia especial en materia de protección del medio ambiente (artículo 191 y ss. TFUE y ss. del TFUE). Además, la competencia de la Unión Europea para armonizar la legislación al servicio del funcionamiento del mercado interior (Artículos 114 y 115 TFUE) tiene una importante dimensión de derecho medioambiental. Esto se debe a que las normas de derecho medioambiental para la producción o comercialización de determinados bienes (como los medicamentos) desempeñan un papel decisivo a la hora de determinar las condiciones de competencia en cada uno de los Estados miembros. Hoy en día, por ejemplo, el ámbito de la ingeniería genética está muy marcado por el Derecho de la Unión a través de las directivas comunitarias sobre ingeniería genética contenida y sobre la

liberación de organismos modificados genéticamente.⁴²¹ Esto nivela considerablemente las diferencias en las condiciones de investigación y producción dentro de la Unión Europea. Sin embargo, las peculiaridades restantes de la legislación nacional (como la ley alemana sobre ingeniería genética) en el marco del derecho de la Unión - ya sea como normas justificadas de protección medioambiental u obstáculos "caseros" a la investigación y la producción - siguen siendo importantes para las decisiones empresariales sobre las ubicaciones.

- 4 Las restricciones a la importación desempeñan un papel importante como vehículo para hacer cumplir la normativa medioambiental. La disposición del artículo 36 TFUE⁴²² autoriza restricciones (proporcionadas y no discriminatorias) a la circulación de mercancías para proteger la salud y la vida de las personas, los animales o las plantas. A menudo resulta difícil evaluar si las restricciones a la importación por motivos de protección medioambiental son compatibles con las normas del GATT y otros reglamentos de la OMC sobre la liberalización del comercio mundial. Las barreras comerciales que no están relacionadas con los métodos de extracción ni con el proceso de producción son especialmente problemáticas. Un ejemplo es la prohibición de importar pescado, que va dirigida contra determinados métodos de pesca (desfavorecidos por razones ecológicas). La justificación en virtud del artículo XX del GATT debe cumplir unos requisitos estrictos.⁴²³

1. Derecho internacional de vecindad

- 5 En el derecho internacional de vecindad se ha aceptado de forma generalizada que los Estados no pueden disfrutar de una libertad ilimitada en su territorio con respecto a la contaminación medioambiental transfronteriza. Más bien, según el principio de soberanía limitada, un Estado no puede tomar medidas o tolerar acciones privadas en su territorio que puedan causar daños graves al equilibrio ecológico u otros daños medioambientales significativos en el territorio de un Estado vecino. Este principio ha sido reconocido en varios laudos arbitrales internacionales.⁴²⁴ Se trata de un requisito de consideración en la relación de vecindad entre Estados, que debe concretarse caso por caso. En el caso *Pulp Mills (Argentina contra Uruguay)*, la Corte Internacional de Justicia exigió una evaluación del impacto medioambiental cuando se explotara una planta en un río fronterizo. La Corte Internacional de Justicia no sólo derivó este requisito de las obligaciones contractuales de cooperar, sino que también lo interpretó como una concreción del requisito de consideración del derecho internacional consuetudinario.⁴²⁵

"[L]a obligación de proteger y preservar [...] debe interpretarse de acuerdo con una práctica, que en los últimos años ha ganado tanta aceptación entre los Estados que ahora puede considerarse un requisito en virtud del derecho internacional general para llevar a cabo una evaluación

421 M. Herdegen/H.-G. Dederer, *Internationales Biotechnologierecht*, Vol. 1, Parte 4, I. 1., 2., 5.

422 Véase más adelante, § 12, 2. A).

423 Véase más adelante, § 10, 6.

424 Véase, por ejemplo, el laudo del caso *Lac Lanoux* (desvío de aguas en los Pirineos), RIAA, vol. XII, p. 281; véase *A. Epiney*, Arbitraje Lac Lanoux, en: R. Wolfrum (ed.), MPEPIL, vol. VI, 2012, p. 626 y ss.; Laudo en el caso *Trail Smelter* (contaminación atmosférica de una fundición de zinc canadiense en la frontera con EE.UU.), RIAA, vol. III, p. 1905; véase también *R. A. Miller*, *Trail Smelter Arbitration*, en: R. Wolfrum (ed.), MPEPIL, vol. IX, 2012, p. 1010 y ss.

425 CIJ, *Caso relativo a las fábricas de celulosa en el río Uruguay (Argentina contra Uruguay)*, Informes de la CIJ 2010, p.14 párr. 204.

de impacto ambiental cuando existe el riesgo de que la actividad industrial propuesta pueda tener un impacto adverso significativo en un contexto transfronterizo, en particular, sobre un recurso compartido."

- 6 El derecho internacional consuetudinario reconoce que los Estados están sujetos a un deber de consideración cuando construyen y explotan instalaciones con repercusiones medioambientales transfronterizas y deben evitar una contaminación significativa del medio ambiente en los Estados vecinos. En el caso de actividades altamente peligrosas ("*actividades ultra peligrosas*") existe una tendencia urgente a asumir una responsabilidad estricta basada en el riesgo causado. En consecuencia, la Unión Soviética habría sido responsable de los daños causados por la catástrofe nuclear de Chernóbil independientemente de la culpa.

- 7 Una cuestión importante es el efecto de las autorizaciones estatales para las instalaciones que causan contaminación medioambiental transfronteriza. En muchos ordenamientos jurídicos nacionales, la autorización efectiva de una instalación que emite determinadas sustancias significa que los vecinos afectados deben tolerar el funcionamiento de la instalación. Sin embargo, en el caso de las molestias transfronterizas, un vecino extranjero no tiene por qué tener la autorización en su contra en su país de origen, por ejemplo en un juicio contra el operador. Esto se debe a que las decisiones de autorización de un país no suelen ser vinculantes para las autoridades y los tribunales del país vecino.

Estos problemas pueden ilustrarse con la demanda interpuesta por los cultivadores holandeses de tulipanes contra las empresas francesas de potasa debido a la salinización del agua del Rin.⁴²⁶ En los tribunales holandeses, las empresas responsables de la salinización no pudieron invocar con éxito el permiso de vertido francés.

Otro problema es el derecho de los vecinos extranjeros a emprender acciones legales contra las autorizaciones nacionales en virtud de la ley de control de inmisiones. En aras de la "buena vecindad", el Tribunal Federal alemán ha reconocido que un holandés puede invocar las normas de seguridad de la Ley de Energía Atómica alemana que protegen a las personas e interponer una demanda contra la autorización nuclear cuando se aprueba una central nuclear cerca de la frontera holandesa.⁴²⁷

- 8 Por regla general, sólo puede alcanzarse una solución satisfactoria mediante un tratado internacional entre los países afectados. Por ejemplo, se ha concluido un tratado de este tipo entre la República Federal de Alemania y Austria en relación con la explotación del aeropuerto de Salzburgo, situado cerca de la frontera.⁴²⁸

426 Sobre este punto, *S. Nassr-Esfahani/M. Wenckstern*, *Der Rheinversalzungsprozess*, *RabelsZ* 49 (1985), p. 740 y ss.

427 *BverwGE* 75, 285 (288 s.).

428 *BGBI.* 1974 II, p. 15; véase *BVerfGE* 72, 66.

2. El concepto de "desarrollo sostenible"

Literatura:

A. Boyle/D. Freestone, Derecho internacional y desarrollo sostenible, 1999; K. Ginther/E. Denters/P. de Waart, Sustainable Development and Good Governance, 1995; C. Voigt, El desarrollo sostenible como principio del derecho internacional, 2009.

- 9 La exigencia de un desarrollo responsable (que tenga en cuenta las preocupaciones medioambientales) se ha asentado en el concepto de "desarrollo sostenible" (en una traducción alemana no del todo feliz: "nachhaltige Entwicklung"). La idea que subyace a esta fórmula es lograr un equilibrio entre el desarrollo económico (con ganancias de bienestar basadas en el aumento de la productividad), por un lado, y el uso cuidadoso de los recursos naturales, por otro. El concepto de "desarrollo sostenible" no es un conjunto de leyes comunes, sino que sirve como principio rector para la consideración de las preocupaciones medioambientales en el marco de los tratados internacionales y para el diseño de la política económica y medioambiental nacional.

El Fondo para el Medio Ambiente Mundial se ha creado en el Banco Mundial para promover un desarrollo respetuoso con el medio ambiente.⁴²⁹ Este mecanismo de financiación está destinado principalmente a promover medidas de protección del medio ambiente en los países en desarrollo. Las repetidas reestructuraciones del Fondo han reforzado la influencia de los países en desarrollo.⁴³⁰

- 10 La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo celebrada en Río de Janeiro en 1992 marcó un rumbo claro para el desarrollo de la protección del medio ambiente en el derecho internacional. La *Agenda 21*⁴³¹ adoptada en la Conferencia de Río contiene un programa de acción para la futura configuración de la protección medioambiental internacional. La *Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo*⁴³² entiende el principio de *desarrollo sostenible* en términos de una orientación antropocéntrica. El principio 1 de la declaración lo deja claro:

"Los seres humanos están en el centro de las preocupaciones del desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida sana y productiva en armonía con la naturaleza".

429 R. Dolzer, El Fondo para el Medio Ambiente Mundial - ¿hacia un nuevo concepto del patrimonio común de la humanidad?, en: G. Alfredsson/P. Macalister-Smith (eds.), The living Law of Nations - In Memory of Atle Grahl-Madsen, 1996, p. 331 y ss.; M. Ehrmann, Die globale Umweltfazilität (GEF), ZaöRV 57 (1997), p. 565; A. Klemm, Die Global Environment Facility, RIW 1998, p. 921 y ss.

430 Véase *Fondo para el Medio Ambiente Mundial*, Instrumento para el establecimiento del FMAM reestructurado (2011), disponible en <https://www.thegef.org/documents/instrument-establishment-restructured-gef> (consultado el 3 de enero de 2022).

431 N. A. Robinson (ed.), Agenda 21: El plan de acción de la Tierra, 1993.

432 ILM 31 (1992), P. 876.

- 11 En la Conferencia de Río se firmaron dos acuerdos importantes:⁴³³ la *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático* y el *Convenio sobre la Diversidad Biológica*.

3. El principio de prevención

Literatura:

H. Hohmann, *The Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law*, 1994; D. A. Motaal, ¿Es la Organización Mundial del Comercio contraria a la precaución?, *JWT* 39 (2005), p. 483 y ss.; C. Erben, *El principio de precaución en el derecho internacional*, 2005.

- 12 En el derecho medioambiental moderno, el principio de *prevención* desempeña un papel central tanto a nivel internacional como nacional. Según este principio, no sólo las correlaciones de peligro científicamente probadas proporcionan una base para las medidas de defensa y prevención. Más bien, las incertidumbres empíricas sobre los procesos causales también justifican la adopción de medidas para proteger únicamente los intereses jurídicos potencialmente en peligro (como la vida y la integridad física o los fundamentos naturales de la vida). La *Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo*⁴³⁴ se compromete con el principio de prevención en el Principio 15:

"A fin de proteger el medio ambiente, los Estados aplicarán ampliamente el criterio de prevención en función de sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no se utilizará como razón para aplazar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente."

- 13 En el derecho medioambiental europeo, el principio de prevención es el principio rector dominante (artículo 191 párrafo 2 apartado 1 frase 2 TFUE). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos deriva la necesidad de observar el principio de prevención del artículo 8 del CEDH (protección de la vida privada y familiar) cuando se utilizan productos químicos potencialmente nocivos para la salud en la extracción de materias primas.⁴³⁵ En la legislación de la OMC, las normas de justificación individual de las restricciones comerciales pueden interpretarse como una expresión del principio de prevención.⁴³⁶ A nivel intergubernamental, no es el principio de prevención como tal el que alberga un potencial de conflicto, sino los diferentes enfoques de su concreción. Esto se aplica en particular al tratamiento de los llamados riesgos residuales que, según los criterios de la "razón práctica", deben aceptarse debido a la probabilidad extremadamente remota de que se produzcan daños.⁴³⁷ Las recomendaciones y decisiones de los Estados, de los organismos internacionales de arbitraje y de otros comités demuestran ampliamente que la "razón práctica", guiada por diferentes perspectivas, también llega a diferentes juicios sobre

433 Además, se adoptaron declaraciones y programas de acción (no vinculantes según el derecho internacional): la Declaración de Río (Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, ILM 31 [1992], p. 876); la Declaración de Principios Forestales (Declaración autorizada, sin fuerza jurídica obligatoria, de principios para un consenso mundial respecto a la ordenación, la conservación y el desarrollo sostenible de los bosques de todo tipo, ILM 31 [1992], p. 822) y el Programa 21 (reimpreso en: N. A. Robinson [ed.], Programa 21: Plan de Acción de la Tierra, 1993).

434 ILM 31 (1992), P. 876.

435 Sobre el uso de cianuro en la extracción de oro TEDH, *Tatar contra Rumanía*, queja nº 67021/01.

436 Sobre el Artículo 5.7 SPS, véase por ejemplo el informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas - Medidas relativas a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS 26/AB/R, WT/DS 48/AB/R (1998).

437 Cf. sobre el concepto de "riesgo residual" BVerfGE 49, 89 (137 y ss.).

lo que es o deja de ser aceptable. Estas diferentes perspectivas se basan principalmente en una posible "sospecha inicial", la ponderación de los posibles daños y la percepción de las probabilidades de que se produzcan. Estas divergencias desembocan una y otra vez en conflictos económicos (especialmente de política comercial), sobre todo cuando se trata del uso de altas tecnologías modernas (como la biotecnología).⁴³⁸

4. Tratados internacionales sobre protección del medio ambiente y responsabilidad por daños medioambientales

Literatura:

U. Beyerlin, *Umweltvölkerrecht*, 2000; *R. Dolzer/J. Thesing*, *Protecting our Environment: German Perspectives on a global Challenge*, 2000; *A. Rest*, *Fehlende Verantwortlichkeit bei transnationalen Umweltunfällen?* en: *Festschrift für Ignaz Seidl-Hohenveldern*, 1988, p. 473 y ss.; *P. Sands/J. Peel*, *Principles of International Environmental Law*, 4ª ed. 2018.

- 14** Se ha concluido un gran número de tratados internacionales con el fin de proteger el medio ambiente. Las obligaciones de los Estados que contienen suelen formularse en términos muy generales. En este contexto, cabe mencionar los acuerdos para combatir la contaminación marina y la contaminación atmosférica. El *Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación* de 1989 tiene como objetivo controlar y contener legalmente el comercio internacional de residuos tóxicos.⁴³⁹ El *Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes* tiene como objetivo proteger el medio ambiente de las sustancias químicas.⁴⁴⁰

Varios acuerdos sirven para normalizar la legislación en el ámbito de la responsabilidad civil medioambiental, en particular el *Convenio de París sobre responsabilidad civil en materia de derecho nuclear* de 1960⁴⁴¹ y el *Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños debidos a contaminación por hidrocarburos* de 1969.⁴⁴²

El llamado *Convenio de Espoo de 1991 - Convenio sobre la evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo*⁴⁴³ tiene por objeto realizar una evaluación del impacto ambiental de determinadas actividades con repercusiones transfronterizas. Entre los proyectos contemplados se encuentran las refinerías de crudo o el tendido de oleoductos y gasoductos a gran escala (Anexo I, nº 1 y 8). La normativa sobre la aplicación más detallada de las evaluaciones ambientales estratégicas para determinados planes y programas también figura en el llamado *Protocolo EAE de 2003*, que se adoptó a raíz del *Convenio de Espoo (Protocolo sobre la evaluación ambiental estratégica del Convenio sobre la evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo)*⁴⁴⁴.

438 Véase más adelante, § 8, 7.

439 BT-Drucksache 12/5278 p. 7 y ss.; ILM 28 (1989), p. 657 y ss.

440 ILM 40 (2001), p. 532, modificada por la Ley de 8 de septiembre de 2009, BGBl. 2009 II, p. 1060.

441 BGBl. 1976 II, p. 308.

442 BGBl. 1975 II, p. 305.

443 ILM 32 (1993), P. 80.

444 BGBl 2006 II, p. 497.

5. Acuerdos sobre la protección de la atmósfera terrestre y la protección del clima

Literatura:

A.-M. Böhringer, Das neue Pariser Klimaübereinkommen - Eine Kompromisslösung mit Symbolkraft und Verhaltenssteuerungspotential, *ZaöRV* 76 (2016), p. 753 y ss.; C. Carlane/K. Gray/R. Tarasofsky (eds.), *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*, 2016; G. van Calster/E. Elgar, *The Paris Agreement on Climate Change: A Commentary*, 2021; D. Klein / M. P. Carazo / M. Doelle / J. Bulmer / A. Higham (ed.), *The Paris Agreement on Climate Change - Analysis and Commentary*, 2017; W. R. Moomaw, Can the International Treaty System Address Climate Change?, *The Fletcher Forum of World Affairs* 37 (2013), p. 105 y ss.; L. Rajamani, Ambition and Differentiation in the 2015 Paris Agreement, *Int. & Comp. Law Quarterly* 6S (2016), p. 493 y ss.

- 15 *El Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono* de 1985 y el asociado *Protocolo de Montreal* de 1987 relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono sirven para proteger la atmósfera terrestre.⁴⁴⁵ En el Protocolo de Montreal, las Partes se comprometen a reducir progresivamente la producción y el consumo de sustancias que agotan la capa de ozono (Artículo 2 A y siguientes; normas especiales para los países en desarrollo en el Artículo 5). Se prohíbe la importación de determinadas sustancias que agotan la capa de ozono (y de productos que contengan dichas sustancias) procedentes de Estados no Partes (Artículo 4 del Protocolo). Además, las restricciones a la importación pretenden contrarrestar los procesos de producción de terceros países que agotan cada vez más la capa de ozono. Estas restricciones a la importación también pretenden contrarrestar las ventajas competitivas derivadas del incumplimiento de las normas medioambientales.

En la Conferencia de Kigali, celebrada en octubre de 2016, las partes del *Acuerdo de Montreal* adoptaron una prórroga destinada a reducir en gran medida las emisiones de hidrofluorocarburos.

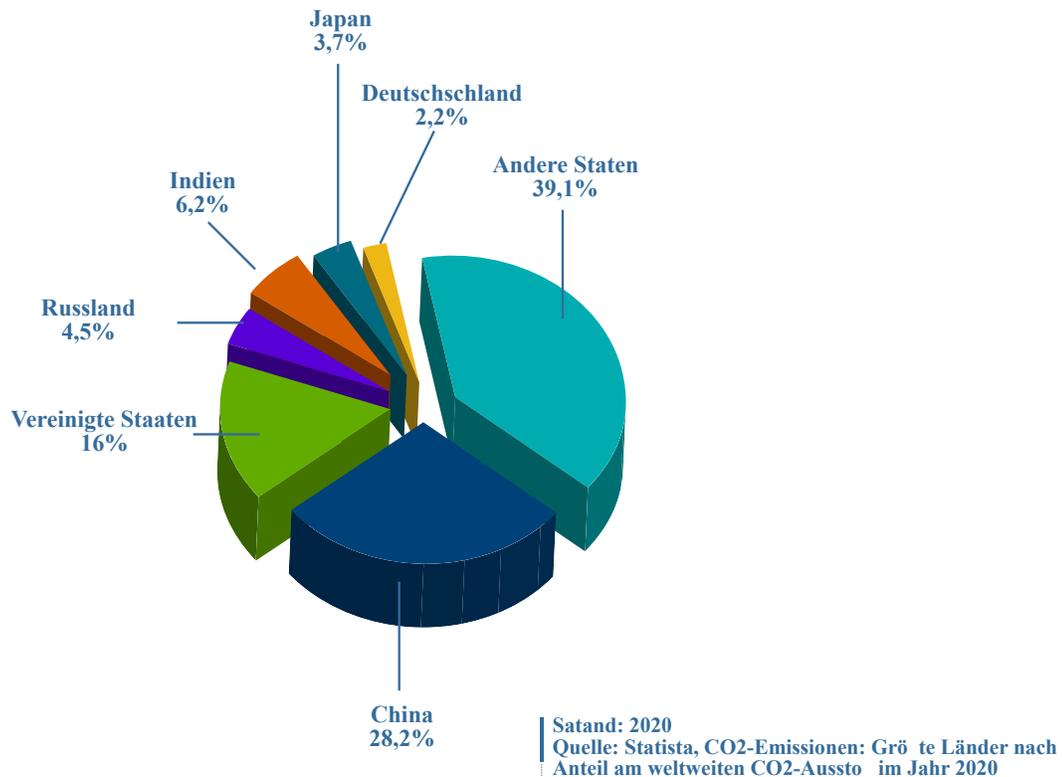
- 16 La *Convención de la ONU sobre el Cambio Climático*⁴⁴⁶ tiene como principal objetivo reducir las emisiones de gases de efecto invernadero perjudiciales para el medio ambiente. El acuerdo está concebido para una concreción progresiva. En la propia convención, los países industrializados, en particular los Estados de la Unión Europea, Estados Unidos y Japón, así como Rusia y algunos otros Estados sucesores de la antigua Unión Soviética, ya se han comprometido a adoptar medidas para limitar las emisiones antropogénicas de gases de efecto invernadero, especialmente de dióxido de carbono. Durante mucho tiempo, los esfuerzos para reducir sustancialmente las emisiones de gases de efecto invernadero en cumplimiento de las obligaciones contractuales tropezaron con las mayores dificultades.

445 Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono, Gaceta de Derecho Federal 1988 II, p. 902; Protocolo de Montreal de 1987 relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono, Gaceta de Derecho Federal 1988 II, p. 1015; 1991 II, p. 1332; 1993 II, p. 2183.

446 BGBl. 1993 II, p. 1784; ILM 31 (1992), p. 849; U. E. Simonis, Auf dem Weg zu einer Klimakonvention, ONU 1992, p. 10 y ss.

- 17 La reducción del dióxido de carbono y otros gases de efecto invernadero desempeña un papel central en los esfuerzos para proteger el clima. Los mayores emisores son principalmente Estados Unidos, la República Popular China, India, Japón y Rusia, así como los países industrializados de Europa Occidental y Central.

Kohlenstoffdioxidemissionen



En la Conferencia Mundial sobre el Clima celebrada en Kioto (1997), se alcanzó un acuerdo sobre un tratado de reducción de los gases de efecto invernadero: el llamado *Protocolo de Kioto*.⁴⁴⁷ Este protocolo (Artículo 3 junto con el Anexo B) establece compromisos cuantitativamente diferentes por parte de la mayoría de los países industrializados para reducir las emisiones de dióxido de carbono y otros gases por debajo de los niveles de 1990 a más tardar en 2010 (EE.UU.: 7 %, Estados miembros de la Unión Europea: 8 %, Japón: 6 %, Federación Rusa: 0 %). EE.UU. no pudo imponer su exigencia de que los países en desarrollo y de reciente industrialización también introdujeran obligaciones de reducción de las emisiones contaminantes. La restricción de los compromisos de reducción a los países industrializados se basa en la constatación de que éstos contribuyen de forma claramente predominante al cambio climático provocado por las emisiones (más de 2/3 de las emisiones de gases de efecto invernadero). Por otro lado, se tiene en cuenta el retraso económico y tecnológico de los países en desarrollo. Sin embargo, es preocupante que la parte de las emisiones de los países en desarrollo aumente significativamente a largo plazo. Al mismo tiempo, las emisiones de los países industrializados

447 BGBl. 2002 II, p. 967; véase también M. Grubb et al, El Protocolo de Kioto, 1999, ILM 37 (1998), p. 22.

zados también aumentan en términos absolutos (con una cuota porcentual decreciente). Por ello, la entrada en vigor del régimen *Kyoto* el 16 de febrero de 2005 reviste una importancia capital. Los mecanismos flexibles previstos en el Protocolo de Kyoto son de especial relevancia.⁴⁴⁸ Estos mecanismos sirven para promover la cooperación intergubernamental, la protección eficaz del clima, la transferencia de tecnología y los incentivos basados en el mercado (a través de unidades de reducción transferibles). El cumplimiento conjunto por parte de varios países industrializados (Artículo 4) permite compensar las cuotas contractuales individuales manteniendo además el compromiso global asumido por los países participantes. Los países industrializados pueden acordar entre ellos proyectos que tengan un efecto de reducción de la contaminación en uno de los países participantes y que se compensen con la cuota de otro país mediante unidades de reducción transferibles (cumplimiento conjunto, *Cumplimiento conjunto*, Artículo 6). El Mecanismo para un Desarrollo Limpio (*Clean Development Mechanism*) sirve para promover la protección del medio ambiente y la transferencia de tecnología en el marco de la cooperación entre países industrializados y en desarrollo (Artículo 12). En él, un país industrializado participante puede hacer que se le acrediten reducciones certificadas de emisiones en función de la reducción de la contaminación alcanzada. Resulta especialmente interesante la posibilidad de comerciar con unidades de reducción de emisiones, es decir, con reducciones certificadas de emisiones (*comercio de emisiones*, Artículo 6, 17).⁴⁴⁹ Este mecanismo permite titular las cuotas de contaminación atmosférica (emisiones de gases de efecto invernadero) en certificados y comprar o vender estos certificados. Los principales beneficiarios de ello son países como Rusia, cuya obligación de limitar o reducir las emisiones se basa en valores de referencia relativamente elevados que han quedado desfasados debido a la reducción de las industrias con altas emisiones o a las innovaciones tecnológicas.

Según el *Protocolo de Kyoto*, las emisiones de dióxido de carbono y de otros gases de efecto invernadero perjudiciales para el clima debían reducirse al menos un 5,2% en el periodo comprendido entre 2008 y 2012 en comparación con los años de referencia especificados (1990 o 1995) en los países industrializados comprometidos en el Anexo B.

En la Unión Europea, el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero se basa en la llamada Directiva de Comercio de Emisiones 2003/87/CE,⁴⁵⁰ que debe ser transpuesta a la legislación nacional por los estados miembros europeos junto con requisitos suplementarios.⁴⁵¹ La República Federal de Alemania ha aplicado la Directiva de la UE con la Ley de Comercio de Emisiones de Gases de Efecto Invernadero (TEHG) y otras normativas sobre la asignación de derechos de emisión. La Unión Europea asigna la obligación total de reducción a cada uno de los Estados miembros según una fórmula de reparto específica. La República Federal de Alemania está aún muy lejos de alcanzar la reducción de emisiones del 21% exigida en comparación con el año de referencia 1990. La decisión de "eliminar progresivamente" la energía nuclear no facilita en absoluto esta tarea a Alemania. Según el artículo 9 de la Directiva, los Estados miembros de la UE deben publicar planes nacionales de asignación y presentarlos a la Comisión y a los demás Estados miembros. Estos planes están sujetos a la aprobación de la Comisión, que los revisa según determinados criterios. La emisión de gases de efecto invernadero requiere un derecho de emisión negociable (derecho de emisión).

448 Ch. Kreuter-Kirchhof, *Nuevas formas de cooperación en el derecho medioambiental internacional*, 2005.

449 D. Freestone/C. Streck, *Aspectos jurídicos del comercio de carbono: Kyoto, Copenhague y más allá*, 2009.

450 OJ 2003 L 275/32.

451 F. Becker, *Ökonomisierung und Globalisierung des Europäischen Umweltrechts: Die Richtlinie zum Handel mit Emissionszertifikaten*, EuR 2005, p. 857 y ss.; K. Mehrbrey/A. Reuter, *Comercio europeo de derechos de emisión. Der EU-Richtlinienvorschlag auf dem rechtlichen Prüfstand*, 2003; B. Brattig, *Die Zukunft des Europäischen und internationalen Emissionshandels*, ZUR 2004, p. 412 y ss.

La Unión Europea ha restringido significativamente el ámbito geográfico del régimen de comercio de certificación con los derechos y obligaciones de información asociados (Reglamentos (UE) 421/2014 y 2017/2392). Quedan excluidos los vuelos entre aeropuertos del Espacio Económico Europeo y terceros países. También están excluidos los vuelos con origen o destino en las "regiones ultraperiféricas" de la Unión Europea.

- 18** El *Protocolo de Kyoto* vincula su entrada en vigor a la ratificación por parte de 55 países que representan el 55% de las emisiones de gases de efecto invernadero de los países industrializados (artículo 25 Párr. 1). La resistencia de EE.UU. y otros países industrializados ha cuestionado durante mucho tiempo el futuro del régimen *Kyoto*. Se alcanzó entonces un compromiso en la Conferencia sobre el Cambio Climático de Bonn y en la conferencia de seguimiento de Marrakech (2001), que redujo drásticamente la obligación de los países industrializados de reducir las emisiones y allanó así el camino para la ratificación del *Protocolo de Kyoto*. Se hicieron concesiones sobre todo con el reconocimiento de las reservas forestales que absorben dióxido de carbono ("sumideros") en el sentido de una posible compensación de las obligaciones de emisión en favor de Japón, Canadá y Rusia. Como resultado, el objetivo original de reducción para el periodo comprendido entre 2008 y 2012 se ha rebajado considerablemente. Estados Unidos se ha mantenido al margen del régimen de *Kyoto* sin oponerse al proceso contractual de protección del clima. Tras la ratificación por parte de Rusia (en otoño de 2004) y la consecución asociada de la cuota de emisiones requerida del 55%, el régimen *Kyoto* pudo entrar en vigor. El impacto del régimen Kioto es aleccionador (también a la vista de los costes asociados al comercio de emisiones). En muchos países, las emisiones de CO₂ han aumentado a un ritmo alarmante desde 1990. No sólo los países industrializados como EE.UU., sino también las economías emergentes como la República Popular China y la India han contribuido significativamente a ello.

El periodo de compromiso previsto inicialmente en el *Protocolo de Kyoto* expiró a finales de 2012. La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático celebrada en Doha (diciembre de 2012) adoptó una enmienda al protocolo que prevé un segundo periodo de compromiso de 2013 a 2020 con nuevos objetivos de reducción (Anexo B). Sólo los países que acepten nuevos compromisos de reducción para este periodo podrán participar en el comercio de emisiones. Las pocas partes que han declarado su voluntad de hacerlo (en particular, la Unión Europea y sus Estados miembros, Australia, Noruega, Suiza y Ucrania) son responsables de menos del 15% de las emisiones mundiales. Mientras que muchos países industrializados reconocen la necesidad de reducir drásticamente las emisiones de gases de efecto invernadero, otros actores internacionales, como la República Popular China y la India, siguen mostrándose cautelosos ante la posible inhibición del desarrollo industrial mediante compromisos de reducción claros y vinculantes.

En diciembre de 2015, las partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático adoptaron un nuevo tratado para combatir el cambio climático en forma del Acuerdo de París ("*Acuerdo de París*"). Con el Acuerdo de París, las partes se comprometen con el objetivo de limitar el calentamiento global muy por debajo de los 2 grados centígrados, acompañado de los objetivos de reducir significativamente las emisiones de gases de efecto invernadero y promover un desarrollo respetuoso con el clima (artículo 2 párr. 1).

Este Acuerdo, al mejorar la aplicación de la Convención, incluido su objetivo, pretende reforzar la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático, en el contexto del desarrollo sostenible y de los esfuerzos para erradicar la pobreza, entre otras cosas mediante:

(a) Mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2 °C por encima de los niveles preindustriales y proseguir los esfuerzos para limitar el aumento de la temperatura a 1,5 °C por encima de los niveles preindustriales, reconociendo que ello reduciría significativamente los riesgos y los efectos del cambio climático;

(b) Aumentar la capacidad de adaptación a los efectos adversos del cambio climático y fomentar la resiliencia climática y el desarrollo con bajas emisiones de gases de efecto invernadero, de forma que no se ponga en peligro la producción de alimentos;

(c) Hacer que los flujos financieros sean coherentes con una vía hacia bajas emisiones de gases de efecto invernadero y un desarrollo resistente al clima.

En cuanto a la aplicación, el Acuerdo de París sigue el principio de "*responsabilidad común pero diferenciada*" en el Artículo 2 párrafo 2:

Este Acuerdo se aplicará para reflejar la equidad y el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas y capacidades respectivas, a la luz de las diferentes circunstancias nacionales.

El Acuerdo de París pretende limitar lo antes posible las emisiones de gases de efecto invernadero "en el contexto del desarrollo sostenible y de los esfuerzos para reducir la pobreza" (Artículo 4 párr. 1). A diferencia del *Protocolo de Kyoto*, el Acuerdo de París no prevé cuotas fijas para la reducción de las emisiones de CO₂. En su lugar, el acuerdo se basa en "*contribuciones determinadas a nivel nacional*" (NDC). Los países desarrollados deben proporcionar ayuda financiera a los países en desarrollo (Artículo 9). En la cumbre del clima de París se fijó un volumen de financiación de al menos 100.000 millones de dólares estadounidenses al año. El Acuerdo de París entró en vigor en otoño de 2016 después de que 55 partes responsables del 55% de las emisiones de gases de efecto invernadero lo ratificaran (Artículo 21). Entre las partes se encuentran la Unión Europea y sus Estados miembros, EE.UU., India y la República Popular China. EE.UU. puso fin al acuerdo en noviembre de 2019. A principios de 2021, EEUU se reincorporó al acuerdo bajo la administración Biden.

En el caso *Fundación Urgenda contra el Estado de los Países Bajos*, una organización de protección del medio ambiente de los Países Bajos demandó con éxito medidas gubernamentales para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en los Países Bajos. Según el caso, el Estado holandés debe garantizar que las emisiones en 2020 sean al menos un 25% inferiores a los niveles de 1990 para alcanzar el objetivo del tratado de limitar el calentamiento global al 2%. Para ello, el Tribunal Supremo holandés se remite también a las obligaciones de protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos.⁴⁵²

"7.54 [...] se permitió al Tribunal de Apelación dictaminar [...] que el Estado no ha fundamentado suficientemente la posibilidad de que una política responsable de prevención de un cambio climático peligroso incluya un objetivo de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero inferior al menos al 25% para el 2020. Por lo tanto, [...] hay motivos para llegar a

452 Hoge Raad der Nederlanden, sentencia de 20. 12. 2019, ECLI:NL:HR:2019: 2006, véase también la sentencia de primera instancia, Rechtbank Den Haag, C/09/456689/HA ZA 13-1396, ECLI:NL: RBDHA:2015 :7196.

la conclusión de que el Estado debe adherirse en cualquier caso al objetivo de una reducción de al menos el 25 % para 2020. [...] existe un amplio consenso en la comunidad internacional y en la ciencia climática de que se necesita urgentemente al menos esta reducción por parte de los países del Anexo I, incluidos los Países Bajos [...]. Una protección jurídica adecuada significa que este consenso puede invocarse a la hora de aplicar las obligaciones positivas que incumben al Estado en virtud de los artículos 2 y 8 del CEDH. El objetivo de lograr una reducción de al menos el 25 % para 2020 también está en consonancia con lo que el propio Estado considera necesario para otros años (2030, 2050 y 2100 [...]). En el contexto de la obligación positiva que incumbe al Estado en virtud de los artículos 2 y 8 del CEDH de adoptar las medidas adecuadas para evitar un cambio climático peligroso, este objetivo puede considerarse, por tanto, un mínimo absoluto. Como el Estado no ha podido fundamentar debidamente su afirmación de que desviarse de ese objetivo es, no obstante, responsable [...], debe atenerse al objetivo del 25 %. Por lo tanto, debe esforzarse por lograr al menos esta reducción para 2020 [...]"

6. Acuerdos sobre protección de la biodiversidad y bioseguridad

Literatura:

J. H. Adler, More sorry than safe: "Assessing the Precautionary Principle and the Proposed International Biosafety Protocol", *Texas International Law Journal*, 2000, p. 173 y ss.; *Ch. Bail/R. Falkner/H. Marquard* (eds.), *The Cartagena Protocol on Biosafety*, 2002; *A. Boyle/D. Freestone* (eds.), *International Law and Sustainable Development*, 1999; *C. M. Correa*, *Access to Genetic Resources, World Competition* 20 (1997), p. 57 y ss.; *D. Lanzerath/M. Friele* (eds.), *Concepts and Values in Biodiversity*, 2014; *S. Schlacke*, *Das Übereinkommen über biologische Vielfalt: Steuerungskraft und Perspektiven*, *AVR* 54 (2016), p. 524 ss; *A. Sontot*, *The Convention on Biological Diversity*, *Bio-Science Law Review* 7 (2004/2005), p. 45 ss; *R. Wolfrum/P.-T. Stoll*, *Der Zugang zu genetischen Ressourcen nach dem Übereinkommen über die biologische Vielfalt und dem deutschen Recht*, 1996; *N. Wolff/W. Köck* (eds.), *10 Jahre Übereinkommen über die biologische Vielfalt*, 2004; *T. R. Young*, *An Implementation Perspective on International Law of Genetic Resources: Incentive, Consistency, and Effective Operation*, *YIEL* 15 (2004), p. 3 y ss.

- 19 La biodiversidad es uno de los bienes medioambientales en peligro que toda la comunidad internacional tiene un gran interés en preservar. Las denominadas zonas de megabiodiversidad en el mundo animal y vegetal se encuentran principalmente en países en desarrollo de América Latina, África y Asia.

El *Convenio sobre la Diversidad Biológica* de 1992 (*Convenio sobre la Diversidad Biológica - CDB*)⁴⁵³ se firmó en la conferencia de Río de Janeiro. Casi todos los países (pero no EE.UU.) han ratificado este acuerdo (a 1 de febrero de 2019: 196 partes). Podría convertirse en un modelo para lograr un equilibrio entre la conservación de los recursos naturales, por un lado, y la utilización económica de los mismos, por otro. El desarrollo económico dinámico amenaza la biodiversidad al invadir los hábitats de animales y plantas. El Convenio tiene por objeto la conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, "en particular mediante un acceso adecuado a los recursos genéticos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y tecnologías, y mediante una financiación apropiada" (artículo 1 CDB). La diversidad

453 BGBl. 1993 II, p. 1742; ILM 31 (1992), p. 818.

biológica se define como "la variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, incluidos los ecosistemas terrestres y marinos y otros ecosistemas acuáticos y los complejos ecológicos de los que forman parte; comprende la diversidad dentro de cada especie, entre las especies y de los ecosistemas" (artículo 2 párr. 2 CDB). El Convenio entiende por *utilización sostenible* de los componentes de la diversidad biológica una utilización que no dé lugar a una disminución de la diversidad biológica a largo plazo y que, por consiguiente, preserve el potencial derivado de la diversidad biológica en beneficio de las generaciones futuras (artículo 2 párr. 11 CDB). Los principios fundamentales son el derecho de los Estados a "utilizar sus propios recursos de conformidad con sus propias políticas ambientales" y el deber de "velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional" (artículo 3 CDB).

- 20** Los principales contenidos del Convenio sobre la Diversidad Biológica incluyen la regulación de la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica (artículo 6 a 13), así como la evaluación del impacto y la precaución medioambientales (artículo 14). El acceso a los recursos genéticos como material genético de valor real o potencial tiene una importancia crucial (artículo 2 párrafo 6). Los métodos de la biotecnología moderna (en particular la ingeniería genética) han abierto un enorme potencial para la utilización de los recursos genéticos. Esto se aplica, por ejemplo, al mejoramiento agrícola o al desarrollo de nuevos medicamentos. Las disposiciones del Convenio sobre la Diversidad Biológica sobre el acceso a los recursos genéticos (artículo 15) y la transferencia de tecnología (artículo 16 a 19)⁴⁵⁴ son, por tanto, de gran importancia para un equilibrio adecuado de intereses.⁴⁵⁵

Estas normativas reflejan la interdependencia de los países en desarrollo y emergentes, por un lado, y los países industrializados, por otro. La densidad de la biodiversidad es particularmente elevada en algunos países en desarrollo y recientemente industrializados (especialmente Costa Rica, Panamá, Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia, Brasil, China, Malasia y Papúa Nueva Guinea). Por otro lado, las naciones industrializadas menos ricas en especies son las más avanzadas en el uso potencial de los recursos genéticos a través de la biotecnología y la ingeniería genética.

Si un Estado pone a disposición sus recursos genéticos, debe participar de manera equitativa y justa en los resultados de la investigación y el desarrollo y en los beneficios derivados de la utilización de los recursos genéticos (artículo 15 párr. 7). Deberá facilitarse a las demás Partes el acceso a las tecnologías importantes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, así como su transferencia (artículo 16 párr. 1). Sin embargo, el Convenio insiste en la protección adecuada y eficaz de las patentes y otros derechos de propiedad intelectual (artículo 16 párr. 2). El Convenio hace especial hincapié en la vinculación equilibrada entre el suministro de recursos genéticos y la transferencia de tecnología en el caso de la biotecnología (artículo 19).

Además, las Partes considerarán la necesidad de una reglamentación internacional sobre la transferencia, manipulación y utilización seguras de los organismos genéticos vivos resultantes de la biotecnología que puedan tener repercusiones duraderas en la conservación y la utiliza-

454 Véase también *J. Straus*, *Patents on Biomaterial - A New Colonialism or a Means for Technology Transfer and Benefit-Sharing*, en: F. Thiele/R. E. Ashcroft (eds.), *Bioethics in a Small World*, 205, p. 45 y ss.

455 Véase § 8, 8.

ción sostenible de la diversidad biológica (artículo 19 párr. 3). El Convenio sobre la Diversidad Biológica no regula la situación de los recursos genéticos ni su utilización tras su transferencia al extranjero. Por el contrario, la Decisión n° 391 de la Comunidad Andina (1996)⁴⁵⁶ asigna tanto los recursos genéticos en sí como los recursos derivados de ellos (que contienen la información genética) al "patrimonio" de los respectivos países de origen (Artículo 6 párr. 1; ambas categorías de recursos se clasifican como "inalienables" [Artículo 6 párr. 2]). En caso de adquisición ilícita de recursos genéticos, las reivindicaciones basadas en ellos, incluidos los derechos de propiedad intelectual, deben denegarse de conformidad con esta decisión (Artículo 46). Esta regulación (en el sentido de la doctrina *fruit of the poisonous tree*) está en tensión con las obligaciones derivadas del Acuerdo sobre los ADPIC.⁴⁵⁷

La Conferencia de las Partes en el CDB celebrada en Nagoya (2010) adoptó el Protocolo sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización, conocido como el Protocolo de Nagoya. El protocolo vincula la utilización de los recursos genéticos al consentimiento del país de origen y presta especial atención a la participación de las comunidades locales o indígenas. El protocolo también prevé la protección de los conocimientos tradicionales. Además, se adoptó un protocolo sobre cuestiones de responsabilidad (*Protocolo Suplementario de Nagoya-Kuala Lumpur sobre Responsabilidad y Compensación*).

- 21** Como parte del Convenio sobre la Diversidad Biológica, el *Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología (Protocolo de Bioseguridad)*⁴⁵⁸ se firmó a principios de 2000 y entró en vigor en 2003. El protocolo se aplica al movimiento transfronterizo (en particular a la importación) de organismos vivos modificados genéticamente (*organismos vivos modificados*, OVM). De especial importancia es el requisito de información y consentimiento previos (*acuerdo fundamentado previo*) antes de la primera importación de organismos destinados a ser liberados en el país importador.
- 22** El *Protocolo de Bioseguridad* regula las condiciones para las restricciones autorizadas a la importación y, por lo tanto, compite con las regulaciones para las restricciones comerciales según la legislación de la OMC (artículo XX GATT, Acuerdo SPS). La relación entre el Protocolo y la legislación de la OMC es deliberadamente confusa. Según su preámbulo, el Protocolo no pretende modificar los derechos y obligaciones de los acuerdos existentes:

"Subrayando que el presente Protocolo no se interpretará en el sentido de que implique una modificación de los derechos y obligaciones de una Parte en virtud de cualquier acuerdo internacional existente".

456 Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena, Año XII - Número 213, 17 de julio de 1996, p. 1 ss; reimpresso en: M. Herdegen, IP-GenTR, Vol. 2, Parte 5, II. 2b.

457 Véase más adelante, § 15, 2.

458 BGBl. 2003 II, p. 1508 ¶; véase M. Böckenförde, *Grüne Gentechnik und Welthandel*, 2005; B. Eggers/R. Mackenzie, *The Cartagena Protocol on Biosafety*, *Journal of International Economic Law*, 2000, p. 525 ¶; M. Herdegen/T. Spranger, *Erläuterungen zum Protokoll über die biologische Sicherheit*, en: M. Herdegen/H.-G. Dederer (eds.), *Internationales Biotechnologierecht*, Vol. 1, Parte 3, I.2a; A. L. Hobbs/J. E. Hobbs/W. Kerr, *The Biosafety Protocol: Multilateral Agreement on Protecting the Environment or Protectionist Club*, *Journal of World Trade* 39 (2005), p. 281 y ss.; P. W. B. Phillips/W. A. Kerr, *Alternative Paradigms: The WTO Versus the Biosafety Protocol for Trade in Genetically Modified Organisms*, *Journal of World Trade* 34 (2000), p. 63 y ss.; T. Spranger, *Das Biosafety-Protokoll*, en: N. Wolf/W. Köck (eds.), *10 años del Convenio sobre la Diversidad Biológica*, 2004, p. 89 y ss.

Por otro lado, el preámbulo afirma la autonomía del Protocolo y su equiparación a otros acuerdos.

"En el entendimiento de que el considerando anterior no pretende subordinar el presente Protocolo a otros acuerdos internacionales".

- 23** El Protocolo de Cartagena exige una evaluación científica del riesgo (artículo 15 párr. 1 en relación con el Anexo III) como base para la reglamentación de las importaciones (Artículo 10). Según el artículo 10 para. 6 del Protocolo, la falta de certeza científica debida a una insuficiente información científica pertinente sobre el alcance de los posibles efectos adversos de un OVM sobre la biodiversidad y su utilización sostenible no impedirá que una Parte adopte medidas preventivas. El Protocolo también permite las "*consideraciones socioeconómicas*" (*socio-economic considerations*) como base para las restricciones a la importación de OVM, siempre que éstas sean compatibles con las obligaciones internacionales del Estado en cuestión (Artículo 26). Esta vaguedad favorece la discrecionalidad de los Estados a la hora de imponer restricciones a la importación. Al tener en cuenta las preferencias socioeconómicas, la Unión Europea y la mayoría de los países en desarrollo han adoptado un enfoque escéptico con respecto a la ingeniería genética. Por otro lado, esto crea tensiones con los países que insisten en un enfoque de justificación estrictamente científica, como Estados Unidos (que ya se ha mantenido al margen del *Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica* y, por lo tanto, no puede ser parte del *Protocolo de Bioseguridad*). Es probable que estas diferentes "filosofías reguladoras" allanen el camino a disputas con respecto a la legislación de la OMC (artículo XX del GATT, Acuerdo MSF).

7. Derecho de la biotecnología

Literatura:

H. G. Dederer, Neues von der Gentechnik, ZLR 2005, p. 307 y ss.; *R. Dolzer/M. Herdegen/B. Vogel* (eds.), Biowissenschaften und ihre völkerrechtlichen Herausforderungen, 2005; *F. Francioni/T. Scovazzi* (eds.), Biotechnology and International Law, 2006; *M. Fricke*, Genetisch veränderte Lebensmittel im Welthandelsrecht, 2004; *M. Herdegen*, Biotechnology and Regulatory Risk Assessment, en: G. Berman/M. Herdegen/P. Lindseth (eds.), Transatlantic Regulatory Cooperation, 2000, p. 301 y siguientes; *ders.*, Koexistenz und Haftung - Die Haftung für die unbeabsichtigten Spuren gentechnisch veränderter Organismen in der Landwirtschaft, 2003; *ders.*, The Coexistence of Genetically Modified Crops with other Forms of Farming, Journal of International Biotechnology Law 2 (2005), p. 89 y siguientes; *ders.*, The International Law of Biotechnology - Human Rights, Trade, Patents, Health and the Environment, 2ª ed. 2022; *M. Herdegen/H.-G. Dederer* (eds.), Internationales Biotechnologierecht, Status July 2021; Adventitious presence of GMO's in seed, 2001; *H. Somsen* (eds.), The Regulatory Challenge of Biotechnology: Human Genetics, Food and Patents, 2007; *D. Wüger/T. Cottier*, Genetic Engineering and the World Trade System, 2008.

- 24** La dinámica evolución de la biotecnología y su uso en la agricultura, el sector farmacéutico y la medicina han convertido la regulación de esta alta tecnología en una cuestión clave del derecho internacional. En la agricultura, el uso de organismos modificados genéticamente (OMG) ya desempeña un papel importante en varios países (en EE.UU., Argentina, Brasil y China). Los retos normativos se refieren a la gestión de los riesgos para la salud humana, el medio ambiente y la protección contra las manipulaciones incompatibles con el respeto de cada ser humano como persona en su individualidad única. En este contexto, las normativas internacionales

sobre libre comercio (como el GATT y otras normas de la OMC) establecen límites a las restricciones de acceso al mercado de determinados productos biotecnológicos. Por último, hay que tener en cuenta las oportunidades que ofrece la biotecnología para alimentar a la población mundial y para el desarrollo de los países más pobres. La FAO ha hecho hincapié en este punto.⁴⁵⁹

"La biotecnología puede superar las limitaciones de producción que resultan más difíciles o intratables con la mejora convencional. Puede acelerar los programas de mejora convencionales y proporcionar a los agricultores materiales de siembra libres de enfermedades. Puede crear cultivos resistentes a plagas y enfermedades, sustituyendo a los productos químicos tóxicos que dañan el medio ambiente y la salud humana, y puede proporcionar herramientas de diagnóstico y vacunas que ayuden a controlar enfermedades animales devastadoras. Puede mejorar la calidad nutricional de los alimentos básicos como el arroz y la mandioca y crear nuevos productos para usos sanitarios e industriales."

- 25** En el marco de las Naciones Unidas, la UNESCO adoptó en 1997 una declaración sobre el genoma humano. La ONUDI (*Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial*) ha presentado un código de conducta para la liberación prevista de organismos modificados genéticamente (*Código voluntario de conducta para la liberación de organismos en el medio ambiente*). La *Comisión del Codex Alimentarius* (creada por la Organización Mundial de la Salud y la FAO) ha adoptado directrices para el análisis del riesgo de los OMG y la evaluación del riesgo de las plantas y los microorganismos modificados genéticamente.
- 26** En el derecho de la Unión Europea, ésta tiene la potestad de regular el derecho medioambiental (artículo 192 del TFUE), que se solapa con la potestad de armonizar la legislación (artículo 114 del TFUE). Algunos reglamentos sirven tanto para normalizar el marco jurídico de la producción industrial como para proteger el medio ambiente, por ejemplo, los reglamentos para reducir los residuos perjudiciales para el medio ambiente de la industria del dióxido de titanio. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tiende a considerar la competencia para armonizar la legislación como la base correcta de la competencia.⁴⁶⁰ El marco regulador de la legislación de la UE en el ámbito de la ingeniería genética se basa en la llamada Directiva de Sistemas⁴⁶¹ y en la llamada Directiva de Liberación.⁴⁶²
- 27** Las autoridades del Estado miembro competente y los organismos de la Unión (Comisión y Consejo o un comité formado por representantes de los Estados miembros) conceden las autorizaciones para la comercialización de productos con o procedentes de OMG de acuerdo con la Directiva de liberación (Parte C).

459 Serie Agricultura de la FAO nº 35, El estado mundial de la agricultura y la alimentación 2003-2004. Biotecnología agrícola: ¿satisfacer las necesidades de los pobres?, 2004, p. 3 y ss.

460 TJCE, asunto C-300/89, EU:C:1991: 244 - *Directiva sobre el dióxido de titanio*, Rec. 1991, I-2867 (2895 y ss.).

461 Directiva 90/219/CEE relativa a la utilización confinada de microorganismos modificados genéticamente, DO 1990 L 117/1; derogada y modificada en último lugar por la Directiva 2009/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, relativa a la utilización confinada de microorganismos modificados genéticamente, DO 2009 L 125/75 y el Reglamento (CE) nº 1882/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de septiembre de 2003, DO 2003 L 284/1.

462 Directiva 2001/18/CE sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente y por la que se deroga la Directiva 90/220/CEE del Consejo, DO 2001 L 106/1; modificada en último lugar por la Directiva (UE) 2018/350, DO 2018 L 67/30.

- 28** Los conflictos normativos en el comercio mundial, que se basan en diferentes filosofías de riesgo a la hora de abordar las altas tecnologías modernas (especialmente la biotecnología), crean un área particular de tensión.⁴⁶³ Esto es especialmente cierto en la relación entre la Unión Europea y EE.UU. (pero también otros países) para la comercialización de productos obtenidos por ingeniería genética.⁴⁶⁴ La legislación de la Unión Europea (todavía) tiende a categorizar el uso de procesos de ingeniería genética como arriesgado (*enfoque del proceso*), mientras que la legislación de EE.UU. o Japón, por ejemplo, se centra de forma decisiva en el potencial de riesgo del producto respectivo (*enfoque del producto*).

Las tensiones entre la gestión de riesgos basada en la ciencia, por un lado, y la fuerte cautela respecto a la ingeniería genética, por otro, se ven exacerbadas por el hecho de que muchos Estados miembros de la UE son partidarios de reconocer los aspectos "socioeconómicos" como justificación de las barreras comerciales. En el "reglamento de exclusión voluntaria", la UE permite a sus Estados miembros prohibir parcial o totalmente el cultivo de organismos modificados genéticamente (OMG) en su territorio y restringir así el comercio de productos modificados genéticamente.⁴⁶⁵ Este mecanismo de "exclusión voluntaria" representa un enfoque completamente nuevo del libre comercio, que resulta muy problemático. Ello se debe a que permite a los Estados miembros rechazar el cultivo de OMG después de que éstos hayan superado con éxito un complejo procedimiento de evaluación de riesgos y hayan sido autorizados por la UE para el libre comercio y, en concreto, para su cultivo. Sin embargo, las razones nacionales no deben contradecir la evaluación de riesgos precedente.

- 29** Además, en la Unión Europea se reconocen cada vez más las normas de comercialización basadas en criterios "socioeconómicos". Por ejemplo, los nuevos reglamentos para la comercialización de alimentos y piensos que contengan OMG o hayan sido producidos a partir de ellos,⁴⁶⁶ el régimen de autorización y etiquetado de dichos productos se basan cada vez más en una concepción de la protección del consumidor que se desvincula en gran medida de cualquier referencia a los riesgos para la salud o a las propiedades de los productos que sean relevantes según las normas científicas.⁴⁶⁷ Esto se aplica, por ejemplo, a los requisitos de autorización, etiquetado y trazabilidad de los alimentos que no contienen en sí mismos ningún material reproducible procedente de modificaciones genéticas. Es probable que este tipo de normativas cimienten las ideas preconcebidas y los hábitos de los consumidores sin tener en cuenta su durabilidad empírica y erijan barreras comerciales que desafían la justificación científica. Esto tiene un potencial considerable para generar conflictos comerciales en el seno de la Organización Mundial del Comercio.⁴⁶⁸

463 Sobre este punto, *M. Herdegen/T. Spranger*, Explanatory Notes on the Protocol on Biosafety, en: *M. Herdegen/H.-G. Dederer* (eds.), *Internationales Biotechnologierecht*, Vol. 1, Parte 3, I.2a.

464 *M. Herdegen*, *Biotechnología y evaluación reglamentaria de riesgos*, en: *G. Bermann/M. Herdegen/P. Lindseth* (eds.), *Transatlantic Regulatory Cooperation*, 2000, p. 301 y ss. Sobre diferencias similares en la filosofía reguladora de las liberaciones, véase *H.-G. Dederer*, *Gentechnikrecht im Wettbewerb der Systeme - Freisetzung im deutschen und US-amerikanischen Recht*, 1998.

465 Artículo 26 ter de la Directiva 2001/18/CE en la versión de la Directiva (UE) 2015/412 de 11 de marzo de 2015, DO 2015 L 68/1. Véase *H.-G. Dederer/M. Herdegen*, *Prohibiciones de cultivo de organismos modificados genéticamente ("opt-out")*, 2015.

466 Reglamento (CE) n° 1829/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre alimentos y piensos modificados genéticamente, DO L 268/1; Reglamento (CE) n° 1830/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, relativo a la trazabilidad de los alimentos y piensos producidos a partir de organismos modificados genéticamente y por el que se modifica la Directiva 2001/18/CE, DO L 268/24.

467 *H.-G. Dederer*, *Neues von der Gentechnik*, ZLR 32 (2005), p. 307 y ss.; *J.-E. Burchardi*, *Die Vereinbarkeit der europäischen Vorschriften zur Kennzeichnung gentechnisch veränderter Lebensmittel mit dem Welthandelsrecht*, 2007.

468 Véase más adelante, § 10, 9.

8. Acceso a los recursos genéticos y a los conocimientos de los pueblos indígenas

Literatura:

A. von Hahn, Traditionelles Wissen indigener und lokaler Gemeinschaften zwischen geistigen Eigentumsrechten und der public domain, 2004; *G. Henne*, Genetische Vielfalt als Ressource - Die Regelung ihrer Nutzung, 1998; *T. Lochen*, Die völkerrechtlichen Regelungen über den Zugang zu genetischen Ressourcen, 2007; *V. Normand*, *Access to genetic resources and the fair and equitable sharing of benefits arising out of their utilisation*, *Journal International Biotechnology Law* 1 (2004), p. 133 y ss. *Normand*, *Access to genetic resources and the fair and equitable sharing of benefits arising out of their utilisation*, *Journal of International Biotechnology Law* 1 (2004), p. 133 y ss.; *T. Spranger*, Der Zugriff auf pflanzliche Genressourcen im internationalen Regelungsgeflecht, *AVR* 40 (2002), p. 64 y ss.; *ders*, Rechtliche Rahmenbedingungen für Access und Benefit Sharing-Systeme, 2008; *R. Wolfrum/P.-T. Stoll*, Der Zugang zu genetischen Ressourcen nach dem Übereinkommen über die biologische Vielfalt und dem deutschen Recht, 1998.

30 La investigación y el desarrollo industriales hacen un uso considerable de los recursos genéticos y de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas, especialmente en los países con una gran biodiversidad. La mayoría de estos países pertenecen a los países en desarrollo y de reciente industrialización de América Latina, África y Asia. Esto confiere a la protección de estos recursos materiales y cognitivos una dimensión de política de desarrollo.

31 El Convenio de la ONU sobre la Diversidad Biológica (CDB) hace hincapié en la soberanía de los Estados con respecto a la regulación del acceso a sus recursos naturales en el Artículo 15:

"(1) En vista de los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales, la autoridad para determinar el acceso a los recursos genéticos corresponde a los gobiernos de cada Estado y está sujeta a la legislación nacional.

(2. Cada Parte Contratante se esforzará por crear condiciones que faciliten el acceso de otras Partes Contratantes a los recursos genéticos para una utilización respetuosa con el medio ambiente y no impondrá restricciones contrarias a los objetivos del presente Convenio.

(3. A efectos del presente Convenio, se considerarán recursos genéticos puestos a disposición por una Parte de conformidad con el presente artículo o con los artículos 16 y 19 únicamente los puestos a disposición por las Partes que sean los países de origen de dichos recursos o por las Partes que hayan adquirido dichos recursos de conformidad con el presente Convenio.

(4. El acceso, si se concede, será en términos mutuamente acordados y sujeto a este Artículo.

(5. El acceso a los recursos genéticos estará sujeto al consentimiento fundamentado previo de la Parte que proporcione esos recursos, a menos que esa Parte especifique otra cosa."

La Convención también compromete a los Estados firmantes a alcanzar este objetivo,

"compartir los resultados de la investigación y el desarrollo y los beneficios derivados de la utilización comercial y de otro tipo de los recursos genéticos de manera justa y equitativa con la Parte que haya proporcionado esos recursos". (artículo 15 párr. 7 frase 1 CDB)

Vincula esta división a condiciones mutuamente acordadas (artículo 15 párr. 7 frase 2 CBD).

- 32** Un equilibrio simétrico de intereses en este contexto se refiere a la transferencia de tecnología. La obligación general de los países industrializados de transferir tecnología (Artículo 16 párr. 1 CDB) se inserta en una compleja red de reglamentos (artículo 16 párrs. 2 a 5 CDB). Las obligaciones de los países industrializados de transferir tecnología se basan en condiciones mutuamente acordadas. El tratamiento de las tecnologías que son objeto de patentes y otros derechos de propiedad intelectual es delicado. Los derechos de propiedad intelectual deben gozar de una "protección adecuada y eficaz" (artículo 16 párr. 2 frase 2 CDB). Sin embargo, la transferencia de tecnología deseada también debería extenderse a las tecnologías protegidas por derechos de propiedad intelectual; también deberían aplicarse las normas sobre la aportación de recursos financieros por parte de los países industrializados (artículo 20 CDB) y sobre el mecanismo financiero del Convenio (Artículo 21 CDB) (artículo 16 párr. 3 CDB).

Las "Directrices de Bonn sobre el acceso a los recursos genéticos y la distribución equitativa de los beneficios derivados de su utilización" (2002) especifican las normas para un acuerdo adecuado de acceso y remuneración.

- 33** La práctica actual de acuerdos entre empresas farmacéuticas e instituciones estatales sobre la gestión de la biodiversidad, el acceso a los recursos genéticos, la participación del país de origen en los beneficios de la utilización y la transferencia de tecnología es todavía bastante escasa. Hasta ahora, no ha disipado la preocupación de que se aprovechen de los países de origen pobres.

Un acuerdo entre la empresa farmacéutica estadounidense MERCK y el gobierno de Costa Rica de 1991 es digno de interés. En virtud de este acuerdo, el Instituto Estatal Costarricense para la Diversidad Biológica proporciona a la empresa farmacéutica especímenes de plantas, animales y muestras de suelo para pruebas exclusivas. La empresa recibe los derechos de propiedad industrial de los medicamentos desarrollados a partir de estas muestras. A cambio, la empresa debe pagar al instituto estatal una importante suma de dinero y darle una parte de los beneficios de los medicamentos desarrollados en el marco de esta colaboración. El instituto también recibirá valiosas instalaciones de laboratorio.

- 34** Otro tema controvertido es la protección de los conocimientos indígenas frente a la "apropiación" indebida, por ejemplo mediante patentes. Estos conocimientos autóctonos no pueden ser objeto de protección mediante patentes debido a su falta de "novedad". La consideración de un mecanismo de protección independiente aún no ha resultado fructífera. Al fin y al cabo, los conocimientos tradicionales sobre el efecto de las sustancias naturales pueden ser un obstáculo para la "novedad" de una invención basada en ellos y, por tanto, para su patentabilidad. Sin embargo, esto no se aplica a las invenciones basadas en los conocimientos indígenas.

§ 9. Resolución de litigios y derecho procesal internacional

1. Mecanismos internacionales de resolución de conflictos

Literatura:

Y. Aksar (ed.), *Implementing International Economic Law: Through Dispute Settlement Mechanisms*, 2011; *J. Collier/V. Lowe*, *The Settlement of Disputes in International Law*, 1999; *R. Dolzer*, *Formen der Streitbeilegung im multilateralen Wirtschaftsrecht*, en: *Festschrift für Karl Doehring zum 70. Geburtstag*, 1989, p. 143 y ss.; *N. Lavranos*, *Regulating Competing Jurisdictions Among International Courts and Tribunals*, *ZaöRV* 68 (2008), p. 575 y ss.; *A. F. Lowenfeld*, *International Litigation and Arbitration*, 3ª ed. 2006; *K. Oellers-Frahm/A. Zimmermann*, *Dispute Settlement in Public International Law*, 2ª ed. 2001; *J. Pauwelyn/L. E. Salles*, *Forum Shopping Before International Tribunals*, *Cornell International Law Journal* 42 (2009), p. 77 y ss.; *E.-U. Petersmann/G. Jaenicke* (eds.), *Adjudication of International Trade Disputes in International and National Economic Law*, 1992; *T. Schultz/F. Ortino* (eds.), *The Oxford Handbook of International Arbitration*, 2020.

- 1 La diversidad de litigios en el derecho mercantil internacional se corresponde con el amplio espectro de formas de resolución de conflictos. En el plano intergubernamental, hay que tener en cuenta que el intercambio directo de bienes y servicios entre dos Estados pasa a un segundo plano frente a la circulación de bienes, servicios y capitales por parte de empresas privadas. Los litigios de derecho comercial entre Estados suelen implicar la protección diplomática en beneficio de sus propios nacionales (por ejemplo, en caso de expropiación u otras medidas coercitivas por parte de un Estado extranjero) o actos de política económica que desencadenan controversias en las organizaciones internacionales (por ejemplo, en el GATT).
- 2 El foro tradicional para la resolución formal de disputas entre Estados es la Corte Internacional de Justicia (CIJ), cuya jurisdicción requiere una sumisión especial por parte de los Estados implicados. Esta jurisdicción puede establecerse mediante una sumisión general concordante para las controversias de derecho internacional (artículo 36 párrafo 2 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia), mediante un acuerdo contractual previo (por ejemplo, en un tratado de amistad) o por acuerdo de las partes en una controversia específica (artículo 36 párrafo 1 del Estatuto). La conclusión de acuerdos de arbitraje desempeña un papel más importante en las relaciones económicas bilaterales que la solución de controversias por el Tribunal Internacional de Justicia. Un ejemplo de arbitraje intergubernamental es el tribunal de arbitraje creado por Irán y Estados Unidos en La Haya (*Tribunal de Reclamaciones Irán-EE.UU.*), que ambos Estados acordaron tras el grave conflicto diplomático por la ocupación de la embajada estadounidense en Teherán y la confiscación de bienes iraníes en EE.UU.⁴⁶⁹

Este tribunal de arbitraje está compuesto por árbitros designados por ambos estados y nombrados por un organismo independiente. El *Tribunal de Reclamaciones Irán-EEUU* se ha pronunciado sobre los litigios entre ambas partes, así como sobre las reclamaciones presentadas por nacionales de un Estado contra el otro.

⁴⁶⁹ Véase ILM 20 (1981), p. 230; véase también *D. Caron*, *The Nature of the Iran - United States Claims Tribunal and the Evolving Structure of International Dispute Resolution*, *AJIL* 84 (1990), p. 104 y ss.

En las relaciones económicas multilaterales predominan las formas flexibles de resolución de disputas, especialmente cuando se trata de asuntos de gran sensibilidad política y consecuencias de largo alcance. Aquí se tienen más en cuenta los intereses de peso de los Estados individuales y las preocupaciones atmosféricas que en los procedimientos judiciales. La lucha por una solución amistosa desempeña aquí un papel importante. Se ha logrado una fuerte jurisdicción de los conflictos de derecho comercial con el mecanismo de solución de diferencias dentro de la Organización Mundial del Comercio.⁴⁷⁰

- 3 La protección jurídica más diferenciada a nivel internacional la proporciona el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuya jurisdicción se extiende a los litigios entre los Estados miembros, entre la Unión y los Estados miembros, la revisión de los actos jurídicos de las instituciones de la Unión y la interpretación del Derecho de la Unión.⁴⁷¹ El alcance de la jurisdicción y la eficacia de la protección jurídica proporcionada son de una calidad que sólo puede encontrarse en el ámbito nacional.

- 4 Por regla general, el acceso a los tribunales internacionales está reservado a los Estados y a las organizaciones internacionales. Sin embargo, varios tratados internacionales ofrecen a los particulares la posibilidad de presentar demandas contra los Estados ante un tribunal internacional o de arbitraje.⁴⁷² Un ejemplo en el ámbito de la protección de los derechos humanos es el procedimiento de reclamación individual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en virtud del Convenio Europeo de Derechos Humanos (véase el artículo 34 del CEDH). Sobre la base del Convenio del Banco Mundial sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, el inversor y el Estado receptor pueden establecer la jurisdicción del *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones* (CIADI).⁴⁷³ Un gran número de tratados bilaterales de protección de las inversiones⁴⁷⁴ y de acuerdos regionales como el TLCAN⁴⁷⁵ prevén la solución de controversias en materia de inversiones por parte del CIADI. Además, un gran número de tratados de protección de las inversiones establecen la jurisdicción de un tribunal de arbitraje, que se designa y resuelve de acuerdo con el reglamento de arbitraje de la *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* (Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI)⁴⁷⁶ o el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional de París. En estos casos, la cláusula del tratado internacional sobre resolución de disputas ya incluye el sometimiento del respectivo Estado anfitrión a los procedimientos de arbitraje entre el Estado y el inversor. Los "tribunales de inversiones", previstos en los acuerdos económicos más recientes de la Unión Europea con Canadá y Vietnam, representan un nuevo modelo de jurisdicción intergubernamental. En ellos, la designación de los miembros está totalmente en manos de las partes contratantes.

470 Véase más adelante, § 10, 12.

471 Véase más arriba, § 4 párr. 41 y ss.

472 Véase, por ejemplo, *H. J. Hallier*, *Völkerrechtliche Schiedsinstanzen für Einzelpersonen und ihr Verhältnis zur innerstaatlichen Gerichtsbarkeit*, 1962; *S. J. Toope*, *Mixed International Arbitration: Studies in Arbitration between States and Private Persons*, 1990; *N. Wühler*, *Mixed Arbitral Tribunals*, en: *EPIL*, Vol. III, 1997, p. 433 y ss.

473 Véase más adelante, § 23, 6.

474 Véase más adelante, § 23, 2.

475 Véase más adelante, § 12, 4.

476 Véase más abajo, § 9 párrafo 9.

- 5 El *Tribunal de Reclamaciones Irán-EE.UU.* de La Haya ha decidido una gran cantidad de importantes cuestiones de derecho comercial en disputas entre ciudadanos estadounidenses e Irán. Con su jurisprudencia, por ejemplo sobre expropiación y el nivel de indemnización exigido, así como sobre reclamaciones contractuales y extracontractuales en virtud del derecho nacional e internacional, el tribunal de arbitraje de La Haya ha realizado una importante contribución al derecho mercantil internacional.⁴⁷⁷
- 6 Pueden surgir conflictos espinosos cuando la jurisdicción de los tribunales internacionales o de los órganos de resolución de conflictos se solapan en una disputa. En el llamado "*caso del pez espada chileno*"⁴⁷⁸ la disputa sobre las restricciones de acceso impuestas por Chile a los arrastreros extranjeros de pez espada dio lugar a la jurisdicción tanto del órgano de resolución de disputas de la Organización Mundial del Comercio (debido al reglamento de tránsito del GATT) como del Tribunal Internacional del Derecho del Mar (en relación con la protección de las especies marinas altamente migratorias). Los tribunales responsables de los acuerdos regionales de libre comercio o de las uniones aduaneras también pueden competir para resolver disputas en el seno de la Organización Mundial del Comercio.⁴⁷⁹ El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tiene competencia exclusiva en los litigios entre los Estados miembros de la UE en el ámbito del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del Tratado Euratom (Artículo 4, apdo. 3 TUE, 344 TFUE; Artículo 192 f. EA).

En el "*MOX Plant - case*", Irlanda hizo caso omiso de esta jurisdicción del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas cuando inició un procedimiento contra el Reino Unido en virtud de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar debido al vertido de sustancias radiactivas de la central nuclear de Sellafield y a la temida contaminación del medio marino del Mar de Irlanda.⁴⁸⁰

2. Arbitraje comercial internacional

Literatura:

K. P. Berger, International Economic Arbitration, 1993; *K.-H. Böckstiegel*, Arbitration and State Enterprises, 1984; *W. L. Craig/W. W. Park/J. Paulsson*, International Chamber of Commerce Arbitration, 4ª ed. 2021; *G. Cordero-Moss* (ed.), International Commercial Arbitration, 2013; *G. R. Delaume*, State Contracts and Transnational Arbitration, AJIL 75 (1981), p. 785 y ss.; *M. Herdegen*, Wirkungen von Schiedssprüchen in Streitigkeiten zwischen Privatpersonen und fremden Staaten, RIW 1989, p. 329 y ss.; *A. Joubin-Bret/J. Kalicki* (eds.), Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System, 2015; *R. H. Kreindler/R. Heinemann*, Commercial Arbitration, International, en: R. Wolfrum (ed.), MPEPIL, vol. II, 2012, p. 386 y ss.; *A. F. Lowenfeld*, International Litigation and Arbitration, 3ª ed. 2006; *F. A. Mann*, State Contracts and International Arbitration, BYIL 42 (1967), p. 1 y ss.; *L. Markert/C. Leisinger*, Grundzüge und Entwicklung der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, KSzW 2013, p. 119 y ss.; *M. L. Moses*, The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, 3ª ed. 2017; *N. Blackaby/C. Partasi-*

477 Véase, por ejemplo, *A. Avanessian*, Iran-United States Claims Tribunal in Action, 1993; *J. R. Crook*, Applicable Law in International Arbitration: The Iran - U. S. Claims Tribunal Experience, AJIL 83 (1989), p. 278 y ss.; *R. Khan*, The Iran-United States Claims Tribunal - Controversies, Cases and Contributions, 1990.

478 Véase más abajo, § 10 párr. 173.

479 Véase *Brasil - Medidas que afectan a la importación de neumáticos recauchutados*, WT/DS332/AB/R; véase infra, § 10 párr. 146; *México - Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas* WT/DS308/AB/R; véase infra, § 10 párr. 146.

480 TJCE, asunto C-459/03, EU:C:2006: 345 - *Comisión/Irlanda*.

des/A. Redfern/M. Hunter; Redfern and Hunter on International Arbitration, 6.^a ed. 2015; T. Rensmann, Anationale Schiedssprüche, 1997; T. Schultz/F. Ortino (eds.), The Oxford Handbook of International Arbitration, 2020; S. J. Toope, Mixed International Arbitration: Studies in Arbitration between States and Private Persons, 1990, R. Wolff (ed.), New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 2^a ed. 2019.

- 7 El arbitraje comercial internacional desempeña un papel destacado en los litigios relacionados con transacciones comerciales transfronterizas. Las razones de la popularidad del arbitraje en comparación con la ejecución de las demandas ante los tribunales estatales incluyen, en particular, la capacidad de las partes para influir en la elección de los árbitros y la organización del procedimiento, la composición del tribunal arbitral y la ley aplicable, la rapidez, la protección de la confidencialidad y los menores costes procesales, y a veces también la mayor seguridad jurídica en el proceso de toma de decisiones. Sin embargo, la "patología" de algunos procedimientos de arbitraje demuestra que puede haber que pagar un precio considerable por desmarcarse del sistema estatal de protección jurídica. Esto se hace evidente, por ejemplo, cuando una de las partes intenta frustrar el progreso del procedimiento de arbitraje o no reconoce el laudo arbitral como vinculante. Por otro lado, las expectativas de la comunidad internacional y la posibilidad de sanciones informales contribuyen de forma significativa al cumplimiento de los acuerdos de arbitraje internacional.
- 8 Uno de los problemas especialmente actuales del arbitraje comercial moderno es la organización de los procedimientos multipartitos, por ejemplo en lo que respecta al nombramiento de los árbitros. El modelo clásico de tribunal arbitral tripartito (con dos árbitros designados por las partes y un presidente nombrado por un organismo independiente) se adapta mal a los procedimientos de arbitraje multipartitos, como los que pueden surgir de los litigios entre los miembros de un consorcio de construcción. Si varios demandados tienen que ponerse de acuerdo sobre el nombramiento de un árbitro, la igualdad procesal de armas puede sufrir las consecuencias.⁴⁸¹
- 9 Los procedimientos que se rigen por el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, que garantiza un alto grado de fiabilidad, son especialmente importantes. La *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)* ha desarrollado el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI⁴⁸² para el desarrollo de los procedimientos de arbitraje internacional, que la Asamblea General de las Naciones Unidas ha recomendado que se aplique en el contexto de los acuerdos de arbitraje.⁴⁸³
- 10 El arbitraje internacional no sólo depende del acuerdo contractual de ambas partes, sino que también mantiene diversas relaciones con los sistemas jurídicos nacionales y el sistema estatal de protección jurídica. Estas relaciones adquieren relevancia cuando la ejecución del procedimiento arbitral o el reconocimiento del laudo arbitral como decisión vinculante dejan de contar

481 Véase la decisión del Tribunal de Casación francés en el *asunto Dutco*, Rev.arb. 1992, p. 470; véase también K. P. Berger, Schiedsrichterbestellung in Mehrparteien-Schiedsverfahren - Der Fall "Dutco" vor französischen Gerichten, RIW 1993, p. 702 y ss.

482 ILM 15 (1976), P. 701.

483 Sobre el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, véase, por ejemplo, O. Glossner, Die UNCITRAL-Schiedsordnung in der Praxis, RIW 1978, p. 141 y ss.; G. Sacerdoti, The New Arbitration Rules of ICC and UNCITRAL, JWT 11 (1977), p. 248 y ss.

con el consenso de ambas partes. Además, a menudo existe la necesidad de una protección jurídica provisional por parte de los tribunales estatales si se ha acordado un procedimiento de arbitraje. De gran importancia práctica es la revisión de un laudo arbitral por los tribunales del estado en el que se dictó el laudo o por los tribunales del estado cuya ley hayan acordado las partes que se aplica al procedimiento arbitral. El derecho procesal civil de cada estado deja un margen variable a la autonomía de la voluntad de las partes en lo que respecta a la arbitrabilidad de determinados litigios, la organización del procedimiento y la ley aplicable. Esto también se aplica al reconocimiento de los laudos arbitrales dictados en otro país. La legislación y la jurisprudencia recientes de algunos países europeos y de Estados Unidos han tendido hacia una cierta generosidad en el reconocimiento de los laudos arbitrales internacionales (por ejemplo, en lo que respecta a la arbitrabilidad de los litigios internacionales antimonopolio⁴⁸⁴ o al acuerdo de principios jurídicos generales como base de las decisiones).⁴⁸⁵ Esto se basa en la consideración de la eficacia del arbitraje en casos con implicaciones extranjeras. En el marco de la CNUDMI se ha elaborado una ley modelo para el arbitraje comercial internacional.⁴⁸⁶ La legislación de un gran número de Estados se ha inspirado en este modelo.

- 11** Varios tratados internacionales facilitan el reconocimiento y la ejecución internacional de los laudos arbitrales. La Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 es particularmente importante.⁴⁸⁷ La Convención se aplica a las sentencias arbitrales dictadas en un Estado distinto de aquel en el que se solicita el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, así como a las sentencias que no se consideran nacionales en el propio Estado del lugar del arbitraje (artículo I párr. 1). Un Estado contratante puede negarse a reconocer y ejecutar un laudo arbitral dictado en otro Estado contratante de conformidad con la Convención sólo en determinadas condiciones.⁴⁸⁸ Esto se aplica, en particular, si el acuerdo de arbitraje es inválido en virtud de la legislación nacional pertinente (artículo V párr. 1 lit. a del Convenio) o si el laudo ha sido anulado por las autoridades competentes del Estado en el que se dictó el laudo o cuya ley rige el procedimiento (artículo V párr. 1 lit. e). Además, un estado también puede negarse a reconocer y ejecutar un laudo arbitral si la disputa no puede ser objeto de un acuerdo de arbitraje bajo su propia ley (artículo V para. 2 lit. a) o si el reconocimiento o ejecución del laudo arbitral violara los principios fundamentales del sistema legal respectivo (*ordre public*) (artículo V para. 2 lit. b). Esta es una fuente de inseguridad jurídica considerable para la ejecución de un laudo arbitral internacional. Además de la Convención de Nueva York, cabe mencionar en particular la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961.⁴⁸⁹
- 12** En las relaciones contractuales entre estados y partes privadas, el acuerdo de un tribunal de arbitraje es el foro "clásico" para la resolución de disputas. Para una empresa privada, la sumisión a la jurisdicción de su socio contractual estatal a menudo no ofrece la seguridad jurídica desea-

484 Véase, por ejemplo, Corte Suprema de Justicia de EE.UU., *Mitsubishi Motors Corporation contra Solaire Chrysler Plymouth Inc.*, 473 U. S. 614 (1985).

485 Tribunal de Apelación inglés, *Deutsche Schachtbau- und Tiefbohrgesellschaft m. b. H. contra R'As al-Khaimah National Oil Company*, [1987] 3 W. L. R.1023; véase ahora el Artículo 46 (1) (a) de la Ley de Arbitraje del Reino Unido de 1996, ILM 36 (1997), p. 155 y ss.

486 Por ejemplo, *K.-H. Böckstiegel*, Das UNCITRAL-Modell-Gesetz für die internationale Wirtschafts-Schiedsgerichtsbarkeit, RIW 1984, p. 670 y ss.; *M. Kerr*, Arbitration and the Courts: The UNCITRAL Model Law, ICLQ 34 (1985), p. 1 y ss.

487 BGBl. 1961 II, p. 122; UNTS 330, p. 38.

488 Véase el Artículo V de la Convención.

489 BGBl. 1964 II, p. 426; UNTS, vol. 484, p. 364.

da; para el Estado, la jurisdicción acordada de los tribunales de un tercer país es difícilmente aceptable. Sobre todo, la parte privada tiene interés en no someter el propio acuerdo de arbitraje y la validez del laudo arbitral a la legislación nacional de su parte contratante estatal, ya que ésta es la dueña de su propio sistema jurídico. A menudo resulta difícil conciliar este interés en la protección jurídica de la parte privada, por un lado, y las consideraciones de soberanía, por otro. Si, según la voluntad de ambas partes, el procedimiento de arbitraje no está sujeto a ninguna ley nacional en particular, el laudo arbitral tiene un carácter "anacional" (o "deslocalizado"). Esto da lugar a cuestiones jurídicas difíciles.⁴⁹⁰

- 13 Incluso en los litigios que sólo existen entre partes privadas, hay procedimientos de arbitraje que las partes no quieren que se sometan a la legislación nacional. La ejecución de los laudos arbitrales nacionales es bastante controvertida. Sin embargo, según la Convención de Nueva York de 1958, por ejemplo, no existen objeciones fundamentales a su reconocimiento y ejecución.⁴⁹¹ Sin embargo, la opción de las partes de un laudo arbitral "*flotante*" ("*sentence flottante*") está asociada a una considerable inseguridad jurídica en la práctica.
- 14 Esto puede ilustrarse con el ejemplo del famoso laudo arbitral emitido en 1956 en el caso *SEEE* por dos árbitros en una disputa entre una empresa francesa y el Estado yugoslavo por una reclamación derivada de un proyecto de construcción ferroviaria.⁴⁹² Los tribunales suizos se negaron a reconocer el laudo arbitral a nivel nacional, ya que la ley procesal del cantón de Vaud exige un número impar de árbitros. Por otro lado, los tribunales suizos se abstuvieron de anular el laudo arbitral alegando que las partes no habían querido someter el procedimiento al derecho procesal nacional. La lucha por hacer cumplir el laudo arbitral contra el Estado yugoslavo condujo a un periplo de décadas por los tribunales nacionales, que incluyó varios recursos ante el Tribunal de Casación francés y el Tribunal Supremo holandés. Finalmente, un tribunal de apelación en Francia, con una decisión confirmada por el Tribunal de Casación, despejó el camino para la ejecución del laudo arbitral.
- 15 Lo más probable es que los riesgos de la resolución de disputas entre Estados y partes privadas sean gestionados por el Estado implicado y el Estado de origen de la parte privada en el marco de un tratado internacional. Algunos ejemplos son el Convenio del CIADI⁴⁹³ y la resolución de disputas sobre la base de los tratados de protección de inversiones (que a su vez suelen prever la jurisdicción del CIADI o de un tribunal de arbitraje, por ejemplo según las normas de la CNUDMI).

490 Por ejemplo, *M. Herdegen*, *Wirkungen von Schiedssprüchen in Streitigkeiten zwischen Privatpersonen und fremden Staaten*, RIW 1989, p. 329 y ss. (332 y ss.) con otras referencias; *T. Rensmann*, *Anationale Schiedssprüche*, 1997.

491 Véase *M. Herdegen*, *Wirkungen von Schiedssprüchen in Streitigkeiten zwischen Privatpersonen und fremden Staaten*, RIW 1989, p. 329 y ss. (336); *S. Ward Atterbury*, *Enforcement of A-National Arbitral Awards under the New York Convention of 1958*, *Virginia Journal of International Law* 32 (1992), p. 471 y ss.; véase también *US Court of Appeals for the Ninth Circuit*, *Ministry of Defence of the Islamic Republic of Iran v. Gould Inc.*, 887 F. 2d 1357, 1364 (1989).

492 *Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises c/Republique de Yougoslavie*, JDI 86 (1959), p. 1074. Véanse las decisiones de los tribunales nacionales en este caso: Tribunal Cantonal de Vaud, *Revue critique de droit international privé* 47 (1958), p. 359; Tribunal Supremo Federal Suizo, *Revue critique de droit international privé* 47 (1958), p. 366 con. Nota de *J.-F. Aubert*; Hoge Raad holandés, *Rev. arb.* 1974, p. 311 (321); Cour d'appel de Rouen, JDI 112 (1985), p. 473 con anotación de B. Opp. Nota de B. *Oppetit*, confirmada por el Tribunal de Casación francés, *Rev. arb.* 1987, p. 149 w. Nota de *J.-L. Delvolvé*.

493 Véase más adelante, § 23, 6.

- 16 Surgen problemas particulares cuando un complejo en disputa se convierte en objeto de procedimientos de arbitraje concurrentes. El caso principal es el procedimiento de arbitraje *CME/Lauder contra la República Checa*.⁴⁹⁴

El caso se refería al deterioro de las inversiones realizadas por la empresa holandesa CME en el sector de los medios de comunicación en la República Checa. Esta empresa holandesa estaba controlada por Lauder, ciudadano estadounidense. *Lauder* inició un procedimiento de arbitraje conforme a las normas de arbitraje de la CNUDMI en Londres debido a la frustración por parte del gobierno checo de la finalidad de la inversión conforme al Tratado de Protección de Inversiones entre EE.UU. y la República Checa. Poco después, CME inició un procedimiento de arbitraje en Estocolmo sobre la base del Tratado de Protección de Inversiones Checo-Holandés (también bajo las normas de la CNUDMI). El tribunal de arbitraje de Londres denegó la demanda de Lauder por falta de daños relevantes. En cambio, unos días más tarde, el tribunal de arbitraje de Estocolmo constató una expropiación de *facto*. El recurso de anulación interpuesto por la República Checa ante el Tribunal de Apelación de Estocolmo en virtud de la Ley de Arbitraje sueca (basado principalmente en el desconocimiento de la litispendencia y la cosa juzgada con respecto al procedimiento de Londres) no prosperó.⁴⁹⁵ El tribunal sueco también señaló que la República Checa se había opuesto a vincular los procedimientos de Londres y Estocolmo en aras de la armonización de las decisiones.

- 17 En tal caso, hay buenas razones para considerar el vínculo material entre las reclamaciones de una sociedad y su accionista mayoritario o único también a nivel procesal. Esto sugiere que una decisión vinculante sobre las reclamaciones de una sociedad debería aplicarse, en principio, a las reclamaciones vinculadas a la participación mayoritaria.

3. Competencia judicial internacional

Literatura:

R. A. Brand/S. R. Jablonski, Forum Non Conveniens, 2007; *J. J. Gibbons/T. Meyers/R. Dolzer*, Zur Reichweite der US-Gerichte in internationalen Angelegenheiten, RIW 2004, p. 899 y ss.; *F. A. Mann*, The Doctrine of Jurisdiction in International Law, RdC 111 (1964 I), p. 1 y ss.; *su traducción*, The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years, RdC 186 (1984 III), p. 9 y ss.; *W. Meng*, Die Regeln über die Jurisdiktion im Restatement Third, AVR 27 (1989), p. 156 ss.; *H. Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 8ª ed. 2021, pp. 86 y ss.; *P. Schlosser*, Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-operation, 2001; *H. Ward*, Securing Transnational Corporate Accountability through National Courts, Hastings International & Comparative Law Review 24 (2001), p. 451 y ss.

- 18 Por regla general, la autoridad competente para decidir los litigios es el juez estatal. En caso de litigio, la jurisdicción de las partes reviste una importancia capital. La jurisdicción internacional de los tribunales de un estado concreto determina la aplicación del derecho procesal y el conflicto de leyes del estado respectivo (el Estado del foro) y, por lo tanto, también controla la aplicación del derecho sustantivo. Los jueces del Estado de origen de una de las partes en el proceso suelen ser más proclives a adoptar los valores de este último a la hora de evaluar los hechos de un caso que un tribunal extranjero.

494 Véase *G. Sacerdoti*, Investment Arbitration Under ICSID and UNCITRAL Rules; Prerequisites, Applicable Law, Review of Awards, ISCID Review Foreign Investment Law Journal, 19 (2004), p. 1 y ss.

495 Tribunal de Apelación de Svea, *República Checa contra CME Czech Republic B.V.*, ILM 42 (2003), p. 919 y ss.

A la hora de hacer valer reclamaciones contra un Estado extranjero o una empresa estatal, hay que tener en cuenta de antemano que, según los principios de la inmunidad estatal, los Estados sólo están sujetos a la jurisdicción extranjera en el ámbito no soberano.⁴⁹⁶

- 19** El establecimiento de la competencia judicial internacional de los tribunales de un determinado Estado requiere (de forma similar a la aplicación del derecho nacional) que existan suficientes factores de conexión de carácter personal, territorial o fáctico. Estos incluyen, por ejemplo, la nacionalidad o residencia permanente de una de las partes, el lugar de cumplimiento de un contrato o la ocurrencia de un hecho delictivo. Una escala durante un vuelo, por otra parte, no puede establecer la jurisdicción para un procedimiento contra el viajero en tránsito.

a) Derecho de la Unión Europea

- 20** En el marco de la Unión Europea, los Estados contratantes del Convenio CEE de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Convenio de Bruselas, Convenio de Bruselas)⁴⁹⁷ han adoptado normas uniformes sobre competencia judicial internacional para las acciones contra personas domiciliadas en uno de los Estados contratantes (artículo 2 y ss.). Según el tratado de Luxemburgo de 1971 relativo a la interpretación del Convenio CEE de 1968⁴⁹⁸, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas debe pronunciarse sobre la interpretación del Convenio de Bruselas a instancia de los más altos tribunales nacionales. El Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 2007 sigue de cerca el modelo del Convenio de Bruselas de 1968 y su posterior incorporación al Derecho de la UE.⁴⁹⁹ Este convenio se aplica a las relaciones entre los Estados de la UE y los terceros países miembros de la AELC. Posteriormente, el Reglamento (CE) n° 44/2001 (Reglamento Bruselas I) sustituyó al Convenio de Bruselas a nivel de la UE en las relaciones entre la mayoría de los Estados miembros.⁵⁰⁰ Este Reglamento incorpora el contenido del Convenio de Bruselas para el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil. La nueva versión del Reglamento Bruselas I (Reglamento (UE) n° 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil) está en vigor desde principios de 2015. Según el Reglamento, las personas domiciliadas en el territorio de un Estado miembro deben, en principio, ser demandadas ante los tribunales de dicho Estado (Artículo 4, apdo. 1).

Entre los fueros especiales para entablar una acción en otro Estado contratante, el fuero del lugar de cumplimiento de una obligación contractual (Artículo 7 n° 1) reviste una gran importancia.⁵⁰¹

496 Véase más arriba, § 7, 2.

497 BGBl. 1972 II, p. 774; se aplica la versión posterior al Convenio de Adhesión de 1989, BGBl. 1994 II, p. 518; véase *J. Kropholler/J. von Hein*, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 9ª ed. 2016.

498 Protocolo de Luxemburgo relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, BGBl. 1972 II, p. 846.

499 OJ 2007 L 339/3.

500 Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO CE 2001 L 12/1. Refundido por el Reglamento (UE) n° 1215/2012, DO UE 2012 L 351/1.

501 *F. Wipping*, *La competencia europea del lugar de cumplimiento* - Artículo 5 N° 1 Reglamento Bruselas I, 2008.

Para la venta de bienes muebles (salvo pacto en contrario), el lugar de cumplimiento es el lugar de un Estado miembro en el que se entregaron o debían haberse entregado (artículo 7 n° 1 *lit. b* primer guión). En el caso de la venta por expedición, el lugar de destino de las mercancías es, por tanto, determinante.⁵⁰² Por regla general, esto conduce al lugar de jurisdicción del comprador. Sólo en el caso de una deuda por cobrar, el vendedor puede demandar en el país en el que está domiciliado. El lugar de cumplimiento para la prestación de servicios es también el lugar de destino (artículo 7 n° 1 *lit. b* segundo guión Reglamento Bruselas I).

Los contratos de suministro de bienes que debe fabricar el contratista utilizando materiales que éste debe adquirir son contratos de compraventa de conformidad con el artículo 7 n° 1 *lit. b* Reglamento Bruselas I.⁵⁰³ El lugar de entrega es el destino final donde los bienes deben ser entregados al comprador.⁵⁰⁴

De conformidad con el artículo 7 n° 2 del Reglamento Bruselas I, una acción por responsabilidad extracontractual, delictual o cuasidelictual también puede ejercitarse ante el tribunal del lugar "donde se hubiere producido el hecho dañoso". Esta competencia se aplica a cualquier acción que haga valer una responsabilidad por daños y perjuicios y que no se base en una reclamación contractual en el sentido del artículo 7 n° 1 *lit. a* del Reglamento Bruselas I.⁵⁰⁵ Por lo tanto, esta disposición cubre también las acciones por daños y perjuicios contra el emisor de valores basadas en la responsabilidad del prospecto o en el incumplimiento de las obligaciones legales de información.⁵⁰⁶ En el ámbito de esta jurisdicción extracontractual, el demandante puede elegir entre el lugar del hecho que causó el daño (lugar de la acción) y el lugar donde se produjo el daño (lugar de realización). Si los daños derivados de transacciones financieras se realizan en la cuenta bancaria del perjudicado y el banco está establecido en la jurisdicción de los tribunales del lugar de residencia, el perjudicado puede reclamar el fuero de su lugar de residencia.⁵⁰⁷

En relación con la demanda interpuesta ante un tribunal holandés por viveristas holandeses debido a la salinización del Rin por empresas mineras francesas de potasa, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictaminó que la disposición correspondiente del artículo 5 n° 3 del Convenio de Bruselas da a la parte perjudicada la opción de interponer la demanda en el lugar del hecho causante o en el lugar donde se produjo el daño.⁵⁰⁸ En el caso de daños causados por un producto defectuoso, el lugar del hecho causante es aquel en el que el uso previsto del producto ha provocado el daño (por ejemplo, el lugar de la transformación posterior de una materia prima defectuosa en un producto que no puede utilizarse o sólo puede utilizarse de forma limitada).⁵⁰⁹

502 *W. Hau*, Die Kaufpreisklage des Verkäufers im reformierten europäischen Vertragsgerichtsstand - ein Heimspiel? JZ 2008, p. 974 y ss.

503 TJCE, asunto C-381/08, EU:C:2010: 90, párr. 33 y ss. - *Embelcedor de automóvil*.

504 TJCE, loc. cit. párr. 60 y ss.

505 TJCE, asunto C-375/13, EU:C:2015:37, párr. 44 - *Kolassa./ Barclays.Bank plc*.

506 TJCE, asunto C-375/13, EU:C:2015: 37, apartado 44 - *Kolassa./ Barclays.Bank plc*.

507 TJCE, asunto C-375/13, EU:C:2015:37, párr. 55 - *Kolassa./ Barclays.Bank plc*.

508 TJCE, asunto C-21/76, EU:C:1976:166 - *Beer*, Rec. 1976, 1735 (1746 y ss.).

509 TJCE, asunto C-189/08, EU:C:2009: 475 - *Zuid Chemie*.

En el caso de una acción por infracción de los derechos de la personalidad en Internet, el artículo 7, apartado 2, del Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 (DO L 351/1), establece como fuero competente el lugar donde se encuentre el centro de intereses de la persona afectada por el contenido.⁵¹⁰

b) Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro

- 21** La jurisdicción internacional también puede establecerse mediante un acuerdo de jurisdicción entre las partes. El *Convenio de La Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro* de 2005⁵¹¹ estipula que los acuerdos exclusivos de elección de foro establecen la competencia de los tribunales de un Estado contratante designados para pronunciarse en ellos (artículo 5 párr. 1).

Un acuerdo que atribuya competencia a favor de los tribunales de un Estado contratante se considerará exclusivo, salvo acuerdo expreso en contrario de las partes (artículo 3 *lit.* b).

Un tribunal designado de conformidad con esta disposición no podrá declinar su competencia alegando que el litigio debe dirimirse ante los tribunales de otro Estado (artículo 5 párrafo 2). Salvo ciertas excepciones, los jueces de un Estado contratante que no hayan sido llamados a pronunciarse en virtud de un acuerdo de competencia exclusiva deberán suspender o interrumpir el procedimiento (artículo 6). Las sentencias del tribunal de un Estado contratante designado por un acuerdo de jurisdicción exclusiva deberán ser reconocidas y ejecutadas en los demás Estados contratantes, salvo que uno de los motivos de denegación enumerados enumerativamente se oponga a ello (artículo 8 y ss.).

c) Derecho procesal civil alemán

- 22** En el derecho procesal civil alemán, la competencia judicial internacional de los tribunales alemanes viene determinada generalmente por las disposiciones sobre competencia local (véanse los artículos 12 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil alemana). El lugar de jurisdicción de los bienes (Sección 23 ZPO) como base de la competencia judicial internacional en procedimientos contra demandados extranjeros, en particular Estados extranjeros, es extremadamente controvertido si las partes en litigio no tienen, por lo demás, ninguna conexión con Alemania.⁵¹²

De hecho, es difícil ver por qué los tribunales nacionales sólo deben ocuparse de un litigio entre partes extranjeras porque el demandado tiene un saldo bancario u otros activos en Alemania. Varios procedimientos contra empresas extranjeras en la República Federal de Alemania se han basado en la competencia sobre activos en procedimientos de protección jurídica provisional. Por ejemplo, una empresa de Liechtenstein obtuvo un embargo real sobre los activos del Banco Central de Nigeria ante un tribunal alemán para garantizar las reclamaciones derivadas de un acuerdo de compra.⁵¹³ El Tribunal Federal de Justicia exige una conexión interna suficiente

510 TJCE, asunto C-194/16, EU:C:2017:766, párr. 32 y ss. - *Bolagsupplysningen e Ilsjan./ Svensk Handel AB*.

511 ILM 44 (2005), p. 1291 y ss.

512 Por ejemplo, *E. Schumann*, Aktuelle Fragen und Probleme des Gerichtsstands des Vermögens (§ 23 ZPO), *Zeitschrift für Zivilprozess* 93 (1980), p. 408 y ss.

513 Tribunal Regional de Fráncfort del Meno, NJW 1976, p. 1044 y ss.

del litigio para la competencia internacional sobre la base de la jurisdicción patrimonial.⁵¹⁴ Algunos acuerdos internacionales y el Reglamento Bruselas I excluyen el establecimiento de la competencia judicial internacional de un Estado contratante sobre la base de la mera existencia de bienes nacionales del demandado.⁵¹⁵

El lugar de jurisdicción para actos torticeros de acuerdo con la Sección 32 del Código de Procedimiento Civil alemán (ZPO) (lugar de comisión o lugar de éxito) conlleva problemas particulares en el espacio de comunicación del ciberespacio. Si la mera consulta de las publicaciones en Internet se utilizara como lugar de comisión de un acto ilícito, los tribunales alemanes serían siempre competentes. Por lo tanto, el Tribunal Federal de Justicia requiere una conexión interna especial.

Esta conexión interna en el caso de una comunicación censurable procedente del extranjero debe derivarse en particular del hecho de que, según las circunstancias del caso concreto, es más probable que se advierta en Alemania (por ejemplo, un artículo en la hemeroteca en línea de un periódico estadounidense) (por ejemplo, debido a la especial referencia del contenido de la comunicación a Alemania y al considerable interés de los internautas alemanes).⁵¹⁶

d) Derecho estadounidense

- 23** La práctica nacional también reconoce otros factores de conexión cuestionables que los tribunales nacionales utilizan para justificar una jurisdicción muy amplia sobre acusados extranjeros. En el pasado, los tribunales estadounidenses también han basado su jurisdicción en el criterio bastante vago de la mera actividad comercial ("*hacer negocios*") en Estados Unidos y han sido bastante generosos al hacerlo.

Por ejemplo, los tribunales del estado de Nueva York se han declarado competentes para conocer de una demanda contra la empresa británica *Rolls Royce* por un supuesto defecto de fabricación en un motor de avión que fue responsable de un accidente aéreo en Centroamérica.⁵¹⁷ La jurisdicción para esta demanda se basaba en el hecho de que *Rolls Royce* tenía una filial en Nueva York cuya actividad era la venta y el mantenimiento de automóviles en Estados Unidos.

- 24** En su jurisprudencia más reciente, la Corte Suprema de Justicia de EE.UU. ha identificado ciertos límites a la jurisdicción internacional de los tribunales estadounidenses, que se deriva de su mera presencia en la vida económica.⁵¹⁸ Así, según el derecho federal, la jurisdicción de los tribunales nacionales debe ser compatible con el derecho constitucional, en particular con el procedimiento justo (*debido proceso*).⁵¹⁹

514 BGHZ 115, 90.

515 Por ejemplo, el Artículo 3 (2) del Reglamento Bruselas I; para las acciones contra los Estados contratantes, el Artículo 24 (2) del Convenio Europeo sobre Inmunidad de los Estados de 1972 (en relación con el *lit.* a del Anexo).

516 BGH, RIW 2010, p. 326 (327 s.).

517 *TACA International Airlines, S. A. contra Rolls Royce of England Ltd*, 204 N. E. 2d 329 (1965).

518 Véase, por ejemplo, Tribunal Supremo de Estados Unidos, *Helicópteros Nacionales de Colombia contra Hall*, 466 U. S. 408, 416 (1984).

519 Véase Corte Suprema de Justicia de EE.UU., *International Shoe*, 326 U. S. 310 (1945), 316, Regla Federal de Procedimiento Civil 4 *lit.* k (2).

Por un lado, esto depende de "*contactos mínimos*" en el sentido de una conexión suficiente con EE.UU.⁵²⁰ En segundo lugar, el uso de la jurisdicción debe ser "*razonable*", es decir, compatible con las "nociones tradicionales de *juego limpio* y justicia sustantiva".⁵²¹

En EE.UU., la jurisdicción de los tribunales para demandas contra personas y empresas extranjeras puede surgir generalmente de las estrechas conexiones con EE.UU. ("*jurisdicción general*"). Estas conexiones deben ser tan permanentes e intensas que el demandado se encuentre esencialmente "en casa" en EE.UU.⁵²² En el caso de actividades empresariales en EE.UU., "*contactos comerciales generales continuos y sistemáticos*" sólo son suficientes si constituyen el centro de gravedad económico de la empresa.⁵²³ La jurisdicción especial de los tribunales de EE.UU. ("*jurisdicción específica*") puede resultar de un proceso o actividad específica que sitúe el litigio en una relación estrecha con EE.UU.⁵²⁴

Por lo tanto, no es suficiente para la jurisdicción de una demanda de responsabilidad por productos defectuosos contra el fabricante que el producto defectuoso llegue de algún modo a EE.UU. Más bien, el fabricante debe intentar intencionadamente vender el producto en EE.UU. para que ello dé lugar a la jurisdicción internacional de los tribunales estadounidenses.⁵²⁵ En el caso de los daños causados a ciudadanos estadounidenses por atentados terroristas en el extranjero, depende de si el atentado iba dirigido específicamente contra ciudadanos estadounidenses y no les afectó simplemente por casualidad.⁵²⁶

- 25** La ley estadounidense *Alien Tort Claims Act of 1789* (ATCA) - también conocida como *Alien Tort Statute* (ATS) - establece una jurisdicción potencialmente mundial de los tribunales estadounidenses para las demandas por daños basadas en violaciones del derecho internacional.⁵²⁷ Esta ley otorga a los tribunales federales de distrito estadounidenses

"jurisdicción original de cualquier acción civil de un extranjero por un agravio solamente, cometido en violación del derecho de gentes o de un tratado de los Estados Unidos".

- 26** La jurisdicción en virtud del ATS ha alimentado repetidamente los esfuerzos por hacer valer las violaciones de las normas del derecho internacional (en particular de los derechos humanos) por parte de particulares (especialmente empresas multinacionales) mediante demandas ante los tribunales estadounidenses y hacer valer así las preocupaciones de política jurídica.⁵²⁸ Se

520 *Metropolitan Life Ins. Co. contra Robertson-Ceco Corp.*, 84 F.3d, 560, 567.

521 Corte Suprema de Justicia de EE.UU., *Asahi Metal Industry Co. contra el Tribunal Superior de California*, 480 U.S. 102, 113 (1987).

522 Corte Suprema de Justicia de EE.UU., *Daimler AG v. Bauman et al*, 134 U.S.Ct. 746 (2014), 751.

523 Corte Suprema de Justicia de EE.UU., *Daimler AG v. Bauman et al*, 134 U.S.Ct. 746 (2014), 762, nota 20: "La jurisdicción general exige, por el contrario, una valoración de las actividades de una corporación en su totalidad, a escala nacional y mundial. Una corporación que opera en muchos lugares difícilmente puede ser considerada como en casa en todos ellos. De lo contrario, 'en casa' sería sinónimo de 'hacer negocios', pruebas enmarcadas antes de que la jurisdicción específica evolucionara en Estados Unidos".

524 Corte Suprema de Justicia de EE.UU., *Goodyear contra Brown*, 564 U.S. 915 (2011), 919.

525 Corte Suprema de Justicia de EE.UU., *Asahi Metal Industry Co. contra el Tribunal Superior de California*, 480 U.S. 102 (1987).

526 U.S. Ct. App. Segundo Circuito, *Waldman contra la Organización para la Liberación de Palestina*, International Legal Materials, 57 (3), 490, 506 y ss.

527 A este respecto *A. Feldberg*, La Ley de Reclamaciones por Agravios contra Extranjeros, 2008.

528 *A. Seibert-Fohr/R. Wolfrum*, Die einzelstaatliche Durchsetzung völkerrechtlicher Mindeststandards gegenüber

trata esencialmente de violaciones del derecho internacional por parte de empresas estadounidenses y extranjeras o de personas físicas en el extranjero. En este sentido, el ATS tiene un alcance extraterritorial. Los factores de conexión para las acciones contra particulares en virtud del ATS son la violación de las normas del derecho internacional, que también se aplican a los actores no estatales⁵²⁹, así como el apoyo sustancial (*ayuda e incitación*) de violaciones graves del derecho internacional por parte de un Estado.⁵³⁰

Basándose en el ATS, un tribunal federal de apelación estadounidense en el caso *Doe I contra Unocal Corp.* asumió la jurisdicción de los tribunales estadounidenses para las demandas contra una empresa presuntamente implicada en graves violaciones de los derechos humanos (maltrato de trabajadores forzados) en la construcción de gasoductos mediante connivencia con el régimen militar de Myanmar (Birmania).⁵³¹

- 27 La jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia de EEUU muestra una clara moderación a la hora de reconocer la jurisdicción de los tribunales estadounidenses en virtud del ATS. En el caso *Sosa contra Álvarez-Machain*, el Tribunal Supremo reafirmó que el ATS, como mera disposición jurisdiccional, no da lugar a reclamaciones de derecho civil, sino que las presupone.⁵³² El Tribunal Supremo limita la jurisdicción de los tribunales estadounidenses a la violación de las normas de derecho internacional claramente definidas y universalmente reconocidas (cuya violación puede dar lugar a reclamaciones individuales) que estaban presentes en el Congreso estadounidense cuando se promulgó el ATS en el siglo XVIII (como el maltrato de embajadores, la piratería y la captura de barcos):

"[...] los tribunales deberían exigir que cualquier reclamación basada en el derecho de gentes actual se apoye en una norma de carácter internacional aceptada por el mundo civilizado y definida con una especificidad comparable a las características de los paradigmas del siglo 18th que hemos reconocido".

- 28 En el caso *In Re South African Apartheid Litigation*, un tribunal federal de distrito ha dictaminado que es admisible una demanda en virtud del ATS por actividades empresariales llevadas a cabo por empresas bajo el antiguo régimen del apartheid en Sudáfrica si dichas actividades contribuyeron a sabiendas de forma sustancial a la grave discriminación racial y a otras violaciones de los derechos humanos.⁵³³ Se dice que prestar ayuda sustancial a sabiendas da lugar a la responsabilidad de las empresas por *ayuda e incitación* :

"[...] el derecho internacional consuetudinario exige que un cómplice sepa que sus acciones

transnationalen Unternehmen, AVR 43 (2005), p. 153 yss; *A.-M. Slaughter/D. L. Bosco*, Demandantes, democracia, Foreign Affairs, n° 5, 2000, p. 102 y ss.

529 Corte Suprema de Justicia de EE.UU., *Sosa contra Álvarez-Machain*, 542 U. S. 692 (2004).

530 *Khulumani contra Barclay Nat'l Bank Ltd*, 504 F.3d 254 (2d Cir. 2007); véase también *D. Cassel*, Corporate Aiding and Abetting of Human Rights Violations: Confusion in the Courts, *Northwestern Journal of International Human Rights* 6 (2008), p. 304 y ss.

531 United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, *Doe I v. Unocal Corp.*, 395 F.3d 932, C.A.9 (Cal.), 2002; véase *J.-Ch. Gaedtke*, Der US-amerikanische Alien Tort Claims Act und der Fall Doe v. Unocal: Auf dem Weg zu einer Haftung transnationaler Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen? AVR 42 (2004), p. 241 y ss.

532 Corte Suprema de Justicia de EE.UU., *Sosa contra Álvarez-Machain*, 542 U. S. 692 (724) (2004).

533 U.S. District Court Southern District of New York, *In Re South African Apartheid Litigation*, *Lungisile Ntsebeza v. Daimler AG*, 346 F. Supp. 2d 538 (S.D.N.Y., 2004); *Khulumani v. Barclays National Bank Ltd*, 504 F. 3d 254 (2d Cir. 2007).

ayudarán sustancialmente al autor a cometer un delito o un agravio en violación del derecho de gentes".⁵³⁴

Esto excluye la responsabilidad por actividades empresariales que no constituyan un apoyo específico a las violaciones de los derechos humanos (como el suministro de ordenadores o vehículos no especialmente equipados para misiones militares o similares).

La jurisprudencia del Tribunal de Apelación de EEUU para el Segundo Circuito en el caso *La Iglesia Presbiteriana de Sudán contra Talisman Energy Inc.* de responsabilidad por *ayuda e incitación* exige que se proporcione ayuda específica para las violaciones de los derechos humanos:

"[...] aplicando el derecho internacional, sostenemos que el *mens rea* estándar para la responsabilidad por complicidad en acciones ATS es el propósito más que el mero conocimiento. Incluso si existe un consenso internacional suficiente para imponer responsabilidad a los individuos que *a propósito* ayuden e instiguen a una violación del derecho internacional [...] no existe tal consenso para imponer responsabilidad a los individuos que *a sabiendas* (pero no a propósito) ayuden e instiguen a una violación del derecho internacional."⁵³⁵

Este caso se refería, entre otras cosas, a la ampliación de infraestructuras por parte de una compañía petrolera que, según los demandantes, habría facilitado operaciones militares en violación del derecho internacional, incluso para proteger la producción de petróleo.

El tribunal subrayó que la facilitación de operaciones militares a través de medidas de infraestructura y de ingresos procedentes de la producción de petróleo no era suficiente para establecer la responsabilidad de la compañía petrolera demandada. De lo contrario, la responsabilidad podría utilizarse como instrumento para aplicar un embargo o sanciones a través de demandas civiles en EEUU:

"[...] Hay pruebas de que los sudaneses del sur fueron objeto de ataques por parte del Gobierno, de que esos ataques facilitaron la empresa petrolera y de que el flujo de ingresos petroleros del Gobierno aumentó las capacidades militares utilizadas para perseguir a sus enemigos. Pero si la responsabilidad de ATS pudiera establecerse por el conocimiento de esos abusos unido sólo a actividades comerciales como el desarrollo de recursos, el estatuto actuaría como un vehículo para que las partes privadas impusieran embargos o sanciones internacionales a través de acciones civiles en EE. UU. Tales medidas no son competencia de las partes privadas, sino que, por el contrario, están debidamente reservadas a los gobiernos y a las organizaciones multinacionales."⁵³⁶

534 Tribunal de distrito de EE.UU. Distrito Sur de Nueva York, *Khulumani contra Barclays National Bank Ltd*, 504 F. 3d 254 (2d Cir. 2007).

535 Tribunal de Apelación de los Estados Unidos para el Segundo Circuito, *The Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy Inc.*, 49 ILM 4 (2010) p. 4 (15).

536 Tribunal de Apelación de los Estados Unidos para el Segundo Circuito, loc. cit. p. 18.

- 29 En el caso *Kiobel contra Royal Dutch Petroleum*⁵³⁷, la Corte Suprema de Justicia de EE.UU. limitó estrechamente el alcance territorial de la Ley de Reclamaciones por Agravios contra Extranjeros. Este caso -de nuevo- se refería a reclamaciones contra el grupo Shell por su supuesta implicación en graves violaciones de los derechos humanos por parte del entonces gobierno nigeriano en relación con la producción de petróleo en Ogoniland.

En este caso, el Tribunal de Apelación de EE.UU. para el Segundo Circuito adoptó una postura muy restrictiva en el caso *Kiobel contra Royal Dutch Petroleum*⁵³⁸ y rechazó categóricamente la responsabilidad de las empresas por violaciones de los derechos humanos en virtud del derecho internacional consuetudinario:

"Ninguna corporación ha estado nunca sujeta a ninguna forma de responsabilidad (ya sea civil, penal o de otro tipo) en virtud del derecho internacional consuetudinario de los derechos humanos. Más bien, las fuentes del derecho internacional consuetudinario han rechazado explícitamente, en varias ocasiones, la idea de la responsabilidad de las empresas. Así pues, la responsabilidad corporativa no ha alcanzado una aceptación discernible, y mucho menos universal, entre las naciones del mundo en sus relaciones inter se, y no puede, en consecuencia, constituir la base de una demanda en virtud del ATS".

La Corte Suprema de Justicia de EE. UU. basó la falta de jurisdicción de los tribunales federales estadounidenses en la *presunción contra la aplicación extraterritorial* de las leyes ("*presumption against extraterritorial application*") y en el riesgo de una injerencia judicial inadecuada en la política exterior en casos sin una conexión territorial suficiente con EE. UU.:

"La cuestión aquí no es si los peticionarios han formulado una reclamación adecuada en virtud del ATS, sino si una reclamación puede alcanzar una conducta que se produzca en el territorio de un soberano extranjero. Los demandados sostienen que las reclamaciones en virtud del ATS no lo hacen, basándose principalmente en un canon de interpretación estatutaria conocido como la presunción contra la aplicación extraterritorial. Ese canon establece que "[c]uando una ley no da ninguna indicación clara de una aplicación extraterritorial, no tiene ninguna", *Morrison v. National Australia Bank Ltd*, 561 U. S. ___, ___ (2010) (slip op., en 6), y refleja la 'presunción de que la ley de Estados Unidos rige en el ámbito nacional pero no gobierna el mundo', *Microsoft Corp. v. AT&T Corp.*, 550 U.S. 437, 454 (2007). Esta presunción 'sirve para proteger contra choques involuntarios entre nuestras leyes y las de otras naciones que podrían resultar en discordia internacional. *EEOC contra Arabian American Oil Co*, 499 U.S. 244, 248 (1991) (Aramco). [...] Estas preocupaciones, que están implicadas en cualquier caso que surja en virtud del ATS, son aún más acuciantes cuando la cuestión es si una causa de acción en virtud del ATS alcanza a una conducta dentro del territorio de otro soberano. [...] Los principios subyacentes a la presunción contra la extraterritorialidad limitan así a los tribunales que ejercen su poder en virtud del ATS. [...] De hecho, el peligro de una interferencia judicial injustificada en la conducción de la política exterior se magnifica en este contexto, en el que la cuestión no es qué ha hecho el Congreso sino qué pueden hacer los tribunales."

537 Corte Suprema de Justicia de EE.UU., *Kiobel contra Royal Dutch Petroleum*, 569 U. S. 108 (2013) = 133 S.Ct. 1659 [2013].

538 Tribunal de Apelación de los Estados Unidos para el Segundo Circuito, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, Docket Nos. 06-4800-cv, 06-4876-cv.

El Tribunal Supremo estadounidense también invoca el riesgo de enredos diplomáticos como argumento a favor de una interpretación restrictiva del ATS:

"De hecho, lejos de evitar los conflictos diplomáticos, el establecimiento de tal causa de acción podría haberlos generado. La experiencia reciente lo confirma. Véase *Doe v. Exxon Mobil Corp*, 654 F. 3d 11, 77-78 (CADDC 2011) (Kavanaugh, J., disintiendo en parte) (enumerando las recientes objeciones a las aplicaciones extraterritoriales del ATS por parte de Canadá, Alemania, Indonesia, Papúa Nueva Guinea, Sudáfrica, Suiza y el Reino Unido). Además, aceptar la opinión de los peticionarios implicaría que otras naciones, que también aplican el derecho de gentes, podrían llevar a nuestros ciudadanos ante sus tribunales por supuestas violaciones del derecho de gentes ocurridas en Estados Unidos o en cualquier otro lugar del mundo. La presunción contra la extraterritorialidad evita que nuestros tribunales desencadenen consecuencias tan graves para la política exterior y, en su lugar, defiere tales decisiones, de forma bastante apropiada, a los poderes políticos. Por lo tanto, concluimos que la presunción contra la extraterritorialidad se aplica a las reclamaciones bajo el ATS, y que nada en el estatuto refuta esa presunción."⁵³⁹

El factor decisivo para el Tribunal Supremo fue la falta de una conexión territorial suficientemente fuerte con EE.UU. en el caso concreto:

"En estos hechos, toda la conducta relevante tuvo lugar fuera de los Estados Unidos. E incluso cuando las reclamaciones tocan y conciernen al territorio de los Estados Unidos, deben hacerlo con la fuerza suficiente para desplazar la presunción contra la aplicación extraterritorial."

- 30** Incluso después de la *decisión Kiobel*, no han faltado tentaciones de hacer valer demandas más o menos fundadas por violaciones del derecho internacional ante los tribunales federales estadounidenses, ya sea para obtener publicidad o en aras de la presión política. En el caso Rukoro contra la República Federal de Alemania, por ejemplo, miembros de las tribus namibias de herero y nama presentaron una demanda por daños y perjuicios ante un tribunal federal estadounidense contra la República Federal de Alemania por miles de millones de dólares. Alegaban que la República Federal de Alemania era responsable de la destrucción de gran parte de la población tribal durante la represión de un levantamiento armado por parte de las tropas coloniales alemanas (1904-08). Desde el punto de vista de los demandantes, la despiadada acción contra los miembros de la tribu herero (mujeres y niños) que no habían participado en los combates constituía un genocidio que, como violación de las obligaciones básicas del derecho internacional, afectaba a los intereses de toda la comunidad de Estados y establecía así un vínculo con los EE.UU. Sin embargo, la demanda fracasó debido a la inmunidad estatal de la República Federal de Alemania.⁵⁴⁰

En el caso *Jesner contra Arab Bank, PLC*, el Tribunal Supremo dictaminó en principio que la Ley de Reclamaciones por Agravios contra Extranjeros no proporciona una base para acciones contra personas jurídicas extranjeras y sólo se ocupa de la responsabilidad de las personas físicas por violaciones del derecho internacional.⁵⁴¹

539 Corte Suprema de Justicia de EE.UU., *Kiobel contra Royal Dutch Petroleum*, 569 U. S. 108 (2013), p. 13.

540 Tribunal de distrito de EE.UU. SDNY, n° 17 CV 62-LTS, (2019).

541 Corte Suprema de Justicia de EE.UU., *Jesner contra Arab Bank, PLC*, 584 U.S. (2018).

e) El atractivo del Derecho estadounidense

- 31** El amplio abanico de factores de conexión para la competencia judicial internacional abre a menudo la posibilidad de interponer una demanda en varios países. Ello supone a menudo una oportunidad para que el demandante elija el Estado cuyo sistema jurídico le ofrezca más ventajas entre varias jurisdicciones. Esta elección resulta problemática si otro Estado tiene una conexión mucho mayor con los hechos en litigio.
- 32** En muchos casos, por ejemplo en el ámbito de la responsabilidad por productos defectuosos o en litigios antimonopolio, la legislación estadounidense parece ser especialmente atractiva para los posibles demandantes.

En este contexto, el juez inglés *Lord Denning* utilizó sarcásticamente la metáfora de la polilla que es atraída hacia la luz. Este fue también el caso de la demandante que fue atraída a Estados Unidos:

"Como una polilla se siente atraída por la luz, así se siente atraído un litigante por los Estados Unidos. Si consigue llevar su caso ante sus tribunales, puede ganar una fortuna. Sin coste alguno para él y sin riesgo de tener que pagar nada a la otra parte. Los abogados de allí llevarán el caso "por encargo", como decimos nosotros, o por "honorarios condicionales", como dicen ellos. Los abogados no cobrarán nada al litigante por sus servicios, pero en cambio se llevarán el 40% de los daños y perjuicios, si ganan el caso en los tribunales, o extrajudicialmente en un acuerdo. Si pierden, el litigante no tendrá nada que pagar a la otra parte. Los tribunales de Estados Unidos no cuentan con un mecanismo de disuasión de costes como el nuestro. También existe en Estados Unidos el derecho a juicio por jurado. Éstos son propensos a conceder indemnizaciones fabulosas. Son notoriamente comprensivos y saben que los abogados se llevarán su 40% antes de que el demandante obtenga nada. Todo esto significa que se puede forzar fácilmente al demandado a llegar a un acuerdo. El demandante tiene todas las cartas".⁵⁴²

- 33** Desde la perspectiva del demandante, es aconsejable invocar la jurisdicción de los tribunales estadounidenses, en particular debido a la posible concesión de daños punitivos ("*punitive [exemplary] damages*"). Los jurados, en particular, han concedido cantidades exorbitantes de daños punitivos en casos de responsabilidad por productos defectuosos. Más recientemente, la *Corte Suprema de Justicia de EE.UU.* ha restringido significativamente la concesión de daños punitivos a través de un *estándar de razonabilidad* a la luz de la garantía de un juicio justo ("*due process*"). En el caso *BMW of North America, Inc. contra Gore*, el Tribunal Supremo exigió que los daños punitivos fueran proporcionales a
- El grado de reprochabilidad de la conducta castigada (*grado de reprochabilidad*);
 - El daño concreto para el demandante y;
 - Otras sanciones por faltas comparables (como las multas previstas por la ley).⁵⁴³

⁵⁴² *Lord Denning*, M. R. en *Smith Kline and French Laboratories contra Bloch*, [1983] 1 W. L. R. 730, 733.

⁵⁴³ Corte Suprema de Justicia de EE.UU., *BMW of North America, Inc. contra Gore*, 517 U. S. 559, 574 y ss. (1995).

En este caso, al comprador de un coche nuevo se le concedieron daños punitivos por valor de dos millones de dólares por ocultar daños en la pintura tratada (depreciación de 4.000 dólares). El Tribunal Supremo de los EE.UU. calificó esta suma como "*grossly excessive*".

La jurisprudencia reciente subraya que los daños causados a terceros no implicados (por ejemplo, por el consumo de cigarrillos) sólo pueden tenerse en cuenta en relación con el grado de reprochabilidad, pero no en relación con los daños del demandante.⁵⁴⁴ Esto reduce significativamente el riesgo de responsabilidad de los fabricantes de cigarrillos, por ejemplo.

En el caso *Exxon Shipping CO contra Baker*⁵⁴⁵, la Corte Suprema de Justicia de EE.UU. se mostró muy crítico con la concesión de indemnizaciones punitivas más allá de las regulaciones legales especiales (como las que existen para el derecho de la competencia) en relación con el accidente del superpetrolero *Exxon Valdez* frente a las costas de Alaska.

La preocupación del Tribunal Supremo se refiere tanto a la cuantía como a la imprevisibilidad de las sumas concedidas. En cuanto a la cuantía de los daños punitivos, el Tribunal también establece diferencias en función de su importancia para la aplicación del derecho objetivo, que debe valorarse de forma diferente en el caso de las infracciones del derecho de la competencia que en el de los daños medioambientales masivos, en los que no faltan demandantes. En cualquier caso, el Tribunal Supremo considera que una proporción de 1:1 para la indemnización por daños punitivos y la indemnización por daños reales es un límite máximo adecuado para los daños al medio ambiente marino.

- 34** El derecho estadounidense también resulta ventajoso para los demandantes en los casos en los que un gran número de personas hacen valer reclamaciones por los mismos motivos legales. El derecho procesal civil estadounidense ha desarrollado con este fin la institución de la acción colectiva⁵⁴⁶, en la que un demandante hace valer simultáneamente una demanda contra el demandado en nombre de otras personas. Si el tribunal ha certificado la acción como una acción colectiva, los efectos de una sentencia se extienden generalmente a todos los miembros del grupo respectivo. El modelo estadounidense de las acciones colectivas también se ha abierto camino en el derecho procesal civil de Canadá, Australia e Israel. También existen formas de acción colectiva en el derecho inglés y en los sistemas jurídicos de Europa continental. El legislador alemán ha introducido procedimientos modelo en el derecho de inversiones.⁵⁴⁷ En consecuencia, los demandantes y demandados en procedimientos similares deben incluirse como demandados además de las partes en el caso de prueba (sección 8 (3)).

544 Corte Suprema de EE.UU., *Philip Morris USA contra Williams* 540 U.P. 801 (imposición de daños punitivos de casi 80 millones de dólares por la muerte de un fumador); véase *A. Berger/S. Wilske*, *The U.S. Supreme Court and Punitive Damages*, RIW 2007, p. 245 y ss.

545 Corte Suprema de EE.UU., *Exxon Shipping CO contra Baker*; 554 U.S. 471 (2008).

546 Véase *R. Mulheron*, *The Class Action in Common Law Legal Systems - A Comparative Perspective*, 2004.

547 Ley sobre la introducción de procedimientos modelo para los inversores de capital, BGBI. 2005 I, p. 2437.

f) "Forum shopping"

- 35 El término "*forum shopping*" se ha acuñado para describir el afán del demandante por elegir un lugar de jurisdicción más favorable. Para contrarrestar los excesos en este sentido, en el derecho angloamericano se ha desarrollado la doctrina del "*forum non conveniens*". Según esta doctrina, un tribunal puede poner fin al procedimiento a pesar de tener jurisdicción internacional si un tribunal extranjero también tiene jurisdicción sobre la acción y aspectos del fondo del asunto hablan claramente a favor de llevar a cabo el procedimiento en el extranjero.⁵⁴⁸ Aplicando esta doctrina, los tribunales estadounidenses han remitido, por ejemplo, a los tribunales indios a los demandantes contra la empresa química estadounidense *Union Carbide* en el caso de la catástrofe de la explosión de Bhopal, India.⁵⁴⁹

La excepción de *forum non conveniens* (remisión a un tribunal más apropiado en términos de proximidad y eficacia de la tutela judicial) no está regulada por el Convenio de Bruselas ni por el Reglamento (UE) n° 1215/2012. En cualquier caso, el tribunal del domicilio del demandado no puede remitirse a la competencia del tribunal de un tercer país (como el tribunal del lugar donde se cometió el acto lesivo).⁵⁵⁰

En una decisión destacada, la Cámara de los Lores en el llamado caso *del amianto* ha abierto bastante el acceso a los tribunales del Reino Unido en casos de responsabilidad extracontractual de empresas multinacionales.⁵⁵¹ Este caso se refería a los daños a la salud sufridos por los demandantes sudafricanos en Sudáfrica a causa del polvo de amianto emitido por las filiales sudafricanas de la empresa matriz británica demandada. La Cámara de los Lores rechazó el recurso de la empresa demandada a la defensa de *forum non conveniens*. Ello se basó en la consideración de los intereses de las víctimas, predominantemente indigentes, que no podrían esperar una asistencia jurídica adecuada con arreglo al derecho procesal sudafricano. Aquí, las consideraciones sociales se combinan con la idea de conceder una protección jurídica efectiva.

4. Obtención de pruebas en el extranjero

Literatura:

D. Coester-Waltjen, Internationales Beweisrecht, 1983; *A. Junker*, Discovery im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr, 1987; *ders.*, Discovery im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr, Entwicklungslinien und Perspektiven, RIW 1987, págs. 1 y ss.; *K. P. Mössle*, Extraterritoriale Beweisbeschaffung im internationalen Wirtschaftsrecht, 1990; *P. Schlosser*, Der Justizkonflikt zwischen den USA und Europa, 1985; *W. Stahr*, Discovery under 28 U. S. C. § 1782 for Foreign and International Proceedings, Virginia Journal of International Law 30 (1990), págs. 597 y ss.; *S. R. Swanson*, Comity International Dispute Re-

548 Véase House of Lords, *Spiliada Maritime Corporation v. Cansulex Ltd.*, [1987] 1 A. C. 460, 474 y ss. por Lord Goff de Chieveley.

549 *In re Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster at Bhopal, India*, 634 F. Supp. 842 (S. D. N. Y. 1986); 809 F. 2d 195 (2d Cir. 1987).

550 Así, sobre el Artículo 2 del Convenio de Bruselas TJCE, asunto C-281/02, EU:C:2005:120, párr. 38 y ss. - *Owusu/Jackson*.

551 *Lubbe contra Cape Plc.*, [2001] 1 A. C 1545. Sobre la violación del principio *forum non conveniens* en el contexto de las acciones civiles por daños y perjuicios por violaciones graves de los derechos humanos, véase también U.S. Court of Appeals (2nd Cir.), *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.*, ILM 40 (2001), p. 480 con anotación de M. Rau, *ZaöRV* 61 (2001), p. 17 y ss. Nota de M. Rau, *ZaöRV* 61 (2001), p. 177 y ss.

solution Agreements and the Supreme Court, Law and Policy in International Business 21 (1990), p. 333 yss.; R. A. Trittmann, Extraterritoriale Beweisaufnahme und Souveränitätsverletzungen im deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr, AVR 27 (1989), p. 195 y ss.

36 El acceso a pruebas situadas en el extranjero, como la presentación de documentos o el interrogatorio de testigos, es una de las cuestiones más controvertidas del derecho procesal internacional. El interés (sobre todo del demandante) en obtener pruebas completas se ve contrarrestado por la soberanía territorial del Estado extranjero y la confianza de las partes en el procedimiento en la protección que ofrece el sistema jurídico extranjero.

37 La práctica de los tribunales estadounidenses ha suscitado el descontento atmosférico, sobre todo en relación con los países europeos, que han ordenado la presentación de pruebas procedentes del extranjero en los procedimientos de responsabilidad por productos defectuosos de una manera bastante displicente.⁵⁵²

Un ejemplo es el exhorto de obtención de pruebas emitido contra *Volkswagen* para autorizar a los representantes de los demandantes a entrar en las instalaciones de la planta en Alemania y hablar con los empleados de la planta y permitirles el acceso a los documentos de diseño.⁵⁵³

38 Detrás del amplio acceso a pruebas extranjeras está la consideración de que la jurisdicción estadounidense sobre una parte en un procedimiento también se extiende a las pruebas bajo su control y que la producción de pruebas para procedimientos en EE.UU. no infringe la soberanía territorial extranjera. Esta postura es muy problemática y ha desencadenado muchos conflictos de justicia con otros países.

39 La obtención de pruebas formales (como el interrogatorio de testigos) en el territorio de un Estado concreto suele estar reservada a los órganos de dicho Estado como ejercicio del poder soberano. El Convenio de La Haya sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil y mercantil de 1970,⁵⁵⁴ del que son parte varios países industrializados importantes (entre ellos Alemania, Francia, Gran Bretaña y EE.UU.), constituye una base contractual importante para la asistencia jurídica internacional. Según este convenio, los órganos judiciales de un Estado contratante pueden solicitar a la autoridad competente de otro Estado contratante que lleve a cabo una obtención de pruebas u otro acto judicial en una forma determinada. Dicha solicitud de asistencia judicial sólo puede denegarse o no ejecutarse en determinadas condiciones (Artículo 11, 12).

40 La orden de presentar documentos antes del juicio ("*presentación de documentos antes del juicio*") ha causado especial irritación en otros países. El derecho procesal estadounidense también permite el uso de este instrumento con fines de investigación sin especificar el objeto de las pruebas ("*fishing expeditions*") y en una medida que puede resultar muy gravosa para el demandado y que a menudo conduce a la conclusión de un acuerdo desfavorable.⁵⁵⁵ Para evitar

552 Véase, por ejemplo, American Law Institute, Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States, Vol. 1, 1987, comentario al § 474 (p. 551 y ss.).

553 *Volkswagenwerk AG contra el Tribunal Superior del condado de Alameda*, 123 Cal.App. 3d 840.

554 BGBl. 1977 II, p. 1472; ILM 8 (1969), p. 37.

555 Véase, por ejemplo, la declaración de *Lord Denning*, M. R. en *Smith Kline and French Laboratories contra Bloch*, [1983] 1 W. L. R. 730, 733.

este riesgo procesal, a menudo es aconsejable concluir un acuerdo de arbitraje en los contratos con socios comerciales estadounidenses. Sin embargo, no sería del todo apropiado considerar la institución de *pre-trial discovery* como un mero fenómeno degenerativo de la cultura del derecho procesal. También hay que tener en cuenta que algunos ordenamientos jurídicos europeos no conceden en la práctica la debida importancia a las pruebas documentales (en contraposición a las pruebas testificales). Por último, la jurisprudencia estadounidense reconoce aquí un equilibrio atenuante de intereses (como hace en otros lugares en la aplicación extraterritorial de la ley) cuando se invaden jurisdicciones extranjeras.

- 41** La relación entre el Convenio de La Haya sobre obtención de pruebas en el extranjero y las órdenes judiciales para la obtención de pruebas contra un litigante es objeto de gran controversia, especialmente en la relación entre EE.UU. y algunos Estados europeos. Cabe señalar que el artículo 23 del Convenio de La Haya prevé la posibilidad de una declaración especial si un estado contratante no satisface las solicitudes de asistencia judicial con el fin de "*pre-trial discovery of documents*" o sólo las satisface con restricciones. Tales declaraciones han sido realizadas por Alemania, Francia y el Reino Unido, entre otros.
- 42** En el caso *Aérospatiale*, la Corte Suprema de EE.UU. se pronunció en principio sobre la admisibilidad de las órdenes de presentación de documentos (incluida la "*presentación previa al juicio*").⁵⁵⁶ El caso se refería a documentos en Francia y a su presentación por parte de los demandados en un juicio por responsabilidad civil por productos defectuosos contra dos empresas públicas francesas debido a un accidente de tráfico. En concreto, la corte tuvo que hacer frente a la objeción de que el Convenio de La Haya debía aplicarse en exclusiva o, al menos, tener prioridad sobre otros mecanismos en lo que respecta a las pruebas en el extranjero. Sin embargo, la Corte Suprema rechazó este punto de vista: el Convenio de La Haya no prevalece sobre las normas procesales americanas en materia de obtención de pruebas. Sin embargo, la corte hizo hincapié en la consideración de los intereses de los Estados extranjeros ("*cortesía*") y exigió una ponderación concreta de los intereses a la hora de seleccionar las medidas que debían considerarse. Por ejemplo, la solicitud inicial de presentación de determinadas declaraciones sobre las pruebas era menos intrusiva que la orden de presentar la totalidad de los documentos de construcción. Es permisible adoptar este tipo de medidas relativamente menos onerosas antes de tomar una decisión sobre una solicitud de asistencia judicial.
- 43** La legislación estadounidense ofrece a una parte ante un "*tribunal*" en procedimientos de litigio o investigación extranjeros e internacionales amplias posibilidades de obtener la presentación de documentos por parte de un tribunal estadounidense a efectos de dichos procedimientos (28 U. S. C. § 1782 [a]). En el caso *Intel Corp. contra Advanced Micro Devices, Inc.*, la Corte Suprema de EE.UU. dictaminó que esta posibilidad de protección jurídica también se aplica a los procedimientos no judiciales, como una denuncia antimonopolio ante la Comisión Europea.⁵⁵⁷

556 *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. United States Districts Court for the District of Iowa*, 482 U. S. 522 (1987); véase *G. B. Born/S. Hoing, Comity and the Lower Courts: Post-Aérospatiale Applications of the Hague Evidence Convention*, *International Lawyer* 24 (1990), pp. 393 y ss.; *D. J. Gerber, International Discovery after Aérospatiale: The Quest for an Analytical Framework*, *AJIL* 82 (1988), págs. 521 ss.; *P. Heidenberger, Die Supreme Court-Entscheidung zum Haager Beweisübereinkommen*, *RIW* 1987, págs. 666 y ss.

557 Corte Suprema de EE. UU. *Intel Corp. contra Advanced Micro Devices Inc.*, 542 U. S. 241 (2004).

En este caso, la empresa AMD presentó una denuncia antimonopolio contra la empresa Intel ante la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea. En el proceso, AMD solicitó sin éxito a la Dirección General que solicitara asistencia jurídica a los tribunales estadounidenses para ciertos documentos que Intel había presentado en procedimientos de competencia en Alabama. Como resultado, AMD interpuso una demanda en EE.UU. solicitando que se ordenara a Intel presentar los documentos a la Dirección General de Competencia. La Corte Suprema de EE.UU. también amplió el ámbito de aplicación de la ley pertinente a las investigaciones en materia de derecho de la competencia. Al hacerlo, la Corte Suprema hace hincapié en los criterios para el ejercicio de la discrecionalidad judicial, como tener en cuenta la naturaleza del procedimiento extranjero, la voluntad de las autoridades extranjeras de prestar asistencia jurídica a EE.UU. o el carácter razonable de la divulgación.

La reciente jurisprudencia estadounidense ha ampliado incluso la denominada *pre-trial discovery* a los procedimientos de arbitraje privados fuera de EE.UU.⁵⁵⁸ En consecuencia, una parte en un procedimiento de arbitraje ante un tribunal estadounidense competente puede solicitar una orden para la realización de un amplio descubrimiento previo al juicio. Queda por ver si en el futuro se producirá una exportación masiva del derecho procesal estadounidense en cuanto un litigio sólo establezca de algún modo la jurisdicción de los tribunales estadounidenses. Se aconseja a las partes en los procedimientos de arbitraje que prevean medidas especiales, como la exclusión de *pre-trial discovery*.

5. Notificación, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras

Literatura:

A.-K. Bitter, Vollstreckbarerklärung und Zwangsvollstreckung ausländischer Titel in der Europäischen Union, 2009; *R. Geimer/R. A. Schütze*, Der Internationale Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen, Loseblatt-Handbuch mit Texten, Kommentierungen und Länderberichten, Status: October 2021; *H. Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 8ª ed. 2021, p. 247 ss., p. 325 ss.; *ders.*, "Anerkennung" ausländischer Entscheidungen, in: Festschrift für Eberhard Schilken zum 70. Geburtstag, 2015, p. 445 ss.

- 44** Los Estados son libres de decidir sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias de tribunales extranjeros, siempre que no existan disposiciones especiales de tratados internacionales. En 2019, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado adoptó una nueva convención multilateral sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras en materia objetiva y comercial⁵⁵⁹. El convenio no se aplica a las sentencias dictadas en determinados litigios (Artículo 2 párrafo 1; entre ellos se incluyen las cuestiones de derecho de familia o de quiebra, los litigios sobre propiedad intelectual o las actividades de las fuerzas armadas) El convenio obliga en general a los Estados contratantes a reconocer y ejecutar una sentencia de otro Estado contratante si se cumple una de las condiciones enumeradas (Artículo 5). A continuación, el reconocimiento y la ejecución sólo pueden denegarse por determinados motivos

⁵⁵⁸ Tribunal de Distrito de los Estados Unidos (N.D. Ga., División de Atlanta), *In re Roz Trading Ltd*, 469 F. Supp.2d 1221, 19 de diciembre de 2006.

⁵⁵⁹ *D.P. Stewart*, The Hague Conference adopts a new Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, AJIL 113 (2019), p. 772 y ss.; <https://www.hcch.net/en/instruments/convention/full-text/?cid=137> (última consulta: 3 de enero de 2022).

(Artículo 7; los motivos de denegación se refieren, por ejemplo, a la falsificación fraudulenta de una sentencia o a la violación de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del Estado requerido (*ordre public*))

- 45** Según la ley alemana de enjuiciamiento civil, las sentencias extranjeras se reconocen a menos que se aplique uno de los motivos legales de exclusión (Sección 328 ZPO). En consecuencia, el reconocimiento de una sentencia extranjera queda excluido, por ejemplo, si el tribunal extranjero carece de competencia internacional según el Derecho alemán, "si el reconocimiento de la sentencia conduce a un resultado manifiestamente incompatible con los principios fundamentales del Derecho alemán, en particular si el reconocimiento es incompatible con los derechos fundamentales" (violación del *orden público* alemán, Sección 328 (1) núm. 4 ZPO), o si no se garantiza la reciprocidad (Sección 328 (1) núm. 5 ZPO). Las sentencias extranjeras no pueden declararse ejecutorias si se excluye su reconocimiento en virtud del artículo 328 ZPO (artículo 723 (2) frase 2 ZPO).

El reconocimiento y la ejecución de una sentencia extranjera pueden encontrar obstáculos, por ejemplo, si exige el pago de *daños punitivos* ("*daños punitivos [ejemplares]*") en cantidades dramáticas.

- 46** El Tribunal Federal de Justicia ha rechazado la ejecutoriedad de una sentencia civil estadounidense que concedía daños punitivos por un importe excesivo (desde la perspectiva alemana).⁵⁶⁰

Este caso se refería a daños y perjuicios por la comisión de actos homosexuales contra un menor y el deterioro psicológico resultante. Los "*daños punitivos*" concedidos al demandante ascendían a 400.000 dólares y superaban así el total de los demás daños. En vista de la cuantía aparentemente desproporcionada y de su carácter punitivo, el Tribunal Federal de Justicia dictaminó que era incompatible con *el orden público* alemán en el sentido del artículo 328 (1) n° 4 del ZPO.

- 47** El Convenio de La Haya sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil y Comercial regula la asistencia jurídica internacional en lo que respecta a la notificación o traslado de acciones judiciales.⁵⁶¹ El Convenio de La Haya sobre Notificación permite a un Estado requerido rechazar la notificación de un proceso sólo si considera que la notificación "puede poner en peligro sus derechos soberanos o su seguridad" (Artículo 13 párrafo 1 del Convenio de La Haya).

- 48** En el caso de demandas por daños y perjuicios exorbitantes, como las que suelen presentarse en EE.UU. en el contexto de las *demandas colectivas* (*class actions*), incluso la notificación de las demandas en Alemania puede poner en peligro la reputación de una empresa y sus activos en EE.UU. Además de la disposición de los tribunales estadounidenses (especialmente en los juicios con jurado) a conceder indemnizaciones asombrosamente elevadas, existen algunas características agresivas del derecho procesal estadounidense que favorecen a los demandantes (como la *presentación de documentos antes del juicio*). Por lo tanto, la mera pendencia de una demanda de este tipo y la costosa defensa contra ella pueden convertirse en una pesada carga incluso para las empresas bien financiadas.

⁵⁶⁰ BGHZ 118, 312 = NJW 1992, p. 3096 y ss.

⁵⁶¹ BGBl. 1977 II, p. 1452.

- 49** Por lo tanto, es comprensible que las empresas alemanas se opongan a la notificación o traslado de demandas con pretensiones monstruosas en la República Federal de Alemania en virtud del Convenio de La Haya relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, alegando una violación del apartado 1 del artículo 2 de la Ley Fundamental a la luz de los principios del Estado de Derecho. Sin embargo, una acción por daños punitivos en el extranjero como tal y su notificación en Alemania todavía no son contrarias al principio del Estado de Derecho en el sentido de la Ley Fundamental alemana.⁵⁶² Sin embargo, la notificación de una acción por daños punitivos en conjunción con otras circunstancias (como la instrumentalización abusiva como medio de presión) puede violar los principios del Estado de Derecho.

En el caso *Bertelsmann (Napster)*, el Tribunal Constitucional Federal ha prohibido provisionalmente la notificación de una demanda interpuesta en EE.UU. contra la empresa alemana de medios de comunicación para el pago de daños y perjuicios por valor de 17.000 millones de dólares (debido a la supuesta responsabilidad conjunta por infracciones de derechos de autor de la plataforma de intercambio de música *Napster*). En la fundamentación de la medida cautelar en el marco de un recurso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional Federal ve posibles límites al deber de asistencia jurídica contractual que se alcanzan "cuando la pretensión extranjera hecha valer en la demanda -al menos en cuanto a su cuantía- carece claramente de fundamento sustancial". Si los procedimientos ante los tribunales estatales se utilizan de forma manifiestamente abusiva con el fin de hacer que un participante en el mercado cumpla mediante la presión publicitada y el riesgo de una condena, esto podría violar el derecho constitucional alemán."⁵⁶³

La jurisprudencia más reciente del Tribunal Constitucional Federal considera que la denegación de notificación en virtud del Convenio de La Haya es necesaria si el objetivo perseguido por la acción "viola manifiestamente principios indispensables de un Estado constitucional liberal".⁵⁶⁴ Sin embargo, tal reserva constitucional es difícil de conciliar con la excepción estrictamente definida para posibles denegaciones de notificación en el artículo 13 párr. 1 del Convenio de La Haya.

- 50** El cauteloso recordatorio de los principios del Estado de derecho en el sentido de la Ley Fundamental en el marco de la cooperación intergubernamental quizá sea adecuado como impulso en las relaciones transatlánticas para pensar más intensamente en disciplinar las pretensiones excesivas.
- 51** El reconocimiento mutuo y la ejecución de las resoluciones judiciales están garantizados por un gran número de tratados bilaterales y multilaterales con condiciones simplificadas. El Convenio CEE de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Convenio de Bruselas, Convenio de Bruselas) reviste especial importancia a este respecto.⁵⁶⁵ El Reglamento (UE) n° 1215/2012 (Reglamento Bruselas I)⁵⁶⁶ transpone el contenido del Convenio de Bruselas al Derecho derivado directamente aplicable y

562 BVerfGE 91, 335 (339 y ss.).

563 BVerfGE 108, 238 (248).

564 BVerfG (decisión de la Sala), EuGRZ 2007, p. 234 (235) con referencia a BVerfGE 91, 335 (343). El caso se ha resuelto con la retirada del recurso de inconstitucionalidad.

565 Véase § 9 párr. 19.

566 Véase § 9 párr. 19.

sustituye al Convenio para todos los Estados miembros de la UE con excepción de Dinamarca. Un convenio especial hace que el contenido del Convenio de Bruselas sea aplicable a Dinamarca con algunas excepciones.⁵⁶⁷

- 52** Según el Reglamento Bruselas I y el Convenio de Bruselas, las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil dictadas en un Estado miembro de la UE (Estado contratante) se reconocen en los demás Estados miembros de la UE (Estados contratantes) sin un procedimiento especial (Artículo 36 del Reglamento Bruselas I, Artículo 26 del Convenio de Bruselas), salvo que concurra alguno de los motivos de denegación enumerados en el Artículo 45 del Reglamento y en el Artículo 27 del Reglamento y del Convenio de Bruselas. La posibilidad de no reconocer una sentencia si su reconocimiento fuera contrario al orden público del Estado en el que se invoca (violación del *orden público*, Artículo 45 I b) Reglamento de Bruselas, Artículo 27 núm. 1 Convenio de Bruselas) desempeña un papel importante en la práctica. Según el Convenio de Bruselas, las resoluciones dictadas en un Estado contratante (y ejecutorias en él) pueden ejecutarse en otro Estado contratante, aunque el Convenio de Bruselas no exige una declaración especial de ejecutoriedad (Artículo 39 del Convenio de Bruselas) si han sido provistas de una cláusula de ejecución a instancia de parte (Artículo 31 núm. 1 del Convenio de Bruselas). A petición del deudor, puede denegarse la ejecución de una sentencia por los mismos motivos que el reconocimiento (Artículo 46 del Reglamento Bruselas I, véase también Artículo 34 del Convenio de Bruselas). El Reglamento (CE) n° 805/2004⁵⁶⁸ prevé la ejecución transfronteriza de títulos de pago dentro de la Unión Europea para créditos no impugnados. La supresión de toda revisión de las sentencias, en particular en el caso de las sentencias en rebeldía, es especialmente controvertida.

⁵⁶⁷ DO 2005, L 299/62.

⁵⁶⁸ DO 2004 L 143/15 corregido por DO 2005 L 97/64. Véase *A. Stadler*, Kritische Anmerkungen zum Europäischen Vollstreckungstitel, RIW 2004, p. 801 y ss.

Tercera parte:

Comercio de bienes y servicios

§ 10. El sistema de la OMC

Literatura:

M. Beise, La Organización Mundial del Comercio (OMC), 2001; *P. van den Bossche/W. Zdouc*, The Law and Policy of the World Trade Organization, 4ª ed. 2017; *D. Z. Cass*, The Constitutionalisation of the World Trade Organization, 2005; *J. F. Dennin* (ed.), Law and Practice of the World Trade Organization, 1995; *P. van Dijck/G. Faber*, Challenges to the New World Trade Organization, 1996; *G. Götsche*, Die Anwendung von Rechtsprinzipien in der Spruchpraxis der WTO-Rechtsmittelinstanz, 2005; *M. J. Hahn*, ¿Balancing or Bending? Unilateral Reactions to Safeguard Measures, *JWT* 39 (2005), p. 301 y ss.; *Ch. Herrmann/W. Weiß/Ch. Ohler*, Welthandelsrecht, 3ª ed. 2022; *M. Hilf/S. Oeter*, WTO-Recht: Rechtsordnung des Welthandels, 2ª ed. 2010 (3ª ed. prevista 2023); *B. M. Hoekman/A. Mattoo/P. Inglés* (eds.), Development, Trade, and the WTO: A Handbook, 2002; *J. H. Jackson*, The World Trading System, 2ª ed. 1997; *J. McMahon*, The WTO Agreement on Agriculture: A Commentary, 2007; *M. Matsushita/T. J. Schoenbaum/P. C. Mavroidis/M. Hahn*, La Organización Mundial del Comercio, 3ª ed. 2015; *Chr. Pitschas/J. Neumann/Chr. Herrmann*, WTO-Recht in Fällen, 2ª ed. 2019; *H.-J. Prieß/G. M. Berrisch* (eds.), WTO-Handbuch, 2003; *R. Senti*, WTO System und Funktionsweise der Welthandelsordnung, 2ª ed. 2017; *G. Shaffer*, Emerging Powers and the World Trading System: The Past and Future of International Economic Law, 2021; *P.-T. Stoll/F. Schorkopf*, WTO - Welthandelsordnung und Welthandelsrecht, 2002 (en inglés: WTO - World Economic Order, World Trade Law, 2006); *I. van Damme*, Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body, 2009; Organización Mundial del Comercio (ed.), Guide to GATT LAW and Practice: Analytical Index, 1995; *this.*, A Handbook on the WTO Dispute Settlement System, 2ª ed. 2017.

1. Desarrollo

Literatura:

A. Dunkel, La Ronda Uruguay y la economía mundial, *Außenwirtschaft* 42 (1987), p. 7 y ss.; *K. W. Hummer/F. Weiss*, Vom GATT ,47 zur WTO ,94, 1997; *T. Oppermann/J. Molsberger* (eds.), A New GATT for the Nineties and Europe ,92, 1991; *E.-U. Petersmann/M. Hilf* (eds.), GATT and the European Community, 2ª ed. 1991; *R. Senti/P. Conlan*, WTO: Regulation of World Trade after the Uruguay Round, 1998.

a) Desarrollo hasta la "Ronda Uruguay"

- 1 La Carta Atlántica de agosto de 1941¹ se comprometió con el objetivo de un sistema comercial mundial estable basado en el libre intercambio de bienes y servicios. Tras el final de la guerra, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas convocó varias conferencias internacionales sobre comercio y empleo por iniciativa de EE.UU. (Conferencia de Londres

¹ Véase *M. Bennouna*, Carta del Atlántico (1941), en: *R. Wolfrum* (Ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. I, Oxford University Press, 2012, p. 734 y ss.

en octubre de 1946, Conferencia de Ginebra en agosto de 1947, Conferencia de La Habana de noviembre de 1947 a marzo de 1948). Tras la reorganización del sistema monetario internacional (con la creación del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial), se trataba de dar un nuevo orden a las relaciones económicas internacionales mediante la creación de una Organización Internacional del Comercio. Como resultado de las consultas, en 1948 se adoptó la llamada "Carta de La Habana". Contenía normas exhaustivas en los ámbitos del comercio, la competencia, la política de desarrollo y el mercado laboral. Debido a la resistencia del Congreso estadounidense, la Carta de La Habana nunca entró en vigor. Amplios círculos empresariales y políticos estadounidenses temían que fuera demasiado lejos al restringir el margen de maniobra en política económica exterior.

- 2 La conferencia de La Habana fue precedida en 1947 por negociaciones sobre el desarme arancelario mutuo, en las que participaron 23 países. Estas negociaciones dieron lugar al "*Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio*" (*General Agreement on Tariffs and Trade*, GATT). El GATT se firmó el 31 de octubre de 1947 y entró en vigor el 1 de enero de 1948 sobre la base de un protocolo relativo a su aplicación provisional. El GATT se concibió originalmente como un acuerdo parcial sobre la liberalización de los aranceles y otras medidas de política comercial y debía incorporarse a la "Carta de La Habana" como el acuerdo global sobre un nuevo orden comercial mundial. En vista de su validez sólo provisional, el objetivo era evitar la necesidad de ratificación parlamentaria. En este contexto, se incluyó en el protocolo la denominada "*cláusula del abuelo*". Según esta cláusula, el GATT no es aplicable si entra en conflicto con las leyes nacionales que ya estaban en vigor el 30 de octubre de 1947. Tras el fracaso del proyecto de la Organización Internacional del Comercio, el GATT "provisional" se convirtió en el orden básico permanente del comercio mundial. Hoy en día, las asimetrías que se derivaban de la "*cláusula del abuelo*" a favor de la legislación proteccionista de algunos Estados (como Canadá o EE.UU.) se han eliminado en gran medida.
- 3 Con el paso del tiempo, el GATT se ha convertido prácticamente en una organización internacional desde el punto de vista de su "constitución" interna. El GATT no sólo regula el comportamiento de los Estados miembros, sino que también permite una acción exterior conjunta a través de sus órganos de toma de decisiones y de ejecución. El órgano decisorio supremo es la Reunión de las Partes Contratantes (*Partes Contratantes*) (Artículo XXV:1). Por regla general, la votación se basa en el principio de mayoría con un voto por cada miembro.² En general, las partes contratantes se esfuerzan por alcanzar un consenso sin una votación formal. Los problemas actuales y las cuestiones menos fundamentales son tratados por el Consejo del GATT (*Consejo de Representantes*), que actúa como órgano permanente. Además, existe un comité con funciones consultivas, comités especializados para cuestiones específicas y la Secretaría bajo la dirección del Director General del GATT.
- 4 La Comunidad Europea ha sido tratada como miembro del GATT sin una adhesión formal debido a sus competencias en materia de política comercial.³ Tras la reforma de la organización mundial del comercio, la Comunidad Europea se adhirió formalmente a los nuevos acuerdos comerciales mundiales. Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Unión Europea sustituyó a la Comunidad Europea.

2 Artículo Sin embargo, en algunos casos se requiere una mayoría de dos tercios (por ejemplo, en el Artículo XXIV Sección 10, Artículo XXX Sección 1 Sentencia 2) e incluso unanimidad (por ejemplo, en el Artículo XXX Sección 1 Sentencia 1).

3 G. M. Berrisch, *Der völkerrechtliche Status der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft im GATT*, 1992.

- 5 Para seguir avanzando en el objetivo del libre comercio mundial, las partes contratantes organizaron rondas comerciales a intervalos periódicos: La ronda comercial de 1947 en Ginebra, la de 1949 en Annecy, la de 1950/51 en Torquay, la de 1956 en Ginebra, la de 1961/62 de nuevo en Ginebra (la llamada ronda Dillon), la de 1964-67 en Ginebra (la llamada *ronda Kennedy*), la de 1973-76 en Ginebra (*ronda Tokio*) y la octava ronda comercial mundial de 1986-93 (la llamada *ronda Uruguay*). Las negociaciones en el marco de las rondas se centraron inicialmente en la reducción de los aranceles. En la ronda Kennedy se acordó una reducción arancelaria lineal general.
- 6 Con la ronda *Tokio*, pasaron a primer plano las negociaciones sobre las barreras comerciales no arancelarias (por ejemplo, las restricciones cuantitativas como las prohibiciones a la importación, las restricciones a la exportación, las subvenciones a los productos nacionales, las barreras técnicas al comercio como los reglamentos sanitarios o las normas industriales, la organización del procedimiento aduanero).
- 7 Como parte de las rondas comerciales individuales, se alcanzaron numerosos acuerdos de política comercial en forma de los llamados "códigos GATT". Se trata de acuerdos que se sitúan jurídicamente al margen del GATT y que cuentan cada uno con su propio grupo de Estados contratantes. La conclusión de estos acuerdos separados se ve favorecida sobre todo por las condiciones bastante difíciles para enmendar un tratado de conformidad con el artículo XXX del GATT. En consecuencia, una enmienda a un tratado requiere una mayoría de dos tercios de todas las partes contratantes y entonces sólo se aplica entre los estados que acuerdan la enmienda. El Acuerdo Textil Mundial (antiguo Acuerdo Multifibras), que ya ha expirado, era de especial importancia.

b) Reforma en el marco de la "Ronda Uruguay"

- 8 La ronda *Uruguay* se ocupó principalmente de las reformas institucionales (mecanismos de toma de decisiones y de solución de diferencias), el mayor desmantelamiento de las barreras comerciales para los productos industriales y agrícolas, la organización del comercio transfronterizo de servicios y la dimensión de política comercial de la propiedad intelectual. Esta ronda del GATT concluyó con éxito en diciembre de 1993 tras unas negociaciones extremadamente difíciles y duras.⁴ En abril de 1994, se firmó el paquete negociado de acuerdos comerciales multilaterales con acuerdos adicionales en una conferencia de Estados celebrada en Marrakech. El resultado en términos de liberalización es mayor que en cualquier otra ronda anterior de comercio mundial. Además de la reducción de los derechos de aduana y de las barreras comerciales no arancelarias (como las cuotas de importación o las normas técnicas) para los productos industriales, el sector agrícola y los mercados textiles en particular deben abrirse más a la competencia mundial. Este objetivo se consigue principalmente reduciendo las subvenciones para los productos agrícolas y las restricciones cuantitativas para el mercado textil. También se han alcanzado acuerdos sobre medidas antidumping, subvenciones y medidas compensatorias.

4 El Acta Final de la *Ronda Uruguay* de abril de 1994 con sus anexos (en particular, el Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, el Acuerdo sobre Comercio y Mercancías, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, el Protocolo de la Ronda Uruguay del GATT de 1994, el Acuerdo sobre el Comercio de Servicios, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Internacional relacionados con el Comercio, incluido el comercio de mercancías falsificadas, el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias) se publica en: ILM 33 (1994), p. 1125 y ss. Los textos del tratado sobre la reforma del sistema del GATT también están impresos en: BGBl. 1994 II, p. 1442 ss. (inglés), p. 1624 ss. (alemán).

- 9 El GATT reformado ("GATT 1994")⁵ consiste en el GATT anterior con sus enmiendas y suplementos provisionales ("GATT 1947") modificado por una serie de acuerdos sobre disposiciones individuales, así como el Protocolo de Marrakech al GATT (Artículo 1 del GATT 1994). Los principios básicos del GATT anterior se mantienen en el GATT de 1994. La innovación institucional central radica en el establecimiento de una nueva "Organización Mundial del Comercio" (*Organización Mundial del Comercio*, OMC).⁶
- 10 *El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS)*⁷ se ha negociado para el sector servicios. La admisibilidad de las medidas antidumping, así como la admisibilidad de las subvenciones y las medidas compensatorias adoptadas por otros países, se ha regulado con más detalle en acuerdos especiales. El acuerdo sobre *Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)* sirve para mejorar la protección de la propiedad intelectual.⁸ Además, se creó el Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (*Trade-Related Investment Measures*, TRIMS)⁹. Junto con la expansión institucional a través de la creación de la Organización Mundial del Comercio, también se ha reforzado la solución de diferencias vinculante.
- 11 La liberalización del mercado de la contratación pública negociada en el marco de la ronda *Uruguay* reviste una gran importancia. Ya se dio un primer paso hacia la liberalización de la contratación pública con el Acuerdo *sobre Contratación Pública* del GATT de 1979 (*Acuerdo sobre Contratación Pública*, ACP). Al final de la ronda *Uruguay*, se negoció una ampliación significativa del programa de liberalización. Además de la Unión Europea con sus Estados miembros y Estados Unidos, las partes del nuevo acuerdo son los países de la AELC, Estados Unidos, Armenia, Australia, Islandia, Moldavia, Montenegro, Nueva Zelanda, Noruega, Hong Kong, Israel, Japón, Canadá, Singapur, Corea del Sur, Suiza, Ucrania y Taipei. El nuevo ACP mejora el mercado no sólo para los contratos de la administración central, sino también para los contratos de las administraciones regionales y locales y la adquisición de bienes y servicios por parte de organizaciones del sector público en los sectores del agua, la energía y el transporte. No se alcanzó ningún acuerdo sobre la liberalización de la contratación en el sector de las telecomunicaciones. Una revisión del ACP de 2012 (que entró en vigor en 2014) amplía el grupo de poderes adjudicadores cubiertos. El acuerdo revisado también regula la prevención de la corrupción en la contratación pública.

El Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre la Unión Europea y Canadá va especialmente lejos. El acuerdo también abarca en gran medida la adjudicación de contratos a niveles inferiores al gobierno central. En concreto, se abre el acceso a sectores de servicios estatales y municipales de interés general. Quedan excluidos determinados sectores.¹⁰

5 EuZW 1994, p. 342, ILM 33 (1994), p. 28.

6 Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (traducción alemana), BGBl. 1994 II, p. 1625; EuZW 1994, p. 338, ILM 33 (1994), p. 13, sobre esto B. Jansen, Die neue Welthandelsorganisation (Organización Mundial del Comercio - OMC), EuZW 1994, p. 333 y ss.; K. Ipsen/U. Haltern, El Estado de Derecho en las relaciones económicas internacionales: Die Welthandelsorganisation, RIW 1994, p. 717 y ss.; P.-T. Stoll, Die WTO: Neue Welthandelsorganisation, neue Welthandelsordnung, ZaöRV 54 (1994), p. 241 y ss.; T. Oppermann/M. Beise, Die neue Welthandelsorganisation - ein stabiles Regelwerk für weltweiten Freihandel, Europaarchiv 1994, p. 195 ss.

7 Sobre el AGCS, véase infra, párr. 101 y ss.; ILM 33 (1994), p. 44; véase D. Barth, El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), EuZW 1994, p. 455 y ss.

8 ILM 33 (1994), p. 81.

9 P.-T. Stoll, Die WTO: Neue Welthandelsorganisation, neue Welthandelsordnung, ZaöRV 54 (1994), p. 241 ss. (304 y ss.).

10 Véase el capítulo 19 del CETA y las *Listas de Acceso al Mercado* de Canadá y la UE.

- 12 Según un análisis del Banco Mundial y la OCDE, las medidas de liberalización acordadas al final de la ronda *Uruguay* beneficiarán principalmente a los países industrializados. Sin embargo, muchos países en desarrollo también percibirán las ganancias de bienestar. Por el contrario, algunos países especialmente pobres y agrarios pueden sufrir pérdidas. Algunos problemas aún deben resolverse en un marco multilateral. Uno de los principales retos para el futuro del sistema del GATT es superar las diferentes normas de protección medioambiental y de conservación de la naturaleza y armonizar gradualmente las garantías del derecho social y la protección de los trabajadores.

c) Ronda de Doha

- 13 En noviembre de 2001 se abrió una nueva ronda de comercio mundial en la reunión de la OMC celebrada en Doha (Qatar). La Conferencia Ministerial de Doha adoptó una serie de reglamentos "relacionados con la aplicación".¹¹ La declaración ministerial ("Declaración de Doha") adoptada al mismo tiempo¹² contiene un programa de negociación ("*Programa de Doha para el Desarrollo*") para el desarrollo ulterior del sistema de la OMC, que debería durar hasta 2005. Los más de 20 puntos de negociación se centran especialmente en el apoyo a los países en desarrollo. También incluyen la liberalización progresiva de los mercados de servicios, la clarificación de las cuestiones relativas a la propiedad intelectual, por ejemplo en lo que se refiere a las patentes de invenciones biotecnológicas, las medidas de protección del medio ambiente y la eliminación de las distorsiones persistentes de la competencia, en particular a través de las subvenciones a la exportación de productos agrícolas, así como el comercio electrónico.¹³ Las negociaciones las llevan a cabo principalmente los comités existentes y un comité de negociación especialmente creado (*Comité de Negociaciones Comerciales*), compuesto por miembros de la OMC. En la Conferencia Ministerial de Doha, los miembros de la OMC adoptaron una declaración conjunta sobre el Acuerdo ADPIC y sobre la asistencia sanitaria pública.¹⁴
- 14 La Sexta Conferencia Ministerial celebrada en Hong Kong en diciembre de 2005¹⁵ adoptó un paquete de medidas para promover a los países menos desarrollados. Los países industrializados y las economías emergentes que lo deseen deberán conceder a estos países un acceso libre de aranceles y cuotas a sus mercados para al menos el 97% de sus productos. La conferencia ministerial informal (celebrada en julio de 2008 con la participación de unos 40 ministros) no logró alcanzar un acuerdo debido a las diferencias irreconciliables entre los países industrializados y los países en desarrollo y emergentes, sobre todo en lo que respecta a un acceso justo a los mercados para los productos agrícolas. En las rondas de negociación de los últimos años, se han producido cambios tectónicos a favor del llamado Grupo de los 21 (G-21), en el que la República Popular China, India y Brasil han tomado la delantera a las potencias comerciales anteriormente dominantes de EE.UU., la Unión Europea y Japón.

11 Decisión de 20 de noviembre de 2001 sobre "*Cuestiones y preocupaciones relativas a la aplicación*", WT/MIN (01) /17.

12 Declaración ministerial de 14 de noviembre de 2001, WT/MIN (01) /DEC/1.

13 *K.-P. Leier*; El comercio electrónico en la OMC, MMR 2002, p. 781 y ss.

14 Véase más adelante, § 15, 2.

15 Véase la Declaración Ministerial de 22 de diciembre de 2005, WT/MIN (05) /DEC.

15 En la Conferencia Ministerial de Bali (diciembre de 2013), los miembros de la OMC acordaron todo un paquete de medidas para hacer realidad el Programa de Doha ("*Paquete de Bali*"). De importancia central es el *Acuerdo sobre Facilitación del Comercio*.¹⁶ Este acuerdo pretende reducir las barreras a la importación, la exportación y el tránsito de mercancías. Contiene un régimen especial para los países en desarrollo con periodos de transición ampliados. La decisión ministerial sobre la *constitución de existencias públicas con fines de seguridad alimentaria (Public Stockholding for Food Security Purposes)*¹⁷ crea una base jurídica para un periodo transitorio de subvenciones a los agricultores por parte de los países en desarrollo, en el que India, en particular, tiene un interés especial. Además, la Conferencia Ministerial de Bali adoptó directrices sobre el trato preferencial a los países menos desarrollados para las normas de origen (*Normas de origen preferenciales para los países menos desarrollados*)¹⁸ y para el sector servicios (*Puesta en práctica de la exención relativa al trato preferencial a los servicios y proveedores de servicios de los países menos desarrollados*).¹⁹ Otra decisión ministerial tiene como objetivo ampliar el acceso al mercado para los países menos desarrollados a través de exenciones de *derechos y cuotas (Acceso al mercado libre de derechos y cuotas [DFQF] para los países menos desarrollados)*.²⁰ Tras la conferencia de Bali, India señaló inicialmente su oposición, pero luego abandonó esta resistencia a cambio de algunas concesiones.

La última Conferencia Ministerial de la OMC, celebrada en Nairobi en diciembre de 2015, decidió abolir las subvenciones en el sector agrícola. Los países desarrollados se han comprometido a suprimir todas las subvenciones existentes a la exportación de productos agrícolas. Los países en desarrollo tienen hasta finales de 2018 para hacerlo.²¹ Las directrices adoptadas en Bali sobre las normas de origen preferenciales en relación con los países menos desarrollados se actualizaron y ahora deberían ser más fáciles de integrar en el sistema de la OMC. Además, la Conferencia Ministerial prorrogó hasta 2030 el reglamento adoptado en 2011 sobre el trato preferencial para los servicios y los proveedores de servicios de los países menos desarrollados.

2 La Organización Mundial del Comercio

16 En el centro del nuevo sistema del GATT se encuentra la Organización Mundial del Comercio (*Organización Mundial del Comercio, OMC*), creada a principios de 1995.²² La OMC pretende ser un marco institucional para las relaciones económicas de los estados miembros sobre la base del nuevo GATT y de los demás acuerdos concluidos al final de la ronda *Uruguay* (artículo II:1 Acuerdo de la OMC). Los acuerdos comerciales multilaterales (Anexo I A a C del Acuerdo de la OMC) - como el "GATT 1994", el AGCS, el Acuerdo sobre los ADPIC - y el *Entendimiento sobre Solución de Diferencias (DSU, DSU)* (Anexo II del Acuerdo de la OMC) forman parte integrante del Acuerdo de la OMC y vinculan a todos sus estados miembros (artículo II:2 Acuerdo de la OMC). Lo mismo ocurre con el *Mecanismo de Política Comercial* acordado (Anexo III del Acuerdo de la OMC), cuyo objetivo es revisar periódicamente las me-

16 WT/MIN (13) /36 - WT/L/911.

17 WT/MIN (13) /38 - WT/L/913.

18 WT/MIN (13) /42 - WT/L/917.

19 WT/MIN (13) /43 - WT/L/918.

20 WT/MIN (13) /44 - WT/L/919.

21 WT/MIN (15) /45 - WT/L/980 párr. 6 f.

22 Véase *P.-T. Stoll, Die WTO: Neue Welthandelsorganisation, neue Welthandelsordnung, ZaöRV 54 (1994), p. 241 y ss.*

didadas de política comercial de los miembros. Los acuerdos comerciales "plurilaterales" sobre sectores específicos, como el Acuerdo *sobre Contratación Pública*, sólo vinculan a los Estados miembros que se han adherido a ellos en el marco de la OMC (artículo II:3 del Acuerdo de la OMC). La OMC tiene por objeto facilitar la aplicación del sistema de tratados del GATT y promover sus objetivos (artículo III:1 Acuerdo de la OMC) y proporcionar un foro para las negociaciones entre los estados miembros sobre sus relaciones comerciales y la ulterior expansión del sistema del GATT (artículo III:2 Acuerdo de la OMC). Además, se establecieron los nuevos mecanismos de solución de diferencias en la Organización Mundial del Comercio (artículo III:3 Acuerdo de la OMC).

- 17 El órgano supremo de la Organización Mundial del Comercio es la Conferencia Ministerial, formada por los representantes de todos los estados miembros; la Conferencia Ministerial debe reunirse al menos cada dos años (artículo IV:1 Acuerdo OMC). Entre las reuniones de la Conferencia Ministerial, el *Consejo General (Consejo General)*, formado también por representantes de todos los miembros, debe actuar como órgano principal y cumplir las tareas de la Conferencia Ministerial (artículo IV:2 Acuerdo de la OMC). Por debajo del Consejo General, se forman consejos especiales para cada una de las áreas del sistema del GATT: *Consejo del Comercio de Mercancías, Consejo del Comercio de Servicios, Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio* (Artículo IV:5 Acuerdo de la OMC). La Conferencia Ministerial también establece comités para cuestiones especiales y transversales (como el Comité de Comercio y Desarrollo, el Comité de Balanza de Pagos, el Comité de Presupuesto, Finanzas y Administración) (artículo IV:7 del Acuerdo de la OMC). La gestión diaria está en manos de la Secretaría de la Organización Mundial del Comercio, dirigida por un Director General (artículo VI del Acuerdo de la OMC). La Organización Mundial del Comercio tiene expresamente personalidad jurídica en virtud del derecho internacional (artículo VIII:1 del Acuerdo de la OMC).
- 18 Un importante refuerzo institucional del sistema de la OMC reside en la creación de un órgano permanente de solución de diferencias (*Órgano de Solución de Diferencias, OSD*) de conformidad con el *Entendimiento sobre Solución de Diferencias*. Los informes adoptados por el OSD procedentes de un *grupo de expertos (Grupo Especial)* o del órgano de apelación (*Órgano de Apelación*) son de suma importancia para comprender las normas de la OMC.
- 19 La toma de decisiones en un esfuerzo por alcanzar el consenso bajo el antiguo GATT continuará en la nueva Organización Mundial del Comercio (artículo IX:1 Acuerdo de la OMC). La interpretación vinculante del Acuerdo sobre la OMC y de los acuerdos comerciales multilaterales del sistema de la OMC está reservada a la Conferencia Ministerial y al Consejo General y requiere una mayoría de tres cuartos de los miembros (artículo IX:2 Acuerdo sobre la OMC). La Conferencia Ministerial puede "en circunstancias excepcionales" eximir a un miembro de una obligación derivada del Acuerdo de la OMC o de uno de los acuerdos comerciales multilaterales ("*Exención*", artículo IX:3 y 4 Acuerdo de la OMC).
- 20 Los acuerdos comerciales multilaterales son vinculantes para todos los miembros de la OMC (artículo II:2 del Acuerdo de la OMC) y sólo pueden ser ratificados conjuntamente como un acuerdo único (el denominado *enfoque de compromiso único*).

21 Los actuales Estados miembros del GATT que adoptan los nuevos acuerdos multilaterales son miembros fundadores de la Organización Mundial del Comercio.

Las Comunidades Europeas también se encontraban entre los miembros fundadores (artículo XI:1 del Acuerdo de la OMC). Además, a pesar de la comunitarización de la política comercial en virtud del Tratado CE, los distintos Estados miembros de la Comunidad Europea se incorporaron al nuevo sistema de comercio mundial. Esto se debe a que, además de las competencias de política comercial de la Comunidad Europea, los acuerdos de la OMC también afectaron a las competencias que seguían siendo de los Estados miembros de la CE.²³ Los acuerdos de la OMC fueron celebrados conjuntamente por la Unión Europea y sus Estados miembros como los denominados "acuerdos mixtos". Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Unión Europea ha sustituido a las Comunidades como miembro de la OMC (Artículo 1 párrafo 3 frase 3 TUE). Externamente, las obligaciones multilaterales del derecho de la OMC se aplican a la Unión Europea y a sus Estados miembros en el contexto de su asociación común. El Estado miembro y la Unión Europea tienen una responsabilidad externa conjunta por las violaciones causadas por las medidas adoptadas por un Estado miembro de la UE. No importa si las medidas nacionales se basan en la legislación de la UE. Los demás miembros de la OMC tampoco tienen por qué implicarse en el reparto de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros. En caso de violación de los acuerdos de la OMC por parte de un Estado miembro de la UE, la Unión Europea también es responsable solidaria.

Por ello, en el asunto *Comisión/Hungría*, el TJCE examinó si Hungría había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del AGCS en un procedimiento de infracción relativo a una legislación en materia de enseñanza superior que discrimina a los proveedores extranjeros de enseñanza superior.²⁴

A la hora de votar en la Organización Mundial del Comercio, la Unión Europea dispone de tantos votos como Estados miembros de la UE se hayan adherido (artículo IX:1 frase 3 Acuerdo OMC). Por regla general, la Unión Europea -representada por la Comisión Europea- también actúa en nombre de los miembros en la OMC. La Comisión Europea realiza consultas internas previas con los Estados miembros. La Unión Europea también se esfuerza por actuar sola como parte en los litigios relativos a las medidas de política comercial de los Estados miembros de la UE.²⁵

22 En la actualidad, la Organización Mundial del Comercio está formada por 164 Estados y otros miembros en el sentido del artículo XII:1 frase 1 del Acuerdo de la OMC (territorios aduaneros independientes como Hong Kong o Macao). Tres cuartas partes de los miembros de la OMC son países en desarrollo. La República Popular China fue admitida en la OMC en diciembre de 2001, Taiwán en enero de 2002. En 2012, tras largas negociaciones, la Federación Rusa también ingresó en la Organización Mundial del Comercio.

23 TJUE, Dictamen 1/94, EU:C:1994: 384 - *Acuerdo de la OMC*.

24 TJCE, asunto C-66/18, EU:C:2020:792 párr. 58 y ss. - *Comisión contra Hungría* (ley sobre la enseñanza superior).

25 Sobre las restricciones de la política comercial, véase el informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, WT/DS 135/AB/R (2001).

3. Acuerdos comerciales "multilaterales" y "plurilaterales"

23 El núcleo del nuevo orden comercial mundial lo constituyen los llamados acuerdos comerciales mundiales "multilaterales", que junto con el sistema institucional de la Organización Mundial del Comercio forman un orden uniforme. Los acuerdos "multilaterales" se aplican de forma global a todos los miembros de la Organización Mundial del Comercio (artículo II:2 del Acuerdo de la OMC). Por el contrario, los acuerdos denominados "plurilaterales" sólo se aplican a un grupo limitado de miembros (artículo II:3 del Acuerdo de la OMC). Los acuerdos comerciales multilaterales y plurilaterales se enumeran en los anexos del Acuerdo de la OMC.

24 Acuerdos multilaterales

- Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994;
- Acuerdo sobre agricultura;
- Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF)
- Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido;
- Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC)
- Acuerdo sobre las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio (Acuerdo TRIMS);
- Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo Antidumping);
- Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994;
- Convenio sobre inspecciones previas a la expedición;
- Convenio sobre normas de origen;
- Acuerdo sobre procedimientos de licencias de importación;
- Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias;
- Convención sobre salvaguardias;
- Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS);
- Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo ADPIC)

25 Acuerdos plurilaterales (cuando aún estén en vigor)

- Acuerdo sobre Contratación Pública
- Acuerdo sobre el comercio de aeronaves civiles

4. El GATT de 1994 y los acuerdos complementarios

26 De los acuerdos multilaterales, la versión de 1994 del GATT (GATT 1994) sigue siendo el más importante. El GATT se complementa con nuevos acuerdos multilaterales sobre medidas anti-dumping (Acuerdo sobre la Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994) y el *Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias)*.

27 Los acuerdos sobre la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias (*Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias*, Acuerdo MSF) y el *Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio*, Acuerdo OTC) contienen normativas más detalladas sobre las restricciones comerciales permitidas.

28 *El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (General Agreement on Trade in Services*, GATS) es de la mayor importancia para el sector servicios. Como instrumento para desmantelar las restricciones comerciales, el AGCS tiene un alcance menor que el GATT para el comercio de mercancías.²⁶ Los ámbitos de aplicación del GATT y del AGCS pueden solaparse en el caso de los servicios estrechamente relacionados con las mercancías. Así lo dejó claro el Órgano de Apelación en la disputa sobre el plátano:²⁷

"Podría considerarse que ciertas medidas entran exclusivamente en el ámbito del GATT de 1994, cuando afectan al comercio de mercancías como mercancías. Podría considerarse que ciertas medidas entran exclusivamente en el ámbito del AGCS, cuando afectan al suministro de servicios como servicios. Existe aún una tercera categoría de medidas que podría considerarse que entran en el ámbito tanto del GATT de 1994 como del AGCS. Se trata de medidas que implican un servicio relacionado con un bien concreto o un servicio suministrado juntamente con un bien concreto. En todos los casos de esta tercera categoría, la medida en cuestión podría ser examinada a la vez en el marco del GATT de 1994 y del AGCS".

29 Los acuerdos "multilaterales" dentro del nuevo sistema de la OMC también incluyen el *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio*, ADPIC).²⁸ Según el artículo 7 del Acuerdo sobre los ADPIC, la protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán "contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, redundar en beneficio mutuo de los productores y de

26 Véase más arriba, § 10, 10.

27 Informe del Órgano de Apelación *CE - Régimen de importación, venta y distribución de plátanos*, WT/DS 27/AB/R (1997), párrafo 221.

28 Véase más adelante, § 15, 2.

los usuarios de conocimientos tecnológicos, realizarse de manera que favorezcan el bienestar social y económico y lograr un equilibrio entre derechos y obligaciones". El Acuerdo sobre los ADPIC mejora significativamente la protección de las patentes, las marcas, los derechos de autor y los derechos sobre programas informáticos en particular.

- 30** Otro tratado "multilateral" es el Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (*Trade-Related Investment Measures*, TRIMS²⁹). El Acuerdo sobre las MIC estipula para las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio (artículo 1) que las partes contratantes no deben imponer a los inversores de otro Estado ninguna restricción que sea incompatible con el principio de igualdad de trato de los nacionales o con la prohibición de restricciones cuantitativas (artículo 2:1 del Acuerdo sobre las MIC). Esto afecta principalmente a las normativas que obligan a un inversor a utilizar una determinada cantidad de materias primas o productos intermedios nacionales en la producción nacional o a generar una determinada proporción de ventas en el país (*requisitos de contenido local/rendimiento local*). EE.UU. no pudo sacar adelante su exigencia de mayor alcance de establecer el principio de libre acceso al mercado para las medidas de inversión relacionadas con el comercio en general. El grupo de acuerdos multilaterales también incluye el Acuerdo sobre la Agricultura y, en el pasado, el Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido.
- 31** En relación con el GATT de 1994, los demás acuerdos multilaterales tienen prioridad en caso de conflicto (Norma Interpretativa General del Anexo 1 A del Acuerdo de la OMC).
- 32** Los acuerdos comerciales "plurilaterales" (aún válidos) incluyen los acuerdos sobre contratación pública (*Acuerdo sobre Contratación Pública*³⁰) y sobre el comercio de aeronaves civiles.

5. Principios fundamentales del GATT

Literatura:

J.-H. Jackson, *The World Trading System*, 2ª ed. 1997; *P. C. Mavroidis*, *The General Agreement on Tariffs and Trade. A Commentary*, 2005; *R. Senti*, *Die neue Welthandelsordnung nach der Uruguay-Runde*, 2ª ed. 1999; *R. Wolfrum/P.-T. Stoll/H. R. Hestermeyer* (eds.), *WTO: Trade in Goods*, 2011.

- 33** El GATT tiene por objeto crear un sistema de comercio mundial basado en los principios de la economía de mercado. El tratado pretende liberalizar el comercio internacional restringiendo progresivamente las barreras comerciales y pretende contrarrestar las intervenciones proteccionistas en la competencia del mercado mundial.
- 34** Aunque el GATT es un complejo conjunto de normas, sus principios rectores son claros: la prohibición de la discriminación y la reciprocidad de las concesiones, así como la eliminación

²⁹ *T. L. Brewer/S. Young*, *Investment Issues at the WTO: the Architecture of Rules and the Settlement of Disputes*, *JIEL* (1998), p. 457 y ss.

³⁰ *B. M. Hoekman/P. C. Mavroidis* (eds.), *Law and policy in public purchasing: the WTO Agreement on Government Procurement*, 1997.

de los aranceles y la prohibición de las barreras no arancelarias al comercio.³¹ Los principios destinados a liberalizar el comercio mundial están sujetos a numerosas restricciones y excepciones, que a menudo carecen de contornos claros. Como consecuencia, el poder de dirección normativo del GATT se resiente considerablemente.

- 35** El principio de reciprocidad es un importante principio rector de todas las negociaciones del GATT. La idea de reciprocidad ya se menciona en el preámbulo del GATT (párrafo 3). Esto significa que las ventajas comerciales que se conceden unos Estados a otros deben permanecer equilibradas y que las ventajas comerciales para un Estado deben corresponderse con concesiones equivalentes por parte de otros Estados.³² Desde el punto de vista de la política económica, el principio de reciprocidad de derechos y obligaciones es problemático. Si se está de acuerdo con los defensores del libre comercio en que toda medida de liberalización, como la supresión de una restricción a la importación, beneficia también al país respectivo en términos macroeconómicos, resulta difícil justificar el principio de reciprocidad. Una excepción al principio de reciprocidad se aplica en favor de los países en desarrollo. No se espera de ellos que hagan concesiones incompatibles con sus necesidades particulares (artículo XXXVI:8).

a) Trato de la nación más favorecida

- 36** Un elemento central del régimen del GATT es el principio del trato de nación más favorecida. El artículo I:1 del GATT de 1994 establece:

"En el caso de los derechos de aduana y gravámenes de cualquier tipo impuestos sobre la importación o la exportación o en relación con ellas, o sobre el envío internacional de pagos para la importación o la exportación, en el procedimiento para la recaudación de dichos derechos y gravámenes, en todos los reglamentos y formalidades relativos a la importación o la exportación, y en todas las cuestiones tratadas en los párrafos 2 y 4 del artículo III, todas las ventajas, privilegios o inmunidades concedidos por una Parte con respecto a una mercancía originaria de otro país o destinada a él se otorgarán inmediata e incondicionalmente a todas las mercancías similares originarias de los territorios de las demás Partes o destinadas a ellos, las ventajas, favores, privilegios o inmunidades concedidos por una Parte Contratante a una mercancía originaria o destinada a otro país se concederán inmediata e incondicionalmente a todas las mercancías similares originarias o destinadas a los territorios de las demás Partes Contratantes."

- 37** El principio del trato de nación más favorecida se aplica en el GATT a las restricciones cuantitativas internas (artículo III:7), a la libertad de tránsito (artículo V), a las denominaciones de origen (artículo IX:1), a las restricciones cuantitativas a la importación y a la exportación (artículo XIII:1) y a las empresas comerciales del Estado (artículo XVII:1).

Mientras no se dismantelen las barreras comerciales, el principio del trato de nación más favorecida desempeña un papel fundamental para lograr la igualdad de oportunidades competitivas. El trato de nación más favorecida significa que las ventajas comerciales (por ejemplo, en materia de derechos de aduana, impuestos o derechos de importación y exportación) deben

31 Véase el párrafo 3 del preámbulo del GATT.

32 Sobre la relevancia de la reciprocidad, véase por ejemplo el Artículo XXIII y Artículo XXVIII.

concederse por igual a todas las partes contratantes. Esto significa que en cuanto un miembro concede ciertas ventajas a otra parte contratante, éstas deben extenderse a todos los demás Estados miembros del GATT. Debido a la referencia al artículo III:2 y al artículo III:4, el principio de trato de nación más favorecida del Artículo I:1 del GATT también abarca los derechos y otros gravámenes que afectan al comercio exterior, así como otras reglamentaciones sobre el comercio interior de mercancías. La ampliación de las ventajas comerciales de acuerdo con el principio de nación más favorecida debe ser "inmediata e incondicional". En particular, no puede supeditarse al cumplimiento de contrapartidas por una parte contratante.

Una violación del principio del trato de nación más favorecida también puede residir en el hecho de que las excepciones a una prohibición de comercialización sólo beneficien a los productos de determinados países.³³ El principio de nación más favorecida también prohíbe un trato preferencial aparentemente neutro en cuanto al origen que, de hecho, sólo beneficia a los productos de determinados países. Así lo ilustra claramente el litigio *CE - Productos derivados de la foca*. El caso se refería a la autorización de la importación y comercialización de productos derivados de la foca obtenidos de comunidades indígenas como parte de su modo de vida tradicional. Según la legislación de la UE, la exención se diseñó de tal forma que, en esencia, sólo beneficiaba a los inuit de Groenlandia, mientras que las comunidades indígenas de Noruega y Canadá apenas se beneficiaban.³⁴

El principio del trato de nación más favorecida se refiere a "productos similares". El término "producto similar" aparece en la legislación de la OMC en varios contextos normativos (por ejemplo, en Artículo I:1; II:2, III:2; III:4; VI:1; IX:1; XI:2 *lit. c*; XIII:1; XVI:4 y XIX:1 del GATT). Para ello, el Órgano de Apelación utilizó la imagen de un acordeón que se expande o contrae de un caso a otro:

"[...] no puede haber una definición precisa y absoluta de lo que es "semejante". El concepto de "semejanza" es un concepto relativo que evoca la imagen de un acordeón. El acordeón de la "semejanza" se estira y aprieta en diferentes lugares a medida que se aplican las distintas disposiciones del Acuerdo de la OMC".³⁵

33 Informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas - Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de la foca*, WT/DS 400/AB/R, WT/DS 401/AB/R (2014), párr. 5.93: "El Artículo I:1 prohíbe a los Miembros condicionar la concesión de una "ventaja", en el sentido del Artículo I:1, a criterios que tengan un impacto perjudicial sobre las oportunidades competitivas de los productos importados similares de cualquier Miembro. [...]"

34 Informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas - Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de la foca*, WT/DS 400/AB/R, WT/DS 401/AB/R (2014), párr. 5.95: "Observamos que, en estas diferencias, el Grupo Especial concluyó que la medida en cuestión, aunque neutra en cuanto al origen a primera vista, es incompatible *de facto* con el artículo I:1". El Grupo Especial constató que, si bien es probable que prácticamente todos los productos derivados de la foca de Groenlandia cumplan los requisitos de la excepción del CI para acceder al mercado de la UE, la gran mayoría de los productos derivados de la foca procedentes de Canadá y Noruega no cumplen los requisitos del CI para acceder al mercado de la UE. Por lo tanto, el Grupo Especial consideró que, "en términos de su diseño, estructura y funcionamiento previsto", la medida en cuestión afecta negativamente a las condiciones de competencia de los productos derivados de la foca canadienses y noruegos en comparación con los productos derivados de la foca originarios de Groenlandia. Basándose en estas conclusiones, el Grupo Especial consideró, correctamente en nuestra opinión, que la medida en cuestión es incompatible con el Artículo I:1 porque no extiende, "inmediata e incondicionalmente", la misma ventaja de acceso al mercado a los productos derivados de la foca canadienses y noruegos que concede a los productos derivados de la foca originarios de Groenlandia".

35 Informe del Órgano de Apelación *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS 8, 10, 11/AB/R (1996), p. 21.

La jurisprudencia anterior no permite la similitud en el sentido del Artículo I:1, la similitud en el sentido del Artículo III:2 frase 1³⁶ es suficiente.³⁷

El principio de la nación más favorecida también se aplica a los beneficios ocultos e indirectos que sólo benefician a las mercancías de determinados países.³⁸

- 38** Varias excepciones rompen el principio de la nación más favorecida. Especialmente importantes son las excepciones en favor de las uniones aduaneras y los acuerdos de libre comercio de conformidad con el Artículo XXIV:4 a 12.³⁹ De este modo, el GATT pretende hacer honor a las ventajas que las alianzas económicas regionales deberían aportar al conjunto de la economía mundial. La exención del principio de nación más favorecida sólo pretende beneficiar a las uniones aduaneras y a las zonas de libre comercio que abarquen al menos "lo esencial de los intercambios comerciales" con respecto a los derechos de aduana y otras restricciones comerciales (artículo XXIV:8 *lit.* a y b). En cualquier caso, las zonas de libre comercio y las uniones aduaneras deben abarcar la gran mayoría de los volúmenes comerciales respectivos. Si también tienen que incluir todos los sectores económicos clave es algo controvertido. El rápido crecimiento de las zonas de libre comercio regionales (sobre todo en Europa, América del Norte y del Sur y Asia) llevó a la creación del Comité de Acuerdos Comerciales Regionales (*Comité de Acuerdos Comerciales Regionales*, CRTA) en 1996. Este comité revisa los acuerdos comerciales regionales para comprobar su compatibilidad con la legislación de la OMC. En la actualidad existen casi 200 acuerdos comerciales regionales y otros *acuerdos comerciales* preferenciales (*Preferential Trade Agreements*, PTAs).

Se ha acuñado la imagen del "spaghetti bowl" para describir la intrincada coexistencia de zonas de libre comercio, uniones aduaneras y comunidades económicas.

En la práctica, la proliferación de acuerdos comerciales regionales y otros acuerdos comerciales preferenciales conduce a una amplia erosión del principio de nación más favorecida. Esto hace aún más importante la reducción generalizada de los aranceles aduaneros para neutralizar significativamente los privilegios concedidos por dichos acuerdos.

- 39** La ampliación del GATT para incluir la Parte IV (Comercio y Desarrollo) en 1965 permitió excepciones al principio del trato de nación más favorecida en favor de los países en desarrollo. Esto creó la posibilidad de otorgar concesiones arancelarias generales para los productos acabados y semiacabados de los países en desarrollo.
- 40** Otro incumplimiento importante del principio de nación más favorecida es posible gracias a la *cláusula de exención* del artículo XXV:5. Según esta disposición, los Estados contratantes pueden conceder exenciones en forma de autorizaciones especiales a determinados países por mayoría de dos tercios.

36 Véase § 10, 5. B. bb) más abajo.

37 Informe del Grupo Especial *Indonesia - Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*, WT/DS 54, 55, 59, 64/R (1998), párr. 14.141.

38 Informe del Órgano de Apelación *Canadá - Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*, WT/DS 139/AB/R (2000), párrs. 77 y ss. Este caso se refería al otorgamiento de concesiones arancelarias para automóviles y piezas de automóviles de fabricantes extranjeros que tenían una planta de producción en Canadá; estas concesiones se referían a productos de fabricantes estadounidenses sobre la base de un acuerdo bilateral entre Canadá y EE.UU.

39 *A. Kallmayer*; Prohibición y justificación de los acuerdos preferenciales en el GATT, 2005; *L. Bartels/F. Ortino*, *Los acuerdos comerciales regionales y el sistema jurídico de la OMC*, 2007.

41 Sobre la base de esta autorización, una *exención* ha permitido conceder un trato preferencial a los países en desarrollo. Al romper el principio de nación más favorecida, los países en desarrollo pueden obtener ventajas comerciales en forma de preferencias arancelarias generales. Los países en desarrollo también pueden crear zonas de libre comercio y otros regímenes para mantener relaciones comerciales preferenciales entre sí en condiciones más favorables. Esto se basa en la Decisión de las Partes sobre "*Trato diferenciado y más favorable, reciprocidad y mayor participación de los países en desarrollo*" de 28 de noviembre de 1979.⁴⁰ Esta decisión establece:

"1. No obstante las disposiciones del artículo I del Acuerdo General, las partes contratantes podrán conceder un trato diferenciado y más favorable a los países en desarrollo, sin conceder dicho trato a las demás partes contratantes.

2. Las disposiciones del apartado 1 se aplican a lo siguiente:

(a) Trato arancelario preferencial concedido por las partes contratantes desarrolladas a los productos originarios de los países en desarrollo de conformidad con el Sistema de Preferencias Generalizadas,

(b) Trato diferenciado y más favorable con respecto a las disposiciones del Acuerdo General relativas a las medidas no arancelarias regidas por las disposiciones de los instrumentos negociados multilateralmente bajo los auspicios del GATT;

(c) Acuerdos regionales o globales celebrados entre partes contratantes menos desarrolladas para la reducción o eliminación mutua de aranceles y, de conformidad con los criterios o condiciones que puedan prescribir las partes contratantes, para la reducción o eliminación mutua de medidas no arancelarias, sobre productos importados unos de otros;

(d) Trato especial a los países menos desarrollados entre los países en desarrollo en el contexto de cualquier medida general o específica en favor de los países en desarrollo.

3. [...]"

42 De este modo, las mercancías de los países en desarrollo obtienen una ventaja competitiva. Esta decisión de las partes contratantes constituye una base permanente para un sistema generalizado de preferencias arancelarias (*Sistema Generalizado de Preferencias*, SPG) a favor de los países en desarrollo. Sin embargo, no contempla ninguna diferenciación entre países en desarrollo en el sentido de favorecer a determinados Estados.

43 Por este motivo, el acuerdo entre la CE (ahora UE) y sus Estados miembros, por un lado, y los denominados Estados ACP, por otro (Acuerdo de Cotonú de 2000), al igual que los anteriores Convenios de Lomé, entraba en tensión con el GATT. Por ello, el Acuerdo de Cotonú requería una autorización especial (*waiver*), que se concedió por un periodo limitado hasta finales de

⁴⁰ GATT, 26° Supp. BISD; véase *A. Yusuf*, "Trato diferenciado y más favorable": la cláusula de habilitación del GATT, JWT 14 (1980), p. 488 y ss.

2007. El acuerdo se modificó en 2005 y 2010. Por tanto, los Acuerdos de Asociación Económica celebrados posteriormente con los distintos Estados ACP y grupos de Estados en el marco del Acuerdo de Cotonú (Artículo 37) debían diseñarse de conformidad con el GATT. Debe ser posible justificar los beneficios existentes para los Estados ACP en virtud de los nuevos acuerdos con respecto a otros países en desarrollo en lo que respecta al intercambio de bienes cubiertos por los acuerdos de conformidad con las normas para las zonas de libre comercio (artículo XXIV:8 *lit. b* GATT: "*lo esencial de los intercambios comerciales*").⁴¹

- 44** El término "países en desarrollo" se utiliza en el artículo XVIII:1 del GATT se refiere a los países "cuyas economías sólo permiten un bajo nivel de vida y se encuentran en las fases iniciales de desarrollo". Un miembro de la OMC se categoriza a sí mismo como país en desarrollo. Por lo general, esta autodefinición puede contar con la aceptación de los demás miembros.
- 45** La legislación de la OMC concede una posición especialmente favorecida a los países clasificados por las Naciones Unidas como países menos desarrollados (*Least Developed Countries*, LDCs). Para este grupo de países especialmente pobres, las obligaciones derivadas de los acuerdos multilaterales de la OMC sólo se aplican "en la medida en que sean compatibles con sus respectivas necesidades de desarrollo, financieras y comerciales o con su capacidad administrativa e institucional" (artículo XI:2 del Acuerdo de la OMC).

b) Prohibición de discriminación (*trato nacional*)

aa) Artículo III:1 GATT. Objetivo de igualdad de condiciones

- 46** Un principio central del GATT es la prohibición de la discriminación (principio nacional, principio de *trato nacional*), que está consagrado en el artículo III DEL GATT. Se trata de la igualdad de trato de las mercancías extranjeras con las nacionales en lo que respecta a los impuestos y a la legislación nacional relativa a la comercialización en sentido amplio. Al tratar por igual las mercancías nacionales y las importadas, la prohibición de la discriminación sirve no sólo para nivelar el terreno de juego, sino también para dismantelar eficazmente las barreras comerciales. Ello se debe a que la necesaria extensión de las barreras de acceso al mercado (por ejemplo, en forma de gravámenes nacionales o legislación obstruccionista) a los productos nacionales contrarresta la tendencia a utilizar dichas medidas con fines proteccionistas y eludir así la liberalización lograda mediante el dismantelamiento de los derechos de aduana.
- 47** La disposición del artículo III:1 se dirige contra la aplicación de normativas nacionales para la protección de los productos nacionales. Las partes contratantes reconocen en ella, "que los impuestos internos y otros gravámenes, las leyes, los reglamentos y otras normas que rigen la venta, el suministro, la compra, el transporte, la distribución o el uso de mercancías dentro del país, así como los reglamentos cuantitativos internos que rigen la mezcla, la transformación o el uso de mercancías en cantidades o proporciones determinadas, no se aplicarán a las mercancías importadas o nacionales de manera que se proteja la producción nacional."

⁴¹ Sobre esto *A. Zimmermann*, Die neuen Wirtschaftspartnerschaftsabkommen der EU: WTO-Konformität versus Entwicklungsorientierung? *EuZW* 2009, p. 1 y ss.

La preocupación subyacente al artículo III:1 es la "igualdad de condiciones competitivas de las mercancías importadas en relación con las mercancías nacionales".⁴² Este objetivo de "*igualdad de condiciones competitivas*" guía la interpretación de los siguientes párrafos del Artículo III.

El principio de igualdad de trato también se aplica a las mercancías que no están sujetas a obligaciones aduaneras en virtud del artículo II DEL GATT.⁴³

Según una nota al artículo III del GATT (Anexo I), las cargas y reglamentaciones interiores que se aplican tanto a las mercancías importadas como a las mercancías nacionales similares y que se imponen o aplican a las mercancías importadas en el momento y lugar de la importación se consideran medidas interiores en el sentido del artículo III DEL GATT. En consecuencia, todas las medidas internas (como las restricciones a la comercialización para la protección de la salud o del medio ambiente) también entran en el ámbito del artículo III del GATT aunque se apliquen en el momento de la importación de las mercancías extranjeras y actúen, por tanto, como restricciones a la importación.

Según la nota al artículo III del GATT, las reglamentaciones nacionales deben referirse a los productos respectivos como tales y no al proceso de producción. Por lo tanto, las reglamentaciones que no se refieren al producto sino al proceso de producción (como la prohibición de determinados métodos de pesca y las restricciones de comercialización correspondientes) no entran en el ámbito del Artículo III del GATT, sino en el Artículo XI DEL GATT.⁴⁴

bb) Artículo III:2 GATT. Igualdad de trato en materia de tributos y otras cargas

- 48** El Artículo III:2 del GATT extiende la prohibición de discriminación a los tributos y otras cargas sobre las mercancías importadas del territorio de una parte contratante al territorio de otra parte contratante:

"Las mercancías importadas del territorio de una Parte al territorio de otra Parte no estarán sujetas, directa o indirectamente, a impuestos internos u otros gravámenes superiores a los aplicados a las mercancías nacionales similares. Una Parte tampoco aplicará impuestos internos u otros gravámenes a las mercancías importadas o nacionales de manera incompatible con los principios establecidos en el párrafo 1."

La frase 1 regula el caso de que las mercancías extranjeras sean "similares" a las nacionales con respecto a la norma nacional ("*productos similares*"). La frase 2 establece la prohibición de un trato proteccionista, es decir, desigual, que sirva para proteger el producto nacional, para

42 Informe del Órgano de Apelación *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS 8, 10, 11/AB/R (1996), p. 16.

43 Informe del Órgano de Apelación *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS 8, 10, 11/AB/R (1996), p. 16.

44 (No adoptado) Informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Restricciones a la importación de atún*, WT/DS29/R (1994), párrs. 5.8 y ss.

productos comparables que estén en competencia directa en términos de demanda o sean *directamente competitivos o sustituibles para* el mismo fin (artículo III:2 frase 2 en conjunción con el Anexo I del GATT, Notas y Disposiciones Complementarias al artículo III: frase 2).⁴⁵

La coexistencia de los dos criterios de comparación diferentes en el artículo III:2 del GATT, se deduce que la similitud de la frase 1 debe entenderse en sentido estricto (es decir, que no resulta ya de la competencia directa o de la sustituibilidad⁴⁶). Por el contrario, una vez que la similitud en el sentido del artículo III:2 frase 1 del GATT, ya no es necesario examinar el efecto distorsionador de la competencia del trato desigual.

Para la similitud en el sentido del artículo III:2 frase 1 del GATT, cuatro criterios en particular son decisivos:

- Naturaleza y propiedades de los productos;
- Su uso previsto;
- Percepciones y hábitos de los consumidores, y
- La clasificación aduanera.⁴⁷

Según el informe del grupo especial México - *Refrescos*, los refrescos y jarabes con las diferentes materias primas azúcar de caña y azúcar de remolacha constituyen productos similares en el sentido del artículo III:2 frase 1 del GATT⁴⁸ . Como productos utilizados de forma independiente, el informe del grupo especial no clasificó el azúcar en bruto y el azúcar de remolacha como productos similares, pero sí asumió una relación de competencia suficiente en el sentido del artículo III:2 frase 2 GATT.

El uso de materias primas especiales no es un criterio decisivo para la "similitud". Más bien, la relación competitiva (*relación de competencia*) entre los productos individuales (intercambiables en el mercado respectivo) es decisiva. En este sentido, en el caso *Filipinas - Impuestos sobre las bebidas espirituosas destiladas* ⁴⁹ el Órgano de Apelación se pronunció sobre la desigualdad de trato fiscal entre las bebidas espirituosas elaboradas a partir de determinadas materias primas (azúcar) y otras bebidas espirituosas (en su mayoría importadas):

45 "Un gravamen que cumpla la primera frase del apartado 2 sólo se considerará incompatible con la segunda frase si el producto sujeto al gravamen compite con otro producto directamente competidor o con un producto adecuado para el mismo fin pero no sujeto a un gravamen similar."

46 Informe del Órgano de Apelación *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS 8, 10, 11/AB/R (1996), p. 19 y ss. (21).

47 Informe del Grupo de Trabajo, *Ajustes fiscales en frontera*, BISD 185/97, párr. 18 (1970), Informe del Órgano de Apelación *Canadá - Determinadas medidas relativas a publicaciones periódicas* (1997), p. 20. La clasificación aduanera sólo se añadió posteriormente como criterio de comparación en la práctica de adjudicación, véase el Informe del Órgano de Apelación *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS 8, 10, 11/AB/R (1996), p. 20 y ss. El Informe del Grupo Especial *México - Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas*, WT/DS308/R (2005), párr. 8.29 habla de "las propiedades, naturaleza y calidad de los productos, sus usos finales en un mercado determinado; los gustos y hábitos de los consumidores; y la clasificación arancelaria de los productos basada en el Sistema Armonizado".

48 Informe del Grupo Especial *México - Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas*, WT/DS308/R (2005), párrs. 8.24.ss.

49 Informe del Órgano de Apelación, *Phillippines-Taxes on Distilled Spirits*, WT/DS403/AB/R (2011).

"Consideramos que, a pesar de las diferencias en las materias primas utilizadas para fabricar los productos, si estas diferencias no afectan a los productos finales, estos productos pueden seguir considerándose "similares" en el sentido del artículo III:2 del GATT de 1994. La primera frase del artículo III:2 se refiere a "productos similares", no a su base de materias primas. Si las diferencias en las materias primas dejan fundamentalmente inalterada la relación de competencia entre los productos finales, la existencia de estas diferencias no negaría necesariamente una conclusión de "similitud" en virtud del artículo III:2. Como hemos explicado anteriormente, la determinación de lo que son "productos similares" en virtud del artículo III:2 no se centra exclusivamente en las características físicas de los productos, sino que se ocupa de la naturaleza y el alcance de la relación de competencia entre los productos. Consideramos, por tanto, que mientras las diferencias entre los productos, incluida una diferencia en la base de materia prima, dejen fundamentalmente inalterada la relación de competencia entre los productos finales, la existencia de estas diferencias no impide una conclusión de "similitud" si, considerando todos los factores, el grupo especial es capaz de llegar a la conclusión de que la relación de competencia entre los productos es tal que justifica una conclusión de "similitud" en virtud del artículo III:2."

La relación competitiva relevante entre los productos nacionales y los importados depende de las condiciones del mercado en el país respectivo. Las diferencias que son significativas en un país (por ejemplo, entre el coñac y otras bebidas espirituosas en Francia o entre el biocombustible y otros combustibles en países especialmente sensibles desde el punto de vista medioambiental) pueden no desempeñar un papel importante en otros mercados nacionales. Así lo subrayó el Órgano de Apelación en el asunto *Filipinas - Impuestos sobre las bebidas espirituosas destiladas* :⁵⁰

"168. La determinación de la "similitud" con arreglo a la primera frase del párrafo 2 del artículo III del GATT de 1994 debe hacerse caso por caso. Si dos bebidas espirituosas se consideran "productos similares" en un mercado determinado, esto no significa necesariamente que se considerarían "productos similares" en otro mercado. Por lo tanto, es concebible que el brandy y el whisky elaborados con materias primas designadas y los elaborados con materias primas no designadas puedan ser considerados como "productos similares" por los consumidores en el mercado filipino, pero que no sean considerados como "productos similares" por los consumidores en otro mercado. Como hemos explicado anteriormente, consideramos que, para establecer si dos productos son "similares" en el sentido del artículo III:2 del GATT de 1994, un grupo especial debe examinar la naturaleza y el alcance de la relación de competencia entre los productos, que dependerá del mercado en el que compitan dichos productos".

Este enfoque concreto da un margen considerable a la diversidad cultural en el derecho mercantil mundial.

La relación de competencia entre los productos nacionales y los importados no sólo depende del comportamiento actual de los consumidores. De lo contrario, los gravámenes discriminatorios con precios prohibitivos para los productos importados podrían descartar la sustituibilidad desde el principio. Por lo tanto, debe tenerse en cuenta la demanda latente si se suprime la medida restrictiva del comercio, como explicó el Órgano de Apelación en el asunto *Filipinas - Impuestos sobre las bebidas espirituosas destiladas*:⁵¹

50 Informe del Órgano de Apelación, *Philippines-Taxes on Distilled Spirits*, WT/DS403/AB/R (2011).

51 Informe del Órgano de Apelación, *Philippines-Taxes on Distilled Spirits*, WT/DS403/AB/R (2011).

"218. No estamos de acuerdo con Filipinas en que el artículo III:2, segunda frase, del GATT 1994 exija identidad en la "naturaleza y frecuencia" del comportamiento de compra del consumidor. Si ese fuera el caso, la relación de competencia entre los productos importados y los nacionales en un mercado dado sólo se evaluaría con referencia a las preferencias actuales de los consumidores. Sin embargo, como el Órgano de Apelación sostuvo expresamente en *Corea - Bebidas alcohólicas*, "la relación requerida puede existir entre productos que no son, en un momento dado, considerados por los consumidores como sustitutos pero que son, no obstante, susceptibles de ser sustituidos entre sí". Por lo tanto, exigir identidad en la frecuencia y naturaleza de las decisiones de compra de los consumidores, como sugiere Filipinas, no explicaría suficientemente la demanda latente de bebidas espirituosas destiladas importadas en el mercado filipino".

Se discute hasta qué punto los *objetivos y efectos (aims and effects)* de la medida que supone una carga desigual influyen significativamente en la "similitud" en el sentido del artículo III:2 frase 1 del GATT (por ejemplo, la protección del medio ambiente en la consideración de las emisiones contaminantes como criterio relevante para la calidad del producto). Si la medida conlleva ventajas significativas para los productos nacionales en términos de su objetivo o tipo de efecto, esto indica un carácter proteccionista. En este sentido, la medida restrictiva del comercio puede considerarse, en el mejor de los casos, favorable a objetivos y efectos no proteccionistas.

En el caso *Estados Unidos - Impuestos sobre los Automóviles*,⁵² el informe del grupo especial (que no fue adoptado) abordaba, entre otras cosas, la imposición de los automóviles especialmente ineficientes desde el punto de vista energético (*impuesto sobre los devoradores de gasolina*) en aras de la conservación de la energía (conservación de los combustibles fósiles). El informe no pudo identificar ningún elemento proteccionista en el objetivo o el efecto del impuesto diferenciado, por lo que utilizó la diferente fiscalidad como criterio de diferenciación adecuado. Por lo tanto, el informe calificó de no "similares" en el sentido del artículo III:2 frase 1 del GATT.

La jurisprudencia reciente critica la consideración de los objetivos y fines como posible criterio de diferenciación en la evaluación de la "similitud" en el contexto del Artículo III:2 frase 1 del GATT. En el asunto *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, el informe del grupo especial advirtió contra el alcance excesivamente amplio que un criterio de diferenciación de este tipo abre a las restricciones de política comercial. Al mismo tiempo, el informe del grupo especial consideró que la distinción entre objetivo y efecto eludía las justificaciones enumeradas en el artículo XX DEL GATT.⁵³

El informe del grupo especial en el asunto México - Refrescos resume la prueba de compatibilidad de una medida con el artículo III:2 frase 2 del GATT de la siguiente manera:⁵⁴

"Hay tres elementos que deben considerarse para determinar si una medida es incompatible

52 Informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Impuestos sobre los automóviles* DS31/R (1994), párrs. 5.24-5.26.

53 Informe del Grupo Especial *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS 8, 10, 11/R (1996), párr. 6.16. Informe del Órgano de Apelación *Acuerdo Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS 8, 10, 11/AB/R (1996), p. 18.

54 Informe del Grupo Especial *México - Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas*, WT/DS308/R (2005), párr. 8.66.

con la segunda frase del párrafo 2 del artículo III: en primer lugar, si los productos importados y los productos nacionales son "productos directamente competidores o sustituibles" que compiten entre sí; en segundo lugar, si los productos importados directamente competidores o sustituibles y los productos nacionales "no están gravados de manera similar"; y en tercer lugar, si la imposición diferente de los productos importados directamente competidores o sustituibles y de los productos nacionales "se aplica... de manera que se proteja la producción nacional".

En el caso del artículo III:2 frase 2 del GATT, la inadmisibilidad del trato desigual depende de las siguientes condiciones:

- La relación de competencia directa o la sustituibilidad de los productos a comparar en vista del mismo uso previsto;
- La reducción significativa de la carga sobre los bienes nacionales y,
- El efecto proteccionista de la carga desigual a favor de los bienes nacionales⁵⁵.

Lo relevante para la comparabilidad (relación de competencia) - idoneidad para el mismo uso (final) (en el sentido de la nota al artículo III:2 del GATT) puede resultar, en particular, de la sustituibilidad precio-elástica.⁵⁶ En el caso de una preferencia objetivamente constatable por el producto nacional debido a la carga desigual, los motivos del trato desigual ya no son relevantes.

A veces, la demarcación entre la frase 1 y la frase 2 del artículo III:2 es bastante sutil. En el caso *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, por ejemplo, el vodka se clasificó como producto similar (en el sentido de la frase 1) en relación con la bebida espirituosa japonesa shochu, mientras que el whisky, el brandy y otras bebidas espirituosas destiladas se clasificaron como productos competidores en el sentido de la frase 2.⁵⁷ Japón había gravado el shochu con un tipo impositivo inferior al de las demás bebidas de alta graduación.

Decisivo para la distinción entre "similitud" en el sentido del artículo III:2 frase 1 GATT y la relación exigida por el Artículo III:2 frase 2 GATT es la proximidad de los productos respectivos desde el punto de vista de la competencia ("relación de competencia") y, por tanto, el grado de sustituibilidad. Tanto los productos totalmente sustituibles como los casi sustituibles están cubiertos por la "similitud" de la frase 1, mientras que los productos con un menor grado de sustituibilidad están cubiertos por la frase 2. Así lo aclaró el Órgano de Apelación en el asunto *Filipinas - Impuestos sobre las bebidas espirituosas destiladas*:⁵⁸

55 Informe del Grupo Especial *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS 8, 10, 11/R (1996), párr. 6.33. El criterio del efecto proteccionista (*de modo que se ofrezca protección*) se encuentra en el Artículo III:1 del GATT (al final).

56 Informe del Órgano de Apelación *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS 8, 10, 11/AB/R (1996), p. 25.

57 Informe del Órgano de Apelación *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, WT/DS 8, 10, 11/AB/R (1996).

58 Informe del Órgano de Apelación, *Philippines-Taxes on Distilled Spirits*, WT/DS403/AB/R (2011).

"Observamos que tanto el análisis de la "similitud" en virtud de la primera frase del artículo III:2 del GATT de 1994, como el análisis de la competitividad directa y la sustituibilidad en virtud de la segunda frase del artículo III:2, requieren la consideración de la relación de competencia entre los productos importados y los nacionales. Sin embargo, "similitud" es una categoría más restringida que "directamente competitivo y sustituible". Por lo tanto, el grado de competencia y sustituibilidad que se exige en virtud de la primera frase del Artículo III:2 debe ser mayor que el de la segunda frase del artículo III:2. (...) En *Corea - Bebidas alcohólicas*, el Órgano de Apelación observó que 'productos similares' son un subconjunto de productos directamente competitivos o sustituibles", de modo que "los productos perfectamente sustituibles están comprendidos en la primera frase del artículo III:2", mientras que "los productos imperfectamente sustituibles pueden evaluarse con arreglo a la segunda frase del artículo III:2".⁵⁹ Consideramos que, con arreglo a la primera frase, los productos que están cerca de ser perfectamente sustituibles pueden ser "productos similares", mientras que los productos que compiten en menor grado entrarían en el ámbito de la segunda frase".⁶⁰

cc) Artículo III:4 GATT. Principio general de igualdad de trato

- 49 De manera exhaustiva, el artículo III:4 prescribe el principio de nacionalidad para las mercancías extranjeras que sean "similares" a las mercancías de origen nacional:

"Las mercancías importadas de territorio de una Parte a territorio de otra Parte no recibirán un trato menos favorable que las mercancías similares de origen nacional en lo que respecta a todas las leyes, reglamentos y otras disposiciones que rijan la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución o el uso dentro del país".

En el contexto del artículo III:4, a la luz de la preocupación general de contrarrestar una distorsión de la competencia en favor de los productos nacionales (artículo III:1), es especialmente importante si este producto nacional y el producto extranjero compiten entre sí en el mismo mercado. Por lo tanto, la relación de competencia directa y la sustituibilidad determinan si el producto nacional y el producto extranjero compiten en el mismo mercado en el Artículo III:4 (a diferencia del artículo III:2 frase 1) determinan esencialmente la "similitud". La jurisprudencia del Órgano de Apelación limita el ámbito de aplicación del artículo III:4 con respecto a la "similitud" de forma más amplia que la infracción del Artículo También incluye los casos de comparabilidad en el sentido del artículo III:2 frase 2, sin ser concluyente a este respecto:

"[...] concluimos que el alcance de "similares" en el artículo III:4 es más amplio que el alcance de "similares" en el Artículo III:2, primera frase. No obstante, observamos [...] que el Artículo III:2 se extiende no sólo a los "productos similares", sino también a los productos "directamente competidores o sustituibles", y que el artículo III:4 se extiende sólo a los "productos similares". A la vista de este lenguaje diferente, y aunque no necesitamos pronunciarnos, y no lo hacemos, sobre el ámbito exacto de productos del artículo III:4, sí concluimos que el ámbito de productos del Artículo III:4, aunque más amplio que la *primera* frase del Artículo III:2, es ciertamente *no* más amplio que el ámbito de productos *combinado* de las *dos* frases del Artículo III:2 del GATT 1994."⁶¹

59 Informe del Órgano de Apelación, *Philippines-Taxes on Distilled Spirits*, WT/DS403/AB/R (2011), párr. 148.

60 Informe del Órgano de Apelación, *Philippines-Taxes on Distilled Spirits*, WT/DS403/AB/R (2011), párr. 148.

61 Informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, WT/DS 135/AB/R (2001), párrafo 99.

En cualquier caso, los casos de "similitud" en el sentido del artículo III:2 frase 1 constituyen el núcleo de la (que debe entenderse de forma más amplia) "similitud" en el sentido del artículo III:4. Así, el Órgano de Apelación se centra principalmente en los cuatro criterios que también son decisivos para el Artículo III:2 frase 1:⁶²

"Observamos que estos cuatro criterios comprenden cuatro categorías de "características" que los productos en cuestión podrían compartir: (i) las propiedades físicas de los productos; (ii) la medida en que los productos son capaces de servir al mismo uso final o a usos finales similares; (iii) la medida en que los consumidores perciben y tratan los productos como medios alternativos de realizar funciones particulares para satisfacer una necesidad o demanda particular; y (iv) la clasificación internacional de los productos a efectos arancelarios."

En el asunto *CE - Amianto*, el Órgano de Apelación dejó claro que los riesgos para la salud arraigados en la estructura física de un producto son un criterio de demarcación pertinente que puede excluir la "igualdad".

El caso se refería a una prohibición de comercialización e importación que Francia había introducido sobre las fibras de amianto y los productos que lo contenían debido a sus propiedades cancerígenas. Canadá argumentó que las fibras de amianto y otras fibras industriales sin amianto (fibras PCG) utilizadas para los mismos fines eran "similares". Este argumento fue rechazado por el Órgano de Apelación, que hizo hincapié en el vínculo existente entre las propiedades cancerígenas y los hábitos de consumo:

"[...] las pruebas relativas a los gustos y hábitos de los consumidores establecerían que los riesgos para la salud asociados a las fibras de amianto crisotilo influyen en el comportamiento de los consumidores con respecto a las diferentes fibras en cuestión. Observamos que, en lo que respecta a *las fibras de amianto crisotilo y PCG*, el consumidor de las fibras es un *fabricante* que incorpora las fibras a otro producto, como los productos a base de cemento o los forros de freno. No deseamos especular sobre lo que habrían indicado las pruebas relativas a estos consumidores; más bien, deseamos destacar que es muy probable que los gustos y hábitos de los consumidores en relación con las fibras, incluso en el caso de las partes comerciales, como los fabricantes, estén determinados por los riesgos para la salud asociados a un producto que se sabe que es altamente cancerígeno. Un fabricante no puede, por ejemplo, ignorar las preferencias del consumidor final de sus productos. Si los riesgos que plantea un producto concreto son lo suficientemente grandes, el consumidor final puede simplemente dejar de comprar ese producto. Esto afectaría, sin duda, a las decisiones de un fabricante en el mercado. Además, en el caso de los productos que plantean riesgos para la salud humana, pensamos que es probable que las decisiones de los fabricantes se vean influidas por otros factores, como la responsabilidad civil potencial que podría derivarse de la comercialización de productos que plantean un riesgo para la salud del consumidor final, o los costes adicionales asociados a los procedimientos de seguridad necesarios para utilizar dichos productos en el proceso de fabricación".⁶³

62 Informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, WT/DS 135/AB/R (2001), párr. 101.

63 Informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, WT/DS 135/AB/R (2001), párrafo 122.

La consideración de la sensibilidad de los consumidores por los aspectos sanitarios afecta a la justificación del Art XX *lit. b*. Sin embargo, la "similitud" se refiere a la relación de competencia entre mercancías y no a la justificación de la restricción comercial unilateral por parte de un miembro de la OMC.⁶⁴

La utilización de las opiniones y hábitos de los consumidores en el marco de un mercado nacional como posible criterio de diferenciación puede otorgar a determinados productos una "ventaja local", siempre que no se trate de una distorsión tangible de la competencia. Esto refleja, en última instancia, la diversidad de las diferentes áreas culturales en las que se inscriben los mercados nacionales.

- 50** La discriminación prohibida (trato menos favorable) depende de si una medida coloca a los productos extranjeros en una situación de desventaja competitiva frente a los productos nacionales en el mercado de referencia y, por lo tanto -como imagen especular-, tiene un efecto protector sobre la producción nacional.⁶⁵ El informe del Órgano de Apelación *Corea - Medidas que afectan a las importaciones de carne de vacuno fresca refrigerada y congelada* se ha exployado sobre un sistema de doble venta para los alimentos nacionales y los importados:

"[...] la medida coreana separa formalmente la venta de carne de vacuno importada y de carne de vacuno nacional. Sin embargo, esa separación formal, *en sí misma*, no obliga necesariamente a concluir que el trato así concedido a la carne de bovino importada sea menos favorable que el concedido a la carne de bovino nacional. Para determinar si el trato otorgado a la carne de bovino importada es menos favorable que el otorgado a la carne de bovino nacional, debemos [...] indagar si el sistema coreano de doble venta al por menor de carne de bovino modifica o no las *condiciones de competencia* en el mercado coreano de la carne de bovino en perjuicio del producto importado"⁶⁶.

La prohibición de discriminación se aplica tanto a las desventajas manifiestas directamente relacionadas con las mercancías extranjeras como al trato desigual indirecto.

Un ejemplo de trato desigual relevante para la competencia es una normativa nacional según la cual las estampillas fiscales deben adherirse a las cajetillas de cigarrillos en el país de origen bajo la supervisión de la administración fiscal nacional; tal medida supone un gasto adicional para los cigarrillos importados y perjudica su comercialización (caso *República Dominicana - Cigarrillos*).⁶⁷

64 Informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, WT/DS 135/AB/R (2001), párr. 115.

65 Informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, WT/DS 135/AB/R (2001), párrafo 100.

66 Informe del Órgano de Apelación *Corea - Medidas que afectan a las importaciones de carne de vacuno fresca refrigerada y congelada*, WT/DS 161/AB/R (2000), párr. 144.

67 Informe del Grupo Especial *República Dominicana - Medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos*, WT/DS 302/R (2004), párrs. 7.195 y ss.

dd) Excepciones a la prohibición de discriminación

51 El artículo III:8 del GATT contiene dos excepciones sectoriales a la prohibición de discriminación del artículo III:

"(a) Este artículo no se aplica a las leyes, reglamentos u otros requisitos que rigen la adquisición de bienes por parte de entidades gubernamentales, siempre que los bienes se adquieran para fines gubernamentales, pero no para su reventa comercial o para la producción de bienes para la venta comercial.

(b) Nada de lo dispuesto en el presente artículo impedirá la concesión de subvenciones a los productores nacionales, incluidas las subvenciones a los productores nacionales derivadas del producto de los impuestos internos u otros gravámenes impuestos de conformidad con las disposiciones del presente artículo, o las subvenciones en forma de compras gubernamentales de bienes nacionales".

El artículo III:8(a) ha cobrado especial importancia en relación con los llamados "requisitos de contenido local" del TRIMS. En el Artículo 2.2 en conjunción con el Anexo, el TRIMS prohíbe tales medidas relacionadas con el comercio de la ley de inversiones que constituyan una violación del artículo III:4 del GATT.⁶⁸ En *Canadá - Energías renovables*, el Órgano de Apelación interpretó la excepción del artículo III:8(a) de forma restrictiva y determinó que el trato preferencial para "fines gubernamentales" debe referirse directamente a bienes nacionales que se encuentren en una relación de competencia con los bienes importados:

"5.63. [...] El artículo III:8(a) estipula las condiciones en las que tiene lugar la derogación de las obligaciones del Artículo III. La derogación del artículo III:8(a) sólo es pertinente si existe un trato discriminatorio de los productos extranjeros que están cubiertos por las obligaciones del artículo III, y este trato discriminatorio resulta de leyes, reglamentos o requisitos que rigen la contratación por parte de organismos gubernamentales de los productos adquiridos. Tanto las obligaciones del artículo III como la derogación del artículo III:8(a) se refieren al trato discriminatorio de los productos. Dado que el artículo III:8(a) es una derogación de las obligaciones contenidas en otros párrafos del artículo III, consideramos que el mismo trato discriminatorio debe considerarse tanto con respecto a las obligaciones del Artículo III como con respecto a la derogación del artículo III:8(a). En consecuencia, el alcance de los términos "productos adquiridos" del artículo III:8(a) está informado por el alcance de los "productos" a los que se hace referencia en las obligaciones establecidas en otros párrafos del artículo III. Por lo tanto, el artículo III:8(a) se refiere, en primer lugar, al producto que es objeto de la discriminación. La cobertura del artículo III:8 se extiende no sólo a los productos idénticos al producto que se compra, sino también a los productos "similares". De acuerdo con la Nota Ad del artículo III:2, también se extiende a los productos que son directamente competidores o sustituibles con el producto comprado en virtud de la medida impugnada. Por comodidad, esta gama de productos puede describirse como productos que están en relación de competencia".

En consecuencia, el artículo III:8(a) no puede justificar la discriminación contra productos que no compiten directamente con productos privilegiados por un "fin estatal". Esto se aplica, por

⁶⁸ Véase más abajo § 10, párrafo 10, y § 10, párrafo 28.

ejemplo, a la relación entre la electricidad procedente de fuentes renovables y los generadores de electricidad favorecidos con componentes nacionales. Esto se debe a que existen mercados diferentes para la electricidad y los componentes de los generadores de electricidad.⁶⁹

En la medida en que el Estado no utiliza él mismo el producto nacional favorecido (como la electricidad verde), sino que lo revende en condiciones de mercado, no existe ningún vínculo que lo justifique con los "finés estatales".

A este respecto, el Órgano de Apelación llegó a la conclusión de que la compra de energía renovable ("verde") por parte de la provincia de Ontario en virtud de una "tarifa de alimentación" especialmente favorable a los proveedores (FIT), que a su vez estaba vinculada a un "requisito de contenido local" (LCR) de hasta el 60 %, no servía a un propósito estatal directo, ya que la provincia de Ontario seguía revendiendo la electricidad que había comprado con un beneficio. Con respecto al LCR en particular, el Órgano de Apelación concluyó que se había producido una violación del GATT y, por tanto, de las MIC, pero no con respecto al FIT como tal, ya que el mercado de la alimentación de electricidad a partir de "energías verdes" siempre está limitado localmente y, por tanto, no compite con proveedores extranjeros, pero el mercado de los componentes que deben cumplir el LCR sí lo está.

En el caso *India - Determinadas medidas relativas a las células solares y los módulos solares*, India también invocó sin éxito el artículo III:8(a) del GATT para justificar disposiciones de "contenido local" para las células solares y los módulos solares. III:8(a) del GATT.⁷⁰

Las excepciones generales del artículo XX del GATT (en particular según *lit. b y g*).

c) El desmantelamiento de los derechos de aduana y de las barreras comerciales no arancelarias

- 52** El trato de nación más favorecida y la no discriminación sirven para garantizar la igualdad de oportunidades competitivas en el acceso al mercado. En cambio, otros principios rectores se ocupan directamente de la liberalización global del comercio económico mediante la eliminación o reducción de las barreras comerciales.
- 53** El principio de limitar las medidas de defensa comercial a los aranceles (exclusión de las barreras comerciales no arancelarias, *Tariffs only* máxima) combinado con el desmantelamiento progresivo de los aranceles sirve a la eliminación general de las barreras comerciales.

⁶⁹ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Determinadas medidas que afectan al sector de generación de energía renovable*, WT/DS412/AB/R (2013), WT/DS426/AB/R (2013), párrs. 5.54 y ss.

⁷⁰ Informe del Grupo Especial *India - Determinadas medidas relativas a las células solares y los módulos solares*, WT/DS456/R (2016), párrs. 7.100 y ss. el Informe del Órgano de Apelación, WT/DS456/AB/R (2016), párrs. 5.22 y ¶, 5.40 y ss.

aa) Eliminación de los derechos de aduana

Las primeras rondas comerciales en el marco del GATT se centraron principalmente en las reducciones arancelarias. Los resultados de las negociaciones se reflejaron en las llamadas listas de concesiones, que, según el artículo II:7, forman parte de la Parte I del GATT. Las concesiones realizadas en las listas individuales de una parte contratante con respecto a los derechos de aduana y otras cargas relacionadas con la importación son de vital importancia para el acceso al mercado (Artículo II:1 *lit.* b). Los derechos de aduana previstos para mercancías individuales constituyen límites máximos ("*aranceles consolidados*"). En la práctica, los límites máximos arancelarios no suelen utilizarse y muy a menudo se subcotizan masivamente.

La denominada nomenclatura abarca todos los grupos de productos posibles para la clasificación aduanera con clasificaciones muy complejas. Esta clasificación se basa en el "sistema armonizado" de la Unión Aduanera Mundial.

*La Declaración Ministerial sobre el Comercio de Productos de Tecnología de la Información (Acuerdo sobre Tecnología de la Información) de 1996*⁷¹ prevé una amplia exención de derechos para determinados productos de tecnología de la información.

bb) Eliminación de las barreras no arancelarias al comercio

54 En el marco del GATT, las barreras no arancelarias al comercio se consideran obstáculos sospechosos que deben evitarse. Las barreras no arancelarias al comercio incluyen las restricciones que no consisten en un arancel aduanero o una exacción equivalente a un derecho de aduana. Se trata, por ejemplo, de restricciones cuantitativas, subvenciones, normas técnicas o procedimientos aduaneros hostiles. Con el creciente desmantelamiento de los aranceles, la tentación de utilizar medidas no arancelarias como instrumentos proteccionistas es cada vez mayor en muchos países, aunque muchas barreras no arancelarias no sirvan a ningún propósito de política económica (como las normas técnicas de los vehículos de motor para la seguridad vial y la protección del medio ambiente).

55 Detrás del rechazo de las barreras no arancelarias al comercio está la constatación de que los derechos de aduana (y las cargas relacionadas con las aduanas) son más fáciles de entender, controlar y comparar que otras barreras comerciales. Esto facilita las negociaciones multilaterales sobre la reducción de aranceles y derechos de aduana.

El Acuerdo sobre la Agricultura (artículo 4.2 del Acuerdo sobre la Agricultura) contiene una obligación especial de convertir las restricciones no arancelarias de acceso a los mercados en aranceles ("*arancelización*"),

71 WT/MIN (96) /16.

cc) Prohibición de restricciones comerciales relacionadas con la importación o la exportación

- 56 Aunque las barreras comerciales no arancelarias son indeseables, el GATT no las prohíbe por completo. Las restricciones cuantitativas y otras restricciones vinculadas específicamente a las importaciones o a las exportaciones están sujetas a una prohibición fundamental (Artículo XI). Además, la prohibición de la discriminación del artículo III contrarresta las barreras no arancelarias al comercio con la exigencia de igualdad de trato de las mercancías importadas y nacionales.

La disposición del artículo XI:1 prohíbe ampliamente las restricciones cuantitativas a la importación y a la exportación:

"Con excepción de los derechos de aduana, impuestos y otros cargos, una Parte no mantendrá ni impondrá prohibiciones o restricciones, ya sea en forma de cuotas, licencias de importación y exportación u otras medidas, a la importación de un bien de territorio de otra Parte o a la exportación de un bien o a su venta para exportación a territorio de otra Parte."

Más recientemente, las restricciones comerciales relacionadas con la importación y la exportación han adquirido una nueva dimensión como instrumento de geopolítica y de control de gran alcance de los flujos comerciales. Esto se aplica, por ejemplo, a las restricciones estadounidenses a la importación de acero y aluminio (*US - Steel and Aluminium*⁷²). Las restricciones a la exportación también han adquirido recientemente una importancia desconocida hasta ahora, por ejemplo a través de las restricciones a la exportación de materias primas de importancia estratégica (*China - Varias materias primas*⁷³; *China - Tierras raras, tungsteno y molibdeno*⁷⁴) y de productos de alta tecnología (EE.UU. - *Semiconductores*).⁷⁵

Las medidas relacionadas con la importación se consideran restricciones en el sentido del artículo XI:1 del GATT si, de acuerdo con su estructura concreta y su diseño práctico, impiden el acceso al mercado, aumentan significativamente los costes de transacción o tienen un efecto disuasorio sobre las importaciones debido a la inseguridad jurídica (por ejemplo, en el caso de reservas de autorización indefinidas o de una práctica administrativa impredecible). El informe del grupo especial en el asunto *Colombia - Puertos de entrada* expresaba esta opinión:

"[...] varios grupos especiales del GATT y de la OMC han reconocido la aplicabilidad del artículo XI:1 a las medidas que crean incertidumbres y afectan a los planes de inversión, restringen el acceso al mercado de las importaciones o hacen que la importación sea prohibitivamente

72 Informe del grupo especial *Estados Unidos - Determinadas medidas sobre productos de acero y aluminio*, WT/DS544/R (2022).

73 Informe del Grupo Especial *China - Medidas relacionadas con la exportación de diversas materias primas*, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R (2011); Informe del Órgano de Apelación WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R (2012).

74 Informe del Grupo Especial *China - Medidas relacionadas con la exportación de tierras raras, tungsteno y molibdeno*, WT/DS431/R, WT/DS432/R, WT/DS433/R (2014); Informe del Órgano de Apelación WT/DS431/AB/R, WT/DS432/AB/R, WT/DS433/AB/R (2014).

75 *Estados Unidos - Medidas sobre determinados semiconductores y otros productos, y servicios y tecnologías relacionados*, WT/DS614.

costosa, todo lo cual tiene repercusiones en la situación competitiva de un importador. Además, parece que las conclusiones en cada uno de estos casos se basaron en el diseño de la medida y su potencial para afectar negativamente a la importación, en contraposición a un análisis autónomo del impacto real de la medida en los flujos comerciales."⁷⁶

- 57** El GATT somete a estrictos controles las restricciones comerciales relacionadas con las importaciones, que sólo dejan margen de maniobra a los miembros de la OMC en el marco de unas normas de justificación estrictas. Por el contrario, los miembros de la OMC tienen, en principio, vía libre cuando se trata de restricciones internas al acceso al mercado y también pueden ampliar las restricciones comerciales internas a las mercancías importadas. En ese caso, sólo deben respetar la prohibición de discriminación del artículo III DEL GATT. Por lo tanto, la distinción entre restricciones comerciales en el sentido del artículo III del GATT (con margen de maniobra en el ámbito de las normas de discriminación), por un lado, y las medidas restrictivas de las importaciones en virtud del artículo XI del GATT (prohibición fundamental), por otro.⁷⁷

La explicación del artículo III del GATT deja claro que la aplicación de medidas internas a los productos importados en el momento de la importación entra en el ámbito del artículo III (y no del artículo XI) del GATT:

"Los impuestos interiores u otras cargas, leyes, reglamentos u otros requisitos del tipo mencionado en el apartado 1 que se apliquen tanto a las mercancías importadas como a las mercancías nacionales similares y que se impongan o apliquen a las mercancías importadas en el momento o lugar de la importación se considerarán, no obstante, impuestos interiores u otras cargas interiores o leyes, reglamentos u otros requisitos en el sentido del apartado 1 y, en consecuencia, estarán sujetos al artículo III."

Según la explicación del artículo III del GATT, esta disposición sólo se refiere a las restricciones comerciales internas relacionadas con el producto⁷⁸ ; por lo tanto, las restricciones relacionadas con el proceso de producción (*métodos de producción y proceso*, PMP) deben evaluarse de acuerdo con la prohibición de restricciones del Artículo XI:1 DEL GATT. Dichas restricciones comerciales relacionadas con la producción son principalmente un vehículo para la protección del medio ambiente (por ejemplo, la protección de especies amenazadas u otros recursos naturales).⁷⁹

Por lo tanto, las restricciones generales a la comercialización de determinados productos no están prohibidas por el GATT. Sin embargo, la prohibición de discriminación del Artículo III:4. se interpone en su camino si no se aplican por igual a los productos nacionales y a los importados.

A diferencia de la legislación de la UE (artículo 34 del TFUE), el GATT no contiene, por tanto, una prohibición general de la restricción del comercio transfronterizo de mercancías, que

⁷⁶ Informe del Grupo Especial *Colombia - Precios indicativos y restricciones en los puertos de entrada*; WT/DS 366/R (2009), párr. 7.240.

⁷⁷ E. Vranes, *The WTO and Regulatory Freedom: WTO Disciplines on Market Access, Non-Discrimination and Domestic Regulation Relating to Trade in Goods and Services*, JIEL 12 (2009), p. 953 y ss.

⁷⁸ Véase § 10, párr. 47 supra.

⁷⁹ Para más detalles, véanse los párrafos 76 y 87.

también exige una justificación especial (a la luz de los intereses generales reconocidos y del principio de proporcionalidad) para las restricciones de comercialización no discriminatorias. En este sentido, el GATT no protege el acceso general al mercado de los productos importados, sino sólo el acceso no discriminatorio. Sin embargo, el Acuerdo MSF (para las medidas de protección de la salud humana, vegetal y animal)⁸⁰ y el Acuerdo OTC proporcionan normas de revisión ampliadas en el sentido de una prohibición general de las restricciones desproporcionadas.⁸¹

Una prohibición no discriminatoria de la comercialización de alcohol por motivos religiosos sería compatible con el GATT y no entraría en el ámbito de aplicación del Acuerdo MSF. Por el contrario, una prohibición del alcohol por motivos sanitarios tendría que medirse con el Acuerdo MSF.

La disposición del XI:1 del GATT abarca no sólo la prohibición de la exportación de materias primas, sino también las medidas que sólo permiten la exportación de materias primas transformadas en el país. Así lo aclaró un grupo especial en el asunto *Indonesia - Materias primas*⁸² :

"7.59. [...] El artículo XI:1 del GATT de 1994 se refiere a medidas sobre la importación de cualquier producto cuando se refiere a las importaciones. Cuando se refiere a las exportaciones, la disposición utiliza una frase similar: "sobre la exportación", pero además añade la cláusula adicional "o la venta para la exportación". A esto hay que darle un significado. El uso de la disyuntiva "o" indica que los dos conceptos, exportación y venta para la exportación, no deben confundirse entre sí. La similitud de la expresión "en la exportación" con "en la importación" indica que es esta frase la que se refiere a las medidas en frontera, mientras que la venta para la exportación se refiere a otra cosa. Como señala la Unión Europea, las ventas para la exportación tendrán lugar a menudo íntegramente en el territorio del Miembro exportador. Aceptar la lectura de Indonesia de que el artículo XI:1 del GATT de 1994 sólo se aplica a las medidas que regulan la acción en la frontera haría, por tanto, inútil la expresión "o venta para la exportación". [...]

7.66. El DPR regula la venta de mineral de níquel y opera para crear una situación en la que no hay mineral de níquel disponible para que los exportadores lo vendan en el extranjero. Los únicos productos disponibles para la exportación son los derivados del níquel, como el ferro níquel, el arrabio de níquel y el níquel mate. El Grupo Especial concluye, por tanto, que el DPR es una medida sobre la venta para la exportación en el sentido del artículo XI:1 del GATT de 1994 y está sujeta a las obligaciones establecidas en el mismo."

80 Véase § 10, 8 más abajo.

81 Véase § 10, 9 más abajo.

82 Informe del Grupo Especial *Indonesia - Medidas relativas a las materias primas*, WT/DS592/6 (2022).

Una "escasez crítica" no sólo existe si hay escasez de un producto o si la demanda supera la producción nacional (primaria), sino que debe tener un impacto drástico en el abastecimiento de la economía o la población⁸³

- 58** La prohibición de las restricciones a la importación y la exportación se rompe con varios reglamentos especiales. En el artículo XI:2 DEL GATT. La prohibición del artículo XI:1 del GATT se extiende en particular según el artículo XI:2 *lit.* a GATT no se extiende a

"prohibiciones o restricciones a la exportación aplicadas temporalmente para prevenir o remediar una escasez crítica de alimentos u otros productos básicos importantes para la Parte exportadora".

Esta excepción adquirió especial importancia en relación con el litigio sobre las restricciones a la exportación impuestas por la República Popular China a determinadas materias primas industriales (*China - Medidas relacionadas con la exportación de diversas materias primas*⁸⁴, *China - Medidas relacionadas con la exportación de tierras raras, tungsteno y molibdeno*⁸⁵) y, posteriormente, también en relación con medidas similares adoptadas por otros países.

La excepción prevista en el artículo XI:2 *lit.* a del GATT sólo se aplica a las restricciones "temporales" y, por tanto, sólo se aplica a una escasez de mercancías de carácter temporal (por ejemplo, debida a una catástrofe natural). La preservación permanente de los recursos naturales agotables y de otros recursos sólo puede reconocerse en virtud del artículo XX *lit.* g del GATT. En resumen, el informe del grupo especial en el asunto *China - Medidas relacionadas con la exportación de diversas materias primas* ha reconocido la excepción prevista en el artículo XI:2 *Li t.* a GATT de forma muy restrictiva:

83 Informe del Grupo Especial *Indonesia - Medidas relativas a las materias primas*, WT/DS592/6 (2022):

"7135. El

término "escasez crítica" fue interpretado por primera vez por el Órgano de Apelación en la diferencia *China - Materias primas*. En ese caso, el Órgano de Apelación se basó en las definiciones del diccionario de escasez y crítico, así como en el contexto proporcionado por otras disposiciones del GATT de 1994 que hacen referencia a la escasez - en particular la referencia a la "escasez de suministro" en el artículo XX(j) - para determinar que una "escasez crítica" en el sentido del artículo XI:2(a) se refiere a "aquellas deficiencias en cantidad que son cruciales, que equivalen a una situación de importancia decisiva, o que alcanzan una etapa de vital importancia o decisiva, o un punto de inflexión", lo que está más estrechamente circunscrito que el tipo de escasez que entraría en el ámbito del Artículo XX(j). Abordar una mera escasez o una situación de escasez no será suficiente para que una medida entre en el ámbito del Artículo XI:2(a), la escasez debe ser crítica. [

7.149. Con respecto al mineral de alta ley, el Grupo Especial señala en primer lugar que, como se ha expuesto anteriormente, una escasez crítica en el sentido del Artículo XI:2(a) no puede ser simplemente una situación de escasez de suministro.

Tampoco puede ser simplemente una situación de necesidad de asegurar cantidades esenciales para que una industria nacional pueda satisfacer la demanda. Una escasez crítica debe tener una importancia decisiva o encontrarse en un punto de inflexión y poder resolverse".

84 Informe del Grupo Especial *China - Medidas relacionadas con la exportación de diversas materias primas*, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R (2011); Informe del Órgano de Apelación WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R (2012).

85 Informe del Grupo Especial *China - Medidas relacionadas con la exportación de tierras raras, tungsteno y molibdeno*, WT/DS431/R, WT/DS432/R, WT/DS433/R (2014); Informe del Órgano de Apelación WT/DS431/AB/R, WT/DS432/AB/R, WT/DS433/AB/R (2014).

"El artículo XI:2(a) permite la aplicación de restricciones o prohibiciones ,temporalmente‘ para hacer frente a ,escaseces críticas‘ de ,productos esenciales‘. El Grupo Especial concluyó que un producto puede ser "esencial" en el sentido del artículo XI:2(a) cuando es "importante" o "necesario" o "indispensable" para un Miembro en particular. Esto puede incluir un producto que sea un insumo para un producto o industria importante. La determinación de si un producto concreto es ,esencial‘ para un Miembro debe tener en cuenta las circunstancias particulares a las que se enfrenta ese Miembro en el momento en el que un Miembro intenta justificar una restricción o prohibición en virtud del Artículo XI:2(a). El Grupo Especial concluyó que el término ,escasez crítica‘ del Artículo XI:2(a) se refiere a situaciones o acontecimientos que son graves o provocan crisis y que pueden aliviarse o prevenirse mediante la aplicación de medidas con carácter ,temporal‘, y no indefinido o permanente".⁸⁶

Otra excepción importante es el Artículo XII. Esta disposición autoriza las restricciones a la importación para proteger la balanza de pagos.

6. Estándares de justificación de las restricciones comerciales en el GATT

Literatura:

L. Bartels, Article XX of GATT and the Problem of Extraterritorial Jurisdiction. El caso de las medidas comerciales para la protección de los derechos humanos, JWT 36 (2002), p. 353 y ss.; *D. Eisenhut*, Sovereignty. National Security and International Treaty Law, AVR 48 (2010), p. 437 y ss.; *M. J. Hahn*, Vital Interests and the Law of GATT: An Analysis of GATT's Security Exception, Michigan Journal of International Law 12 (1991), p. 558 y ss.; *ders.* ¿Equilibrio o flexión? Unilateral Reactions to Safeguard Measures, JWT 39 (2005), p. 301 y ss.; *Y.-S. Lee*, Safeguard Measures in World Trade Law: The Legal Analysis, 2004; *J. Neumann/E. Türk*, Necessity Revisited: Proportionality in World Trade Organisation Law After Korea-Beef, EC-Asbestos and EC-Sardines, JWT 37 (2003), p. 199 y ss.; *S. Mantilla/A. Pehl*, National Security Exceptions in International Trade and Investment Agreements: Justiciability and Standards of Review, 2020.

a) Excepciones generales del artículo XX del GATT: visión general y cuestiones fundamentales

- 59 Además de las excepciones especiales para disposiciones individuales, el GATT contiene una serie de excepciones que se refieren de forma general a las obligaciones contractuales. Las de mayor alcance son las excepciones generales del Artículo XX.
- 60 La disposición del Artículo XX del GATT contiene un catálogo de excepciones (en las que se pueden basar ciertas medidas restrictivas del comercio). Entre ellas se incluyen
- Medidas para proteger la moralidad pública (*lit. a*);
 - Medidas para proteger la vida y la salud de las personas, los animales y las plantas (*lit. b*);

⁸⁶ Informe del Grupo Especial *China - Medidas relacionadas con la exportación de diversas materias primas*, WT/DS394, WT/DS395/R, WT/DS395/R398/R (2011), párr. 7.354; véase también el informe del Órgano de Apelación *China - Medidas relacionadas con la exportación de diversas materias primas*, WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R (2012), párr. 330.

- Medidas para la importación y exportación de oro y plata (*lit. c*);
- Las medidas necesarias para aplicar leyes o reglamentos que no violen el GATT, incluidas las disposiciones sobre la aplicación de la legislación aduanera, sobre el ejercicio de monopolios en virtud del artículo II:4 y del artículo XVII, sobre la protección de patentes, marcas y derechos de autor, y sobre la prevención de prácticas engañosas (*lit. d*);
- Medidas con respecto a los bienes producidos en las prisiones (*lit. e*);
- Medidas para proteger los tesoros nacionales de valor artístico, histórico o arqueológico (*lit. f*) o;
- Medidas de conservación de los recursos naturales agotables, siempre que dichas medidas se apliquen en relación con restricciones a la producción o al consumo nacionales (*lit. g*);
- Medidas para aplicar los compromisos contraídos en virtud de un acuerdo sobre productos básicos (*lit. h*);
- Medidas que tienen como resultado restricciones a la exportación de materias primas nacionales que son necesarias para asegurar las cantidades necesarias de estas materias primas para una rama de la industria nacional de transformación durante un periodo en el que su precio nacional se mantiene por debajo del precio del mercado mundial como parte de un plan estatal de estabilización (*lit. i*);
- Medidas que son esenciales para la adquisición o distribución de bienes de los que existe una escasez general o local (*lit. j*).

En cuanto a la versión lingüística de las excepciones del artículo XX *lit. a, b y d*, hay que tener en cuenta que la versión inglesa (auténtica), por ejemplo, expresa la idea de necesidad de forma mucho más clara que la traducción oficial alemana ("zum Schutze ...") y habla de "medidas necesarias para ...".

61 La justificación de las restricciones comerciales según el catálogo de excepciones del Artículo XX está siempre sujeta a la reserva general ("*chapeau*") de la disposición de excepción

"que las [...] medidas no se apliquen de forma que conduzcan a una discriminación arbitraria e injustificable entre países en los que prevalezcan condiciones similares o a una restricción encubierta del comercio internacional".

62 La posible justificación de las restricciones comerciales en virtud del artículo XX del GATT debe basarse en primer lugar en las excepciones (*lit. a a j*). Las restricciones comerciales que puedan clasificarse dentro de una de las excepciones son, por lo general, susceptibles de justificación. Debe existir una relación suficiente entre la finalidad protectora que las justifica y la necesidad de la medida.⁸⁷

63 Como subrayó el Órgano de Apelación en el "caso de *los camarones/tortugas* " (*Estados Unidos - Prohibición de la importación de determinados camarones y productos del camarón*), el encabezado del Artículo XX es, en última instancia, una expresión del principio de buena fe y de la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos. Las condiciones que contiene para la justificación de las restricciones comerciales pretenden garantizar un equilibrio entre las obligaciones contractuales y sus excepciones en caso de conflicto de intereses comerciales. La justificación sólo puede denegarse en el sentido de la reserva general para excepciones del Artículo XX, la justificación sólo puede negarse si la medida respectiva se basa en un concepto discriminatorio o se aplica de forma abusiva o arbitraria (incluidos los procedimientos desproporcionados):

"El encabezado del artículo XX no es, de hecho, más que una expresión del principio de buena fe. Este principio, a la vez principio general del derecho y principio general del derecho internacional, controla el ejercicio de los derechos por parte de los Estados. Una aplicación de este principio general, la aplicación ampliamente conocida como la doctrina de *abus de droit*, prohíbe el ejercicio abusivo de los derechos de un Estado y ordena que siempre que la afirmación de un derecho incida en el ámbito cubierto por [una] obligación convencional, debe ejercerse de buena fe, es decir, "razonablemente". [...] Un ejercicio abusivo por parte de un Miembro de su propio derecho convencional tiene como consecuencia, por tanto, una violación de los derechos convencionales de los demás Miembros y, asimismo, una violación de la obligación convencional del Miembro que actúa de ese modo. Dicho esto, nuestra tarea aquí es interpretar el lenguaje del encabezamiento, buscando orientación interpretativa adicional, según proceda, a partir de los principios generales del derecho internacional. La tarea de interpretar y aplicar el preámbulo es, por lo tanto, esencialmente la delicada tarea de localizar y marcar una línea de equilibrio entre el derecho de un Miembro a invocar una excepción en virtud del artículo XX y los derechos de los demás Miembros en virtud de diversas disposiciones sustantivas (por ejemplo, el artículo XI) del GATT de 1994, de modo que ninguno de los derechos en compe-

87 Informe del Órgano de Apelación, *Comunidades Europeas - Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de la foca*, WT/DS 400/AB/R, WT/DS 401/AB/R (2014), párr. 5.169: "Como establece la jurisprudencia de la OMC, la evaluación de una alegación de justificación en virtud del artículo XX implica un análisis en dos niveles en el que una medida debe justificarse primero provisionalmente en virtud de uno de los apartados del artículo XX, antes de ser evaluada posteriormente en virtud del encabezamiento del artículo XX. [...] Como ha declarado el Órgano de Apelación, la justificación provisional con arreglo a uno de los apartados requiere que una medida impugnada "aborde el interés particular especificado en ese apartado" y que "exista un nexo suficiente entre la medida y el interés protegido". [...] En el contexto del Artículo XX(a), esto significa que un Miembro que desee justificar su medida debe demostrar que ha adoptado o aplicado una medida "para proteger la moral pública", y que la medida es "necesaria" para proteger dicha moral pública. [...] Como ha explicado el Órgano de Apelación, el análisis de la necesidad implica un proceso de "sopesar y equilibrar" una serie de factores, entre los que se incluyen la importancia del objetivo, la contribución de la medida a ese objetivo y el carácter restrictivo de la medida desde el punto de vista del comercio. [...] El Órgano de Apelación ha explicado además que, en la mayoría de los casos, debe realizarse a continuación una comparación entre la medida impugnada y las posibles alternativas. [...] La carga de la prueba de que una medida es "necesaria para proteger la moral pública" en el sentido del apartado a) del artículo XX recae en la parte demandada, aunque la parte reclamante debe identificar las medidas alternativas que, en su opinión, debería haber adoptado la parte demandada. [...]"

tencia anule al otro, distorsionando y anulando o perjudicando así el equilibrio de derechos y obligaciones construido por los propios Miembros en ese Acuerdo. La ubicación de la línea de equilibrio, tal como se expresa en el encabezamiento, no es fija e inmutable; la línea se mueve a medida que varían el tipo y la forma de las medidas en juego y a medida que difieren los hechos que configuran los casos concretos".⁸⁸

- 64** Tal abuso puede residir, en particular, en la aplicación completamente rígida de las normas nacionales o en el rechazo de los esfuerzos de negociación con el objetivo de lograr un justo equilibrio de intereses.⁸⁹ El trato desigual entre mercancías o productores nacionales y extranjeros en el caso de medidas para proteger intereses reconocidos (por ejemplo, por razones de carga administrativa) debe medirse en relación con la cuestión de si existen alternativas razonables y menos intrusivas para evitar o reducir el trato desigual.⁹⁰ Sin embargo, incluso en el caso de restricciones no discriminatorias al comercio, las justificaciones en virtud del Artículo XX del GATT deben medirse en función del principio de proporcionalidad.
- 65** De fundamental importancia para la concreción de las excepciones del artículo XX del GATT para las restricciones comerciales no relacionadas con un producto en sí es la decisión del Órgano de Apelación en el caso *Camarón/Tortuga- (Estados Unidos - Prohibición de importación de determinados camarones y productos del camarón)*.⁹¹

El caso se refería a una disputa entre varios países asiáticos y EEUU sobre las prohibiciones estadounidenses a la importación de gambas (y productos derivados) que utilizan métodos de pesca desaprobados por EEUU. La desaprobación de los métodos de pesca y las restricciones a la importación asociadas estaban relacionadas con la puesta en peligro de las tortugas marinas durante la pesca del camarón.

- 66** En este caso, la restricción comercial no iba dirigida contra un producto como tal, sino contra el proceso de producción (original). Se trata de un vínculo con los llamados "PMP" (*métodos de producción y proceso*). Estas restricciones comerciales relacionadas con la producción sirven, en particular, para proteger el medio ambiente (por ejemplo, la protección de especies en peligro u otros recursos naturales). Esto implica regularmente la protección (también) extraterritorial de ciertos bienes que se encuentran en otro Estado, están en alta mar o pertenecen a los llamados "bienes comunes" (por ejemplo, la atmósfera terrestre). Esta dimensión extraterritorial de la protección de los intereses jurídicos plantea problemas difíciles a la hora de justificar las restricciones comerciales, especialmente en aras de la protección del medio ambiente. Estas restricciones comerciales para hacer cumplir las normas relacionadas con la producción son especialmente controvertidas. Ello se debe a que agravan las desventajas competitivas de los países en desarrollo debido a los costes asociados. Las resoluciones anteriores de los grupos especiales en el marco del GATT adoptaron una postura distanciada sobre la posible justifica-

88 Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Prohibición de la importación de determinados camarones y productos del camarón*, WT/DS 58/AB/R (1998), ILM 38 (1999), p. 118, párrs. 158 f.

89 Así, sobre las medidas en interés de la protección de las especies amenazadas Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, WT/DS 58/AB/R (1998), ILM 38 (1999), p. 118, párrs. 166 y ss.

90 Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Normas para la gasolina reformulada y convencional*, WT/DS 2/AB/R (1996).

91 Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Prohibición de la importación de determinados camarones y productos del camarón*, WT/DS 58/AB/R (1998), ILM 38 (1999), p. 118 y ss.

ción de tales restricciones comerciales al servicio de la protección medioambiental perseguida con medidas extraterritorialmente eficaces.⁹² Tras el informe del grupo especial en el segundo "caso del atún " (*Estados Unidos - Restricciones a las importaciones de atún II*)⁹³, el Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón* se apartó de esta postura. En consecuencia, las restricciones a la importación relativas a los métodos de producción también pueden considerarse, en principio, medidas para la conservación de los recursos naturales agotables en el sentido del artículo XX *lit. g*.⁹⁴ Esta sentencia supone el reconocimiento de una posible justificación de las restricciones comerciales para el cumplimiento de las normas medioambientales. Esto hace que la barrera del "chapeau" del artículo XX DEL GATT.

b) Medidas para proteger la moralidad pública (artículo XX *lit. a* GATT)

67 Los diputados disponen de un margen de maniobra muy amplio a la hora de definir el concepto de "moral pública" (*public morals*). Esto se debe a que su contenido se caracteriza por una serie de factores espaciales y temporales, como los valores sociales, culturales, éticos y religiosos imperantes. En este sentido, el informe del grupo especial en el caso *US-Gambling*⁹⁵ interpretó la disposición correspondiente del AGCS (artículo XIV *lit. a*). Del mismo modo, el Órgano de Apelación en el caso *China - Medidas que afectan a los derechos comerciales y a los servicios de distribución de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de entretenimiento* interpretó el término "moralidad pública" en el sentido del artículo XX *lit. a* del GATT:

"Observamos que el grupo especial y el Órgano de Apelación en *US - Gambling* examinaron el significado del término 'moral pública' tal como se utiliza en el artículo XIV(a) del GATS, que es la disposición del GATS correspondiente al Artículo XX(a). El grupo especial en *US - Gambling*, en una interpretación no cuestionada por el Órgano de Apelación, consideró que "el término 'moral pública' denota normas de conducta correcta e incorrecta mantenidas por o en nombre de una comunidad o nación". El grupo especial señaló a continuación que "el contenido de estos conceptos para los Miembros puede variar en el tiempo y en el espacio, dependiendo de una serie de factores, incluidos los valores sociales, culturales, éticos y religiosos imperantes". El grupo especial continuó señalando que los Miembros, al aplicar éste y otros conceptos sociales similares, "deberían tener cierto margen para definir y aplicar por sí mismos los conceptos de 'moral pública' [...] en sus respectivos territorios, de acuerdo con sus propios sistemas y escalas de valores". Puesto que el artículo XX(a) utiliza el mismo concepto que el artículo XIV(a), y puesto que no vemos ninguna razón para apartarnos de la interpretación de 'moral pública' desarrollada por el grupo especial en *US - Gambling*, adoptamos la misma interpretación a efectos de nuestro análisis del artículo XX(a)".⁹⁶

92 Véase, por ejemplo, el informe del Grupo Especial en el primer *caso del atún*, *Estados Unidos - Restricciones a las importaciones de atún I*, DS 21/R-39S/155 (1991), ILM 30 (1991), p. 1594, párrs. 5.24 y ss.

93 Informe del Grupo Especial en el Segundo *Caso del Atún*, *Estados Unidos - Restricciones a las importaciones de atún II*, DS 29/R (1994), ILM 33 (1994), p. 839, párr. 5.20.

94 Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Prohibición de la importación de determinados camarones y productos del camarón*, WT/DS 58/AB/R (1998), ILM 38 (1999), p. 118, párrs. 121 y ss., 141.

95 Informe del Órgano de Apelación *EE.UU. - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, WT/DS 285/AB/R (2005), párrs. 6.461, 6.465.

96 ILM 49 (2010), p. 519 y ss.; Informe del Grupo Especial *China - Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de entretenimiento*, WT/

68 La invocación de la "moralidad pública" también abarca las medidas de bienestar animal. Así lo ilustra el caso *CE - Productos derivados de la foca*.⁹⁷ El caso se refería a las restricciones a la importación y comercialización de productos derivados de la foca, que la Unión Europea había promulgado para proteger la cruel matanza de focas (con ciertas excepciones, como la caza tradicional por parte de grupos indígenas). El Órgano de Apelación rechazó la objeción de Canadá de que la Unión Europea no adopta medidas comparables contra el sufrimiento animal en otros ámbitos como el sacrificio de ganado y la caza. A este respecto, el Órgano de Apelación no estableció ningún requisito estricto para la consecución coherente del interés protegido:

"El Grupo Especial también se refirió al razonamiento desarrollado por el Grupo Especial en *US - Gambling* en el sentido de que el contenido de la moral pública puede caracterizarse por un cierto grado de variación y que, por esta razón, debe darse a los Miembros cierto margen para definir y aplicar por sí mismos el concepto de moral pública de acuerdo con sus propios sistemas y escalas de valores. [...] Observamos que el grupo especial en *US - Gambling* subrayó que los Miembros tienen derecho a determinar el nivel de protección que consideren apropiado, lo que sugiere que los Miembros pueden establecer diferentes niveles de protección incluso cuando respondan a intereses similares de preocupación moral. Incluso si Canadá tuviera razón en que la Unión Europea tiene las mismas preocupaciones morales en relación con el bienestar de las focas y el bienestar de otros animales, y debe reconocer el mismo nivel de riesgo para el bienestar animal en la caza de focas que en sus mataderos y en la caza de animales salvajes terrestres, no consideramos que la Unión Europea estuviera obligada por el Artículo XX(a), como sugiere Canadá, a abordar esas preocupaciones morales públicas de la misma manera".⁹⁸

La renuncia a requisitos estrictos de coherencia tiene sentido, porque las razones de "moralidad pública" tienen muy a menudo un contenido selectivo debido a su carácter sociocultural, que no está sujeto a una racionalidad uniforme.

En el asunto *CE - Productos derivados de la foca*, el Órgano de Apelación resumió la jurisprudencia sobre la proporcionalidad requerida de las medidas para proteger los intereses enumerados en el Artículo XXX DEL GATT:

"Recordamos la opinión del Órgano de Apelación de que el ejercicio de ponderación y equilibrio en el marco del análisis de la necesidad contempla una determinación sobre "si existe una medida alternativa compatible con la OMC que el Miembro afectado podría ,razonablemente emplear', o si una medida menos incompatible con la OMC está ,razonablemente disponible". [...] Se puede considerar que una medida alternativa no está razonablemente disponible cuando es "de naturaleza meramente teórica, por ejemplo, cuando el Miembro demandado no es capaz de adoptarla, o cuando la medida impone una carga indebida a ese Miembro, como costes prohibitivos o dificultades técnicas sustanciales." [...] Además, para que pueda calificarse de "auténtica alternativa", la medida propuesta no sólo debe ser menos restrictiva para el comercio que la medida original en cuestión, sino que también debe "preservar para el Miembro deman-

DS363/R (2009), párr. 7.759.

⁹⁷Informe del Grupo Especial *Comunidades Europeas - Medidas de prohibición de la importación y comercialización de productos derivados de la foca*, WT/DS 400/R, WT/DS 401/R (2013); Informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas - Medidas de prohibición de la importación y comercialización de productos derivados de la foca*, WT/DS 400/AB/R, WT/DS 401/AB/R (2014).

⁹⁸ Informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas - Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de la foca*, WT/DS 400/AB/R, WT/DS 401/AB/R (2014), párrafo 5.200.

dato su derecho a alcanzar su nivel deseado de protección con respecto al objetivo perseguido." [...] El Miembro reclamante soporta la carga de identificar las posibles alternativas a la medida en cuestión que el Miembro demandado podría haber adoptado [...]."⁹⁹

- 69** Es obvio que la invocación de la *moral pública* también puede justificar restricciones comerciales (relacionadas con la producción), por ejemplo, en el uso de mano de obra infantil o juvenil. Sin embargo, falta aquí una especificación clarificadora de los órganos de resolución de conflictos.
- 70** En el caso *Colombia - Textiles*, el Órgano de Apelación reconoció que la lucha contra la importación de productos textiles con precios artificialmente bajos con fines de blanqueo de dinero puede justificar la invocación de la "moral pública".¹⁰⁰ En este caso, la protección de la moral pública interfiere con la aplicación de las normas jurídicas en virtud del artículo XX(d) del GATT.¹⁰¹ En el caso concreto, sin embargo, el Órgano de Apelación no vio una relación adecuada entre la protección de la moral pública y los derechos de importación impuestos, ya que Colombia no pudo demostrar la influencia de los derechos en la prevención del blanqueo de dinero.¹⁰²
- 71** En el asunto *EE.UU. - Medidas arancelarias*, EE.UU. había impuesto aranceles punitivos a determinados productos procedentes de China que no cumplieran el artículo I:1 y artículo II:1 del GATT invocando la "moral pública estadounidense" en el sentido del Artículo XX *lit.* a del GATT. Para justificarlo, EE.UU. aludió a prácticas comerciales desleales como el espionaje industrial, la violación de la propiedad intelectual y la extorsión, que violaban las leyes estadounidenses. Estas prohibiciones legales eran a su vez expresión de "conceptos nacionales de lo correcto y lo incorrecto". El informe del grupo especial se muestra inicialmente abierto al planteamiento argumentativo de EE.UU.:

"[...] [E]l Grupo concluye que las "normas del bien y del mal" invocadas por Estados Unidos (incluidas las normas contra el robo, la apropiación indebida y la competencia desleal) podrían, al menos a nivel conceptual, estar cubiertas por el término "moral pública" en el sentido del artículo XX(a) del GATT de 1994".¹⁰³

Al final, sin embargo, el argumento de EE.UU. fracasó debido al requisito de la necesidad de los aranceles en el sentido del artículo XX *lit.* a del GATT. Esto se debe a que el grupo especial fue incapaz de reconocer un vínculo suficiente entre los aranceles punitivos sobre los productos chinos específicos cubiertos por ellos y la salvaguardia de la moral pública tal y como la define EE.UU.¹⁰⁴

99 Informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas - Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de la foca*, WT/DS 400/AB/R, WT/DS 401/AB/R (2014), párr. 5.261.

100 Informe del Órgano de Apelación *Colombia - Medidas relativas a la importación de textiles, prendas de vestir y calzado*, WT/DS461/AB/R (2016), párrs. 5.85 y ss.

101 Informe del Órgano de Apelación *Colombia - Medidas relativas a la importación de textiles, prendas de vestir y calzado*, WT/DS461/AB/R (2016), párrs. 5.126 y ss.

102 Informe del Órgano de Apelación, *Colombia - Medidas relativas a la importación de textiles, prendas de vestir y calzado*, WT/DS461/AB/R (2016), párrs. 5.116 f. y 5.149 f.

103 Informe del Grupo Especial *EE.UU. - Medidas arancelarias sobre determinadas mercancías procedentes de China*, WT/DS543/R (2020), párr. 7.140.

104 Informe del Grupo Especial *EE.UU. - Medidas arancelarias sobre determinadas mercancías procedentes de China*, WT/DS543/R (2020), párrs. 7.157 y ss.

c) Medidas para proteger la vida y la salud de las personas, de los animales y los vegetales (artículo XX *lit. b* GATT)

- 72 La excepción de las "medidas para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales" (artículo XX *lit. b*) permite las prohibiciones de importación y otras restricciones comerciales vinculadas a las propiedades peligrosas para la salud de un producto. Esto puede servir de base, por ejemplo, para establecer normas sobre la gasolina comercializable en aras del control de la contaminación atmosférica¹⁰⁵ o prohibiciones de importación y comercialización de sustancias nocivas para la salud, como los productos con amianto.¹⁰⁶

No está claro si un Estado también puede invocar el artículo XX *lit. b* también puede invocarse para proteger la vida y la salud en el país de origen de una mercancía. El contenido extraterritorial de la disposición paralela sobre la protección de los recursos naturales agotables (artículo XX *lit. g*)¹⁰⁷ aboga por una interpretación en este sentido amplio, al menos en la medida en que se refiere a la aplicación de normas universales de derechos humanos (como la prohibición del trabajo infantil o de otras condiciones laborales inhumanas).

- 73 La disposición de exención del artículo XX *lit. b* plantea problemas particulares en los casos en los que existen diferentes filosofías reguladoras sobre cómo tratar los riesgos reales o supuestos cuando se utilizan tecnologías controvertidas. Existe un especial potencial de conflicto entre los diferentes enfoques en la evaluación de los posibles escenarios de daño en el caso de procesos causales empíricamente inciertos. El Acuerdo MSF contiene normas de justificación para las medidas sanitarias y fitosanitarias, cuyo cumplimiento también garantiza la compatibilidad con el GATT (en particular con el artículo XX *lit. b*).¹⁰⁸ El Acuerdo OTC contiene normas especiales para los reglamentos técnicos restrictivos del comercio. En lo que respecta a la protección de la salud y la seguridad humanas, la vida y la salud animal y vegetal, el Acuerdo OTC está estrechamente relacionado con el artículo XX *lit. b* del GATT.¹⁰⁹ El GATT y estos dos acuerdos multilaterales complementarios dejan un margen considerable para la gestión preventiva de los riesgos, pero vinculan la aplicación del principio de precaución a normas objetivables a la luz de conocimientos científicos falsificables.

En el caso de las medidas de protección de la salud, un miembro puede invocar el artículo XX *lit. b*, sin que sea necesario cuantificar el riesgo con más detalle (por ejemplo, en relación con la duración de la exposición a un producto peligroso para la salud).¹¹⁰ El nivel deseado de protección de la salud - en el caso de un vínculo causal fiable - queda a discreción del miembro respectivo de la OMC.¹¹¹

105 Véase el informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Normas para la gasolina reformulada y convencional*, WT/DS 2/AB/R (1996), párrs. 155 y ss.

106 Informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, WT/DS 135/AB/R (2001).

107 Véase § 10, 6. e) más abajo.

108 Véase § 10, 8 más abajo.

109 Véase § 10, 9 más abajo.

110 Informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, WT/DS 135/AB/R (2001), párr. 167.

111 Informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, WT/DS 135/AB/R (2001), párr. 168: "[...] los miembros de la OMC tienen derecho a determinar el nivel de protección de la salud que consideren adecuado en una situación dada".

d) Medidas para hacer cumplir determinadas disposiciones legales (artículo XX *lit. d* GATT)

- 74 La disposición del artículo XX *lit. d* del GATT autoriza las medidas necesarias para la aplicación de "leyes u otros reglamentos" conformes con el GATT (como los reglamentos aduaneros y fiscales y las normas del derecho de patentes). En el asunto *India - Determinadas medidas relativas a las células solares y los módulos solares*, el informe del Órgano de Apelación -en relación con un programa gubernamental de fomento de las energías renovables- aclaró que la determinación de si una norma entra dentro del término "leyes y reglamentos" requiere una evaluación global:

"[A]l determinar si una parte demandada ha identificado una norma que entra en el ámbito de las 'leyes o reglamentos' con arreglo al artículo XX(d) del GATT de 1994, un grupo especial debe evaluar y tener debidamente en cuenta todas las características del instrumento o instrumentos pertinentes y debe evitar centrarse exclusiva o indebidamente en una sola característica. En particular, puede ser pertinente que un grupo especial considere, entre otras cosas: i) el grado de normatividad del instrumento y la medida en que el instrumento opera para establecer una norma de conducta o curso de acción que debe observarse dentro del sistema jurídico interno de un Miembro; ii) el grado de especificidad de la norma pertinente; iii) si la norma es jurídicamente exigible, incluso, e. g. ante un tribunal de justicia; iv) si la norma ha sido adoptada o reconocida por una autoridad competente que posea las facultades necesarias con arreglo al ordenamiento jurídico interno de un Miembro; v) la forma y el título dados a cualquier instrumento o instrumentos que contengan la norma con arreglo al ordenamiento jurídico interno de un Miembro; y vi) las penas o sanciones que puedan acompañar a la norma pertinente."¹¹²

Esto suele implicar obligaciones específicas. La aplicación obligatoria es un indicio importante, pero no una condición necesaria para la aplicabilidad del artículo XX *lit. d* GATT.

Esto implica una evaluación en dos fases, que se basa en la finalidad prevista de la medida (el cumplimiento de la normativa conforme al GATT) y en la proporcionalidad.¹¹³ La prueba de proporcionalidad que debe realizarse deja a los miembros un cierto margen de maniobra en su evaluación, ya que la calificación de una medida como "necesaria" requiere un complejo equilibrio de intereses.

"[...] implica en cada caso un proceso de ponderación y equilibrio de una serie de factores entre los que destacan la contribución de la medida de cumplimiento a la aplicación de la ley o reglamento en cuestión, la importancia de los intereses o valores comunes protegidos por dicha ley o reglamento y el impacto concomitante de la ley o reglamento sobre las importaciones o exportaciones."¹¹⁴

112 Informe del Órgano de Apelación, *India - Determinadas medidas relativas a las células solares y los módulos solares*, WT/DS456/AB/R (2016), párr. 5.113.

113 Informe del Órgano de Apelación *Corea - Medidas que afectan a las importaciones de carne de vacuno fresca, refrigerada y congelada*, WT/DS 161/AB/R (2000), párr. 157.

114 Informe del Órgano de Apelación *Corea - Medidas que afectan a las importaciones de carne de vacuno fresca, refrigerada y congelada*, WT/DS 161/AB/R (2000), párr. 164.

- 75 Las alternativas más favorables desempeñan un papel importante en la prueba de proporcionalidad que debe realizarse. En el asunto *República Dominicana - Venta interna de cigarrillos*, el Órgano de Apelación, confirmando al tribunal inferior, calificó de innecesaria la normativa de la República Dominicana, según la cual las cajetillas de cigarrillos deben llevar una estampilla fiscal en Alemania. Se refirió a la alternativa de que las estampillas fiscales se adhieran durante el proceso de producción antes de la importación.¹¹⁵

En principio, cuanto más importante sea el interés jurídico a proteger, más fácil será justificar las restricciones comerciales:

"Nos parece que un intérprete de tratados que evalúe una medida que se afirma necesaria para asegurar el cumplimiento de una ley o reglamento compatible con la OMC puede, en los casos apropiados, tener en cuenta la importancia relativa de los intereses o valores comunes que la ley o reglamento que se pretende hacer cumplir pretende proteger. Cuanto más vitales o importantes sean esos intereses o valores comunes, más fácil será aceptar como "necesaria" una medida concebida como instrumento de aplicación".¹¹⁶

e) Medidas para la conservación de los recursos naturales agotables (artículo XX *lit. g* GATT)

- 76 La justificación de las restricciones comerciales para la conservación de los "recursos naturales agotables" (artículo XX *lit. g*) desempeña un papel importante en diferentes situaciones: por un lado, en la conservación de materias primas (minerales, fósiles y otras) para la producción de energía o la producción industrial y, por otro, en la protección del medio ambiente.

Los "recursos naturales agotables" también incluyen el aire (limpio). El grupo especial expresó esta opinión en el informe *US - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, que fue confirmada por el Órgano de Apelación:

"En opinión del Grupo, el aire limpio era un recurso (tenía valor) y era natural. Podía agotarse. El hecho de que el recurso agotado se definiera con respecto a sus cualidades no era, para el Panel, decisivo. Del mismo modo, el hecho de que un recurso fuera renovable no podía ser una objeción. Un grupo especial anterior había aceptado que las poblaciones renovables de salmón podían constituir un recurso natural agotable. En consecuencia, el Grupo Especial consideró que una política para reducir el agotamiento del aire limpio era una política para conservar un recurso natural en el sentido del artículo XX(g)".¹¹⁷

115 Informe del Órgano de Apelación *República Dominicana - Medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos*, WT/DS 302/AB/R (2005), párr. 72.

116 Informe del Órgano de Apelación *Corea - Medidas que afectan a las importaciones de carne de vacuno fresca, refrigerada y congelada*, WT/DS 161/AB/R (2000), párr. 162.

117 Informe del Grupo Especial *EE. UU. - Normas para la gasolina reformulada y convencional*, WT/DS2/R (1996), párrafo 6.37; Informe del Órgano de Apelación *EE.UU. - Normas para la gasolina reformulada y convencional*, WT/DS2/AB/R (1996).

77 El clima como tal es difícil de catalogar como "recurso natural agotable". Lo mismo puede decirse de la capa de ozono, que no puede agotarse ni consumirse como otras sustancias naturales. Por esta razón, los intentos de conciliar los criterios de sostenibilidad para la producción de biocombustibles (como los establecidos en la legislación de la UE) con el artículo XX *lit. g* del GATT.¹¹⁸

78 Las medidas para la conservación de las materias primas deben aplicarse "en relación con las restricciones a la producción o al consumo nacionales". Esto se traduce en el requisito de incluir a los consumidores y productores nacionales en las medidas para la conservación de las materias primas agotables. Como deja claro el informe del grupo especial en el asunto *China - Medidas relacionadas con la exportación de diversas materias primas*, la conservación de los recursos naturales agotables no justifica que se favorezca a la industria nacional frente a los competidores extranjeros cuando se trata de acceder a las materias primas nacionales:

"[...] el párrafo (g) del artículo XX puede justificar medidas comerciales incompatibles con el GATT si tales medidas junto con restricciones nacionales paralelas destinadas a la conservación de los recursos naturales y tienen como objetivo principal hacer efectivas las restricciones nacionales paralelas que operan para la conservación de los recursos naturales. A contrario, al artículo XX(g) no puede invocarse para medidas incompatibles con el GATT cuyo objetivo o efectos sean aislar a los productores nacionales de la competencia extranjera en nombre de la conservación".¹¹⁹

En el asunto *China - Tierras raras, tungsteno y molibdeno*,¹²⁰ el Órgano de Apelación aclaró que el Artículo XX(g) del GATT sólo exige una restricción tangible de la producción o el consumo nacionales. El criterio de "imparcialidad" no puede utilizarse para introducir un criterio adicional en el sentido de una distribución completamente igual de la carga entre los productores o consumidores nacionales y extranjeros. Sin embargo, una carga claramente desigual para los consumidores o productores extranjeros difícilmente será compatible con el artículo XX(g) del GATT. Por lo tanto, sólo se requiere una distribución justa, no necesariamente simétrica, de las cargas derivadas de la conservación de los recursos agotables:

"5.132. Recordamos nuestra interpretación de la cláusula "se hagan efectivas juntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales" del apartado g) del artículo XX. Consideramos que la frase "se hagan efectivas juntamente con" exige que, cuando se restrinja el comercio internacional, se impongan también restricciones efectivas a la producción o al consumo nacionales. Al igual que las medidas incompatibles con el GATT imponen limitaciones al comercio internacional, las restricciones internas deben imponer limitaciones a la producción o al consumo internos. En otras palabras, para cumplir con el elemento de "hacerse efectivas"

118 Véase *W. T. Douma*, Aspectos jurídicos de la política de biocombustibles de la Unión Europea: ¿protección o proteccionismo?, Anuario Alemán de Derecho Internacional 53 (2010), p. 371 y ss.

119 Informe del Grupo Especial *China - Medidas relacionadas con la exportación de diversas materias primas*, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R (2011), párr. 7.408; véase también Informe del Grupo Especial *China - Medidas relacionadas con la exportación de tierras raras, tungsteno y molibdeno*, WT/DS431/R, WT/DS432/R, WT/DS433/R (2014), párrs. 7.328, 7.337; confirmado por el informe del Órgano de Apelación *China - Medidas relacionadas con la exportación de tierras raras, tungsteno y molibdeno*, WT/DS431/AB/R, WT/DS432/AB/R, WT/DS433/AB/R (2014).

120 Informe del Grupo Especial *China - Medidas relacionadas con la exportación de tierras raras, tungsteno y molibdeno*, WT/DS431/R, WT/DS432/R, WT/DS433/R (2014); Informe del Órgano de Apelación WT/DS431/AB/R, WT/DS432/AB/R, WT/DS433/AB/R (2014).

de la segunda cláusula del artículo XX(g), un miembro debe imponer restricciones "reales" a la producción o el consumo internos que refuercen y complementen la restricción al comercio internacional, y en particular en circunstancias en las que el consumo interno represente una parte importante del recurso natural agotable que debe conservarse. [...]

5.134. [...] el razonamiento del Órgano de Apelación no sugiere que el apartado g) del artículo XX contenga un requisito de que la carga de la conservación se distribuya por igual, por ejemplo, en el caso de los contingentes de exportación, entre los consumidores extranjeros, por un lado, y los productores o consumidores nacionales, por otro. Dicho esto, observamos que sería difícil concebir una medida que impusiera una carga significativamente más onerosa a los consumidores o productores extranjeros y que aun así pudiera demostrarse que satisface todos los requisitos del artículo XX(g)".

- 79 La excepción del artículo XX *lit. g* se aplica no sólo a las medidas para proteger las materias primas minerales y otras materias primas inanimadas, sino que también abarca las restricciones a la importación para proteger las especies animales en peligro de extinción que (también) viven fuera del territorio del respectivo Estado miembro de la OMC (por ejemplo, en aguas internacionales).

En el caso *Camarón/Tortuga*-, el Órgano de Apelación consideró que existía un nexo suficiente para la protección de las tortugas marinas en peligro a través de la migración y que la conservación de esta especie amenazada se reconoce ahora como un interés común en la comunidad internacional.¹²¹

"Dado el reciente reconocimiento por parte de la comunidad internacional de la importancia de una acción bilateral o multilateral concertada para proteger los recursos naturales vivos, y recordando el reconocimiento explícito por parte de los Miembros de la OMC del objetivo del desarrollo sostenible en el preámbulo del *Acuerdo de la OMC*, creemos que es demasiado tarde para suponer que el artículo XX(g) del GATT 1994 pueda leerse como referido únicamente a la conservación de recursos minerales agotables u otros recursos naturales no vivos. Además, dos informes de grupos especiales del GATT de 1947 adoptados anteriormente consideraron que el pescado era un "recurso natural agotable" en el sentido del artículo XX(g) Sostenemos que, en consonancia con el principio de eficacia en la interpretación de los tratados, las medidas para conservar los recursos naturales agotables ya sean *vivos* o *no vivos*, pueden estar comprendidas en el artículo XX(g)".¹²²

Además de los acuerdos universales sobre protección de especies, el compromiso con el "desarrollo sostenible" del preámbulo del acuerdo de la OMC es relevante en este caso.

En el caso *Camarón/Tortuga*, el Órgano de Apelación dejó abierta la importancia de una conexión territorial entre el recurso a proteger y el Estado que adopta la medida, señalando que las especies de tortugas a proteger son animales marinos migratorios:

121 Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Prohibición de la importación de determinados camarones y productos del camarón*, WT/DS 58/AB/R (1998), ILM 38 (1999), p. 118, párr. 131.

122 Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Prohibición de la importación de determinados camarones y productos del camarón*, WT/DS 58/AB/R (1998), párrafo 131.

"Por último, observamos que las tortugas marinas son animales altamente migratorios, que entran y salen de aguas sujetas a los derechos de jurisdicción de varios estados costeros y de alta mar [...] Se sabe que las especies de tortugas marinas aquí en juego, [...], se dan todas en aguas sobre las que Estados Unidos ejerce jurisdicción. Por supuesto, no se afirma que *todas las* poblaciones de estas especies migran a, o atraviesan, en un momento u otro, aguas sujetas a la jurisdicción de Estados Unidos. Ni el apelante ni ninguno de los apelados reclama ningún derecho de propiedad exclusiva sobre las tortugas marinas, al menos mientras nadan libremente en su hábitat natural: los océanos. No abordamos la cuestión de si existe una limitación jurisdiccional implícita en el artículo XX(g) y, en caso afirmativo, la naturaleza o el alcance de dicha limitación. Señalamos únicamente que, en las circunstancias específicas del caso que nos ocupa, existe un nexo suficiente entre las poblaciones marinas migratorias y en peligro implicadas y Estados Unidos a efectos del artículo XX(g)".¹²³

En el caso de una especie reconocida internacionalmente como digna de protección y en peligro de extinción, en última instancia ya no puede depender de una referencia territorial si se toma en serio el compromiso con el desarrollo sostenible.

f) Medidas en caso de escasez de mercancías (artículo XX *lit.* j GATT)

80 El artículo XX *lit.* j del GATT permite a los miembros de la OMC adoptar medidas "indispensables para la adquisición o distribución de mercancías respecto de las cuales exista una escasez general o local". Sin embargo, debe respetarse el principio de que todas las partes contratantes tienen derecho a una parte equitativa en el suministro de estos bienes. En el asunto *India - Determinadas medidas relativas a las células solares y los módulos solares*, los órganos de solución de diferencias de la OMC abordaron por primera vez la interpretación del artículo XX *lit.* j del GATT por primera vez. India había invocado esta excepción para justificar *reglamentos de "contenido local"* para las instalaciones solares y los módulos solares. India se pronunció a favor de una "interpretación evolutiva" y argumentó que la disposición también se aplica en caso de falta de capacidad de producción nacional y la consiguiente dependencia de las importaciones. En cambio, los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación se centran en el suministro de bienes en un mundo con mercados integrados y adoptan una visión global de las fuentes de suministro nacionales y extranjeras:

"[...] El artículo XX (j) del GATT de 1994 refleja un equilibrio de diferentes consideraciones que deben tenerse en cuenta a la hora de evaluar si los productos son ,escasos en general o localmente'. En particular, un grupo especial debe examinar en qué medida un producto concreto está ,disponible' para su compra en una zona geográfica o mercado determinados, y si ello es suficiente para satisfacer la demanda en la zona o mercado en cuestión. Este análisis puede, en los casos apropiados, tener en cuenta no sólo el nivel de producción nacional de un producto concreto y la naturaleza de los productos de los que se alega que hay "escasez general o local", sino también factores como el producto y el mercado geográfico pertinentes, las posibles fluctuaciones de precios en el mercado pertinente, el poder adquisitivo de los consumidores extranjeros y nacionales, y el papel que desempeñan los productores extranjeros y nacionales en un mercado concreto, incluida la medida en que los productores nacionales venden su producción

¹²³ Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Prohibición de la importación de determinados camarones y productos del camarón*, WT/DS 58/AB/R (1998), párr. 133.

en el extranjero. Debe prestarse la debida atención a la cantidad total de importaciones que pueden estar "disponibles" para satisfacer la demanda en una zona geográfica o un mercado concretos. Por lo tanto, puede ser pertinente considerar hasta qué punto el suministro internacional de un producto es estable y accesible, examinando factores como la distancia entre una zona geográfica o un mercado concretos y los centros de producción, así como la fiabilidad de las cadenas de suministro locales o transnacionales. Si los factores son relevantes y cuáles lo son dependerá necesariamente de las particularidades de cada caso. [...]Por estas razones, no estamos de acuerdo con la India en la medida en que argumenta que la "escasez de oferta" puede determinarse sin tener en cuenta si la oferta de fuentes tanto nacionales como internacionales es suficiente para satisfacer la demanda en el mercado de referencia. [...] La India no ha demostrado que las células y los módulos solares sean ,productos en escasez general o local' en la India. [...] "¹²⁴

g) Excepciones por motivos de seguridad

81 Las medidas para salvaguardar la seguridad están permitidas en virtud del artículo XXI DEL GATT. La excepción del artículo XXI(b). Según esta disposición, una parte contratante puede tomar las medidas que "considere necesarias para proteger sus intereses esenciales de seguridad."

"i) en relación con los materiales fisibles o las materias primas a partir de las cuales se producen;

(ii) en el comercio de armas, municiones y material de guerra y en el comercio de otros bienes y materiales utilizados directa o indirectamente para abastecer a las fuerzas armadas;

(iii) en tiempo de guerra u otra crisis grave en las relaciones internacionales".

82 Citar los intereses de seguridad se ha vuelto mucho más importante en los últimos tiempos. En el transcurso de la anexión de Crimea y el conflicto en Ucrania, la Unión Europea ha impuesto sanciones económicas contra la Federación Rusa desde 2014, que pueden justificarse en virtud del artículo XXI DEL GATT.¹²⁵

Como parte de las tensiones con Ucrania, la Federación Rusa ha adoptado una serie de restricciones comerciales desde 2014, que ha justificado salvaguardando varios intereses de seguridad. En este contexto, el artículo XXI(b) del GATT se ha convertido por primera vez en objeto de una aclaración sustantiva detallada por parte del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC.¹²⁶

¹²⁴ Informe del Órgano de Apelación, *India - Determinadas medidas relativas a las células y los módulos solares*, WT/DS456/AB/R (2016), párrs. 5.89 f.; véase también el Informe del Grupo Especial, WT/DS456/R (2016), párr. 7.234.

¹²⁵ M. Kau, *Die EU-Wirtschaftssanktionen gegen Russland im Licht der WTO-Regeln*, EuZW 2017, p. 293 y ss.

¹²⁶ Informe del Grupo Especial *Rusia - Medidas relativas al tráfico en tránsito*, WT/DS512/R (2019).

En verano de 2018, el gobierno estadounidense impuso aranceles adicionales a las importaciones de acero y aluminio, alegando "intereses esenciales de seguridad" en el sentido del artículo XXI(b) del GATT. Al hacerlo, el gobierno estadounidense alude a la amenaza de la dependencia de las importaciones y a la amenaza para la industria de defensa en particular en tiempos de crisis. La invocación de tales amenazas remotas pone completamente en peligro la cláusula de seguridad del artículo XXI(b) del GATT por completo. Esto también es cierto porque los aranceles estadounidenses también se aplican a las importaciones procedentes de países que son socios de EEUU en la OTAN.¹²⁷ Varios miembros de la OMC han iniciado procedimientos de solución de diferencias contra EE.UU. a causa de estas medidas, entre ellos China, la Unión Europea, India y Canadá (*EE.UU. - Acero y aluminio*).¹²⁸

EEUU también ha invocado sus intereses de seguridad al restringir la exportación de semiconductores a China (*US Semiconductors*).¹²⁹

- 83** La redacción del artículo XXI(b) del GATT ("en su opinión") otorga a los miembros un amplio margen de apreciación. La autorización del artículo XXI(b) (iii) concede a los estados miembros un amplio margen de maniobra para la introducción de restricciones comerciales en situaciones de guerra y crisis.¹³⁰ Se discute hasta qué punto la concreción de las condiciones está en manos del propio miembro respectivo de la OMC, es decir, si la disposición de exención se "autojuzga". En el caso *Rusia - Medidas relativas al tráfico en tránsito*, el informe del Grupo Especial dejó claro que el margen de maniobra de los miembros es limitado y está vinculado a condiciones objetivas que pueden verificarse en los procedimientos de solución de diferencias. En opinión del Grupo Especial, un Estado miembro podría eludir a su antojo las obligaciones que le impone el GATT.¹³¹ Una "situación de emergencia en las relaciones internacionales" se refiere a un conflicto armado real o latente, a un aumento de la tensión o a una inestabilidad general que afecte al Estado:

"Una emergencia en las relaciones internacionales parece, por tanto, referirse en general a una situación de conflicto armado, o de conflicto armado latente, o de tensión o crisis exacerbadas, o de inestabilidad general que envuelve o rodea a un Estado.¹³² Tales situaciones dan lugar a tipos particulares de intereses para el Miembro en cuestión, es decir, intereses de defensa o militares, o intereses de mantenimiento de la ley y el orden público."¹³²

Esta situación es un criterio objetivo, al igual que el calendario de la medida respectiva.¹³³

127 Sobre este punto, *C. Hermann/C. Glöckle*, The looming transatlantic "trade war" over steel products and the EU's trade policy "armoury", *EuZW* 2018, p. 477 y ss.

128 Véase *Estados Unidos - Determinadas medidas sobre productos de acero y aluminio*, WT/DS544(China), WT/DS547 (India), WT/DS548(UE), WT/DS550(Canadá).

129 *Estados Unidos - Medidas sobre determinados semiconductores y otros productos, y servicios y tecnologías relacionados*, WT/DS614.

130 Véase *T.-F. Chen*, To Judge the 'Self-Judging' Security Exception Under the GATT 1994 - A Systematic Approach, *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy* 12 (2017), p. 311; *M. J. Hahn*, Die einseitige Aussetzung von GATT-Verpflichtungen als Repressalie, 1996; *S. Mantilla, A. Pehl*, National Security Exceptions in International Trade and Investment Agreements: Justiciability and Standards of Review, 2020.

131 Informe del Grupo Especial *Rusia - Medidas relativas al tráfico en tránsito*, WT/DS512/R (2019), párr. 7.79.

132 Informe del Grupo Especial *Rusia - Medidas relativas al tráfico en tránsito*, WT/DS512/R (2019), párr. 7.76.

133 Informe del Grupo Especial *Rusia - Medidas relativas al tráfico en tránsito*, WT/DS512/R (2019), párr. 7.77.

84 Los "intereses esenciales de seguridad" se ven afectados cuando se trata de funciones estatales elementales, como la protección del territorio nacional y de la población frente a amenazas externas y la preservación del orden interno.¹³⁴ El estado miembro individual tiene aquí un amplio poder de definición, pero éste debe ejercerse de buena fe. Por lo tanto, un Estado miembro debe aclarar de forma plausible por qué se ven afectados los "intereses esenciales de seguridad". En este sentido se pronunció el Grupo Especial en el asunto *Rusia - Medidas relativas al tráfico en tránsito*:

"7.130. Por intereses esenciales de seguridad, que es evidentemente un concepto más restringido que el de "intereses de seguridad", puede entenderse en general que se refiere a los intereses relacionados con las funciones por excelencia del Estado, a saber, la protección de su territorio y de su población frente a las amenazas exteriores y el mantenimiento de la ley y el orden público en el interior.

7.131. Los intereses específicos que se consideran directamente relevantes para la protección de un Estado frente a tales amenazas externas o internas dependerán de la situación particular y de las percepciones del Estado en cuestión, y cabe esperar que varíen en función de las circunstancias cambiantes. Por estas razones, se deja, en general, que cada Miembro defina lo que considera que son sus intereses esenciales de seguridad."¹³⁵

Al vincular una medida restrictiva del comercio con la amenaza a los intereses esenciales de seguridad en tiempos de guerra o durante otra crisis grave, un miembro tiene un margen de maniobra considerable. Sin embargo, la plausibilidad de este vínculo puede ser objeto de escrutinio; cuanto mayor sea la distancia entre la crisis y el concepto de conflicto armado, mayor será la carga de la argumentación. El Grupo Especial lo dejó claro en el caso de *Rusia - Medidas relativas al tráfico en tránsito*.

"7.134. Por lo tanto, incumbe al miembro invocante articular los intereses esenciales de seguridad que se dice surgen de la emergencia en las relaciones internacionales de manera suficiente para demostrar su veracidad.

7.135. Lo que se considere un nivel suficiente de articulación dependerá de la emergencia en las relaciones internacionales de que se trate. En particular, el Grupo Especial considera que cuanto menos característica sea la "situación de emergencia en las relaciones internacionales" invocada por el Miembro, es decir, cuanto más alejada esté de un conflicto armado, o de una situación de ruptura de la ley y el orden público (ya sea en el miembro invocante o en su entorno inmediato), menos evidentes serán los intereses de defensa o militares, o de mantenimiento de la ley y el orden público, que en general cabe esperar que surjan. En tales casos, un Miembro necesitaría articular sus intereses esenciales de seguridad con mayor especificidad que la que se requeriría cuando la emergencia en las relaciones internacionales implicara, por ejemplo, un conflicto armado.

[...]

134 Informe del Grupo Especial *Rusia - Medidas relativas al tráfico en tránsito*, WT/DS512/R (2019), párr. 7.130.

135 Informe del Grupo Especial *Rusia - Medidas relativas al tráfico en tránsito*, WT/DS512/R (2019), párrs. 7.130 y ss.

7.138. La obligación de buena fe, mencionada en los párrafos 7.132 y 7.133 supra, se aplica no sólo a la definición por el Miembro de los intereses esenciales de seguridad que se dice que se derivan de la emergencia particular en las relaciones internacionales, sino también, y lo que es más importante, a su conexión con las medidas en cuestión. Así, en lo que respecta a la aplicación del artículo XXI(b)(iii), esta obligación cristaliza en la exigencia de que las medidas en cuestión cumplan un requisito mínimo de plausibilidad en relación con los intereses esenciales de seguridad aducidos, es decir, que no sean inverosímiles como medidas protectoras de estos intereses."

La interpretación del Grupo restringe considerablemente el margen de maniobra de los miembros a la hora de invocar sus intereses esenciales de seguridad, aunque sólo sea por el nexo temporal con un conflicto armado u otra crisis grave.

85 En el caso *Arabia Saudí - Medidas relativas a la protección de los derechos de propiedad intelectual*, el grupo especial desarrolló el siguiente esquema de examen para la invocación de "intereses esenciales de seguridad" en virtud del artículo 73(b)(iii) del Acuerdo sobre los ADPIC (que sigue el modelo del artículo XXI(b)(iii) del GATT):

"7.242. Específicamente, un panel puede proceder evaluando:

a. si se ha establecido la existencia de una "guerra u otra emergencia en las relaciones internacionales" en el sentido del inciso (iii) del artículo 73(b);

b. si las acciones pertinentes fueron "tomadas en tiempo de" dicha guerra u otra emergencia en las relaciones internacionales;

c. si el miembro invocante ha articulado suficientemente sus "intereses esenciales de seguridad" pertinentes para permitir una evaluación de si existe algún vínculo entre esas acciones y la protección de sus intereses esenciales de seguridad; y

d. si las acciones pertinentes están tan alejadas de la "situación de emergencia en las relaciones internacionales", o no guardan relación con ella, que resulte inverosímil que el miembro invocante considere que dichas acciones son necesarias para la protección de sus intereses esenciales de seguridad derivados de la situación de emergencia".¹³⁶

En el asunto *EE.UU. - Acero y aluminio (China)*¹³⁷ y en los procedimientos paralelos, EE.UU. alegó que la sobreproducción mundial de acero y aluminio y las importaciones extranjeras amenazaban la existencia de capacidades de producción nacionales y, por tanto, también los intereses de defensa. Esta amenaza afecta a la seguridad nacional de Estados Unidos en el sentido del artículo XXI(b)(iii) del GATT. El informe del grupo especial rechaza en primer lugar la interpretación estadounidense de que la cláusula de seguridad concede al miembro que se basa en ella una libertad de apreciación no revisable:

¹³⁶ Informe del Grupo Especial *Arabia Saudí - Medidas relativas a la protección de los derechos de propiedad intelectual*, WT/DS567/R (2020), párr. 7.242.

¹³⁷ Informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Determinadas medidas sobre productos de acero y aluminio (China)*, WT/DS544/R (2022), apelación pendiente.

"El Grupo Especial no considera que el apartado b) del artículo XXI del GATT de 1994 sea ,autojuzgable' o ,no justiciable' en el sentido argumentado por Estados Unidos, ni que la disposición contenga una ,cláusula relativa única' que reserve totalmente las condiciones y circunstancias de los apartados al juicio del Miembro que los invoca".¹³⁸

A la luz de las versiones francesa y española, el informe del grupo de expertos interpreta el criterio de "emergencia en las relaciones internacionales" como una tensión internacional grave ("tensiones internacionales que son de naturaleza crítica o grave en términos de su impacto en la conducción de las relaciones internacionales").¹³⁹ En opinión del grupo especial, la crisis de producción invocada por EEUU no ha superado este elevado umbral.¹⁴⁰

- 86** No está claro si un miembro puede basarse en la cláusula de seguridad para imponer restricciones comerciales en respuesta a violaciones graves del derecho internacional, como la violación de los derechos humanos fundamentales. Esto presupone que la violación masiva de los derechos humanos fundamentales (debido al incumplimiento resultante de las obligaciones *erga omnes*) puede entenderse como una injerencia en los intereses de seguridad de cada uno de los miembros de la comunidad internacional. La interpretación del artículo XXI(b) del GATT realizada por el Grupo Especial en el caso *Rusia - Medidas relativas al tráfico en tránsito* sitúa el requisito previo de una "crisis grave" en las relaciones internacionales en estrecha relación con una amenaza específica para el miembro respectivo y se basa en el modelo de un conflicto armado.

Además, la reserva del Artículo XXI del GATT a favor de las obligaciones derivadas de la Carta de la ONU para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales siempre permite a los miembros aplicar las resoluciones vinculantes del Consejo de Seguridad de la ONU en virtud del Capítulo VII de la Carta de la ONU.

h) Cláusulas de salvaguardia

- 87** La cláusula de salvaguardia ("*cláusula de escape*") del artículo XIX del GATT¹⁴¹ permite a las partes contratantes, en el párrafo 1a, adoptar medidas de emergencia para proteger las industrias nacionales si

"como consecuencia de acontecimientos imprevistos [...] se importen mercancías en grandes cantidades y en condiciones tales que causen o amenacen con causar un perjuicio grave a los productores nacionales de mercancías similares o directamente competidoras [...]".

138 Informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Determinadas medidas sobre productos de acero y aluminio (China)*, WT/DS544/R (2022), párr. 7.128.

139 Informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Determinadas medidas sobre productos de acero y aluminio (China)*, WT/DS544/R (2022), párr. 7.139.

140 Informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Determinadas medidas sobre productos de acero y aluminio (China)*, WT/DS544/R (2022), párr. 7.148.

141 Véase *F. Müller*, Safeguards against Imports of Goods under the WTO Legal Order, 2006; *A. O. Sykes*, El Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC: A Commentary, 2006.

Una autorización similar se aplica a la importación de mercancías que son objeto de una preferencia, Artículo XIX:1 *lit. b*.

La aplicación de las autorizaciones del artículo XIX está sujeta a requisitos de procedimiento especiales. El *Acuerdo sobre Salvaguardias (Agreement on Safeguards)* contiene disposiciones más detalladas al respecto. La disposición del artículo XIX:3 del GATT, junto con el artículo 8:2 del Acuerdo sobre Salvaguardias, permite a los miembros afectados por medidas de salvaguardia (previo cumplimiento de determinados requisitos de procedimiento) suspender concesiones u otras obligaciones "sustancialmente equivalentes".

Esta es la base de las medidas de represalia de la UE en respuesta a los aranceles adicionales de EE.UU. sobre las importaciones de acero y aluminio. Sin embargo, el gobierno estadounidense no basa estos aranceles adicionales en el artículo XIX del GATT, sino en la cláusula de seguridad del Artículo XXI DEL GATT.

- 88** En la práctica, la aplicación de las cláusulas de salvaguardia del artículo XIX del GATT ha desempeñado durante mucho tiempo un papel menor que el acuerdo de excepciones al margen del GATT. Así, junto al GATT se ha desarrollado un régimen especial para sectores de productos concretos. Esto incluye, por ejemplo, el antiguo Acuerdo Textil Mundial con el acuerdo de cuotas de importación. Una serie de *restricciones voluntarias a la exportación*¹⁴² en forma de acuerdos intergubernamentales o medidas unilaterales conducen a una fuerte erosión de los principios del GATT (trato de nación más favorecida y prohibición de barreras comerciales no arancelarias) en muchas áreas. A largo plazo, estas medidas autorre restrictivas tienen el efecto de sellar los mercados, suponer una carga para los consumidores y provocar una pérdida de ímpetu innovador. El desarrollo de estos regímenes especiales ha dado lugar a un "GATT *a la carta*" para muchos sectores. Según el Artículo 11 párr. 1 *lit. b* del Acuerdo sobre Salvaguardias, estos acuerdos de autorrestricción ya no están permitidos.

i) Cláusulas de renuncia

- 89** De gran relevancia práctica es la *cláusula de renuncia (cláusula de renuncia)* del artículo XXV:5 DEL GATT. Según esta disposición, las partes contratantes pueden decidir por mayoría de dos tercios "en circunstancias excepcionales no previstas de otro modo en el presente Acuerdo" eximir a un Estado de las obligaciones derivadas del GATT y autorizarle a adoptar medidas unilaterales de salvaguardia, por ejemplo.

j) Carga de la prueba

- 90** De acuerdo con la práctica decisoria del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, el miembro que afirma la incompatibilidad de una medida impugnada con la legislación de la OMC en el contexto de una reclamación sólo necesita aportar pruebas *prima facie* (indicios razonables); en cambio, para la justificación (por ejemplo, en virtud del artículo XX del GATT) por hechos controvertidos debe aportarse una prueba plena.¹⁴³

¹⁴² Véase *K. Jones*, Voluntary Export Restraints: Political Economy, History and the Role of the GATT, JWT 23 (1989), p. 125 y ss.

¹⁴³ Informe del Órgano de Apelación *Japón - Medidas que afectan a la importación de manzanas*, WT/DS 245 (2003), párr. 160.

7. Regulación de las subvenciones y medidas *antidumping*

Literatura:

L. Rubini, *The Definition of Subsidy and State Aid: WTO and EC Law in Comparative Perspective*, 2009.

- 91 El ámbito de las subvenciones estatales alberga un potencial muy controvertido de medidas que distorsionan la competencia.¹⁴⁴ La gran mayoría de las subvenciones (especialmente en el sector agrícola) son distribuidas por los países industrializados. Aunque las subvenciones son un medio popular de intervención estatal, el GATT sólo las regula de forma fragmentaria. Los Estados gozan de un gran margen de maniobra a la hora de utilizar el arsenal de subvenciones. Existe una obligación general en virtud del Artículo XVI:1 sólo existe con respecto a la notificación de las subvenciones. El GATT no define claramente el término subvención. Según el Artículo XVI:2 a 4, el objetivo principal es contrarrestar las subvenciones a la exportación clasificadas como sospechosas. En el Código de Subvenciones de 1979, las partes de este acuerdo se comprometieron a dejar de subvencionar la exportación de productos acabados. De gran importancia práctica es la posibilidad de que las partes contratantes, de conformidad con el Artículo VI:3 del GATT, de imponer derechos compensatorios a las mercancías subvencionadas. Tal derecho compensatorio requiere que la importación del producto subvencionado perjudique o amenace con perjudicar de forma demostrable a un sector económico. Los derechos compensatorios sólo pretenden contrarrestar la ventaja competitiva lograda por la subvención y no provocar una mayor distorsión de la competencia. El GATT sólo prevé una prohibición blanda de elusión para las subvenciones a la exportación de productos básicos (Artículo XVI:3 GATT).

a) Subvenciones y medidas compensatorias

- 92 Al final de la ronda de *Uruguay* se consiguió dotar al régimen del GATT de unos contornos más claros en lo que respecta a la defensa contra las subvenciones con el Acuerdo *sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias* (*Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias* - Acuerdo SMC). Por primera vez, el Acuerdo SMC ofrece una definición clara de ayuda estatal (Artículo 1.1).¹⁴⁵ Se trata de contribuciones financieras u otros beneficios no monetarios del Estado que aseguran una ventaja a las empresas o sectores económicos beneficiarios (artículo 1.1 (a)).

La ventaja pecuniaria también puede residir en la exención de impuestos por parte del Estado (artículo 1.1. (a) (ii)) o en el suministro de bienes (artículo 1.1. (a) (iii)).

La existencia de una "ventaja" en el sentido del artículo 1.1 *lit. b* depende de la perspectiva de mercado: El factor decisivo es que el beneficiario haya recibido una contribución financiera u otro beneficio monetario del Estado en mejores condiciones que las ofrecidas por el mercado.

144 P. Poretti, *The Regulation of Subsidies Within the General Agreement on Trade in Services of the WTO: Problems and Prospects*, 2009; sobre la importancia económica mundial y los problemas de las subvenciones, véase el Informe sobre el Comercio Mundial 2008, p. 34 y ss., disponible en http://www.wto.org/english/news_e/pres06_e/pr447_e.htm (consultado el 3 de enero de 2022).

145 M. S. Slotboom, *Subsidies in WTO Law and in EC Law. Broad and Narrow Definitions*, JWT 36 (2002), p. 517 y ss.

Esto también se desprende de la referencia a las condiciones de mercado en el artículo 14 (a)-(d) del Acuerdo. Así lo declaró el Órgano de Apelación en el asunto *Canadá - Aeronaves*:

"[...] la palabra ,beneficio', tal y como se utiliza en el artículo 1.1(b), implica algún tipo de comparación. Esto debe ser así, ya que no puede haber un ,beneficio' para el beneficiario a menos que la ,contribución financiera' haga que el beneficiario esté ,mejor' de lo que habría estado de no existir dicha contribución. En nuestra opinión, el mercado proporciona una base de comparación adecuada para determinar si se ha "conferido" un "beneficio", porque el potencial de distorsión del comercio de una "contribución financiera" puede identificarse determinando si el beneficiario ha recibido una "contribución financiera" en condiciones más favorables que las disponibles para el beneficiario en el mercado."¹⁴⁶

La ventaja distorsionadora de la competencia reside en que el Estado se aparta así del comportamiento habitual de un inversor privado en condiciones de mercado en el sentido del Artículo 14 (a) del acuerdo ("práctica habitual de inversión de los inversores privados"), que se guían por determinadas expectativas de rentabilidad. Esta comparación con las condiciones de mercado corresponde a la denominada "prueba del *inversor privado (racional)*" (como también se conoce en la legislación de la UE sobre ayudas estatales).¹⁴⁷

- 93** El Acuerdo SMC regula la admisibilidad de las subvenciones que son "específicas", es decir, que benefician a una empresa concreta o a un sector económico concreto (o a grupos de empresas o sectores económicos) (artículo 1.2 en relación con el Artículo 2). Según el artículo 2.1 del Acuerdo SCS, es importante si una subvención beneficia a "*determinadas*" *empresas (determinadas empresas)*, es decir, una empresa o un sector o un grupo de empresas o sectores. La "especificidad" puede residir en la estructura jurídica de una subvención (*de jure* especificidad en el sentido del lit. a) o resultar de la práctica de concesión (*de facto* especificidad en el sentido del lit. c).

El Órgano de Apelación declaró en el asunto *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios definitivos sobre determinados productos procedentes de China* que el término "determinadas empresas" se refiere a una o más empresas o a una o más industrias que se conocen y pueden especificarse:

".373 Además, una subvención es específica según el artículo 2.1(a) del Acuerdo SMC cuando la limitación explícita reserva el acceso a esa subvención a "determinadas empresas". El encabezamiento del artículo 2.1 establece que la expresión "determinadas empresas" se refiere a "una empresa o industria o un grupo de empresas o industrias". En primer lugar, observamos que la palabra ,determinadas' se define como "[c]onocidas y particularizadas, pero no identificadas explícitamente: (con sustantivo sing.) un particular, (con sustantivo pl.) algún particular, algún definido". La palabra ,grupo', a su vez, se define comúnmente como ,[un] número de personas o cosas consideradas como formando una unidad o un todo sobre la base de alguna relación o propósito mutuo o común, o clasificadas juntas debido a un grado de similitud'. Volviendo a los sustantivos calificados por ,cierto' y ,grupo', vemos que ,empresa' puede definirse

146 Informe del Órgano de Apelación *Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles*, WT/DS70/AB/R (1999), párr. 157.

147 Informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas y determinados Estados miembros - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles*, WT/DS316/AB/R (2011), párr. 1002.

como ,[una] firma comercial, una ,compañía´ , mientras que ,industria´ significa ,[una] forma o rama particular del trabajo productivo; un oficio, una manufactura´ . Observamos que el grupo especial en el asunto EE. UU.-Algodón de Upland consideró que "una industria, o un grupo de ,industrias´ , puede denominarse en general por el tipo de productos que fabrican"; que "el concepto de ,industria´ se refiere a los productores de determinados productos"; y que "la amplitud de este concepto de ,industria´ puede depender de varios factores en un caso determinado". Lo anterior sugiere que el término "determinadas empresas" se refiere a una sola empresa o industria o a una clase de empresas o industrias conocidas y particularizadas. No obstante, estamos de acuerdo con China en que este concepto implica ,un cierto grado de indeterminación en los bordes, y con el grupo especial en US - Upland Cotton en que cualquier determinación de si un número de empresas o industrias constituyen ´determinadas empresas´ sólo puede hacerse caso por caso."¹⁴⁸

- 94** Según el Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (Upland Cotton)*, las subvenciones que están a disposición de un gran número de empresas y se utilizan ampliamente en la economía no son, en principio, específicas en el sentido del artículo 2 del Acuerdo. En este contexto, el Grupo Especial se remite a la nota a pie de página del Artículo 2.1 (b) del Acuerdo SCS. Según ésta, una subvención específica no existe en principio si la concesión se basa en condiciones generales que sean neutras y no favorezcan a determinadas empresas en detrimento de otras, como el número de empleados:

"7.1143. Vemos mérito en la opinión compartida por las partes de que el concepto de "especificidad" del artículo 2 del Acuerdo SMC sirve para reconocer que algunas subvenciones están ampliamente disponibles y son ampliamente utilizadas en toda una economía y, por lo tanto, no están sujetas a las disciplinas sobre subvenciones del Acuerdo. La nota a pie de página del artículo 2.1 define la naturaleza de los "criterios o condiciones objetivos" que, si se utilizaran para determinar la elegibilidad, excluirían una conclusión afirmativa de especificidad. Tales criterios son "neutros", que no favorecen a determinadas empresas en detrimento de otras, y que son de naturaleza económica y de aplicación horizontal, como el número de empleados o el tamaño de la empresa".¹⁴⁹

- 95** La "especificidad" requerida falta si los beneficios se conceden según criterios neutros de aplicación general (como las ayudas a la puesta en marcha para todas las empresas de reciente creación o los beneficios para la contratación de desempleados de larga duración). Algunas subvenciones, como los favores a determinadas empresas dentro de una zona específica (artículo 2.2) o las subvenciones a la exportación (artículo 2.3), se consideran generalmente "específicas". La especificidad de una ventaja no se desprende fácilmente de los beneficios individuales concedidos por una autoridad pública a las empresas en determinadas condiciones. Depende más bien de una consideración global del marco jurídico de las subvenciones y del grupo de empresas favorecidas. Teniendo esto en cuenta, el Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles - Segunda reclamación* pidió un análisis exhaustivo del marco jurídico regulador:

148 Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios definitivos sobre determinados productos procedentes de China* (2010), WT/DS379/AB/R, párr. 373.

149 Informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano* (2004), WT/DS267/R, párr. 7.1143.

"757. Una limitación en el acceso a la subvención (o la ausencia de esta) puede resultar de la legislación conforme a la cual opera la autoridad otorgante o de pronunciamientos u otras acciones de la autoridad otorgante. Puede existir un marco legislativo amplio y varias autoridades que participen en su aplicación; también es concebible que una autoridad otorgante administre varios programas específicos. Así pues, independientemente de cómo enmarque un demandante la medida de subvención que pretende impugnar, un grupo especial debe examinar el marco jurídico más amplio con arreglo al cual se concede la subvención concreta y operan las autoridades otorgantes pertinentes. De este modo, un grupo especial puede determinar cómo funciona una medida impugnada y si uno o varios instrumentos o autoridades limitan individual o colectivamente el acceso a una subvención a determinados beneficiarios en el sentido del artículo 2.1".¹⁵⁰

Según la opinión predominante, las manipulaciones del tipo de cambio que mantienen baja la moneda de un país en interés de las exportaciones no confieren una "ventaja específica".¹⁵¹ Tampoco dependen de los resultados de las exportaciones y, por lo tanto, no constituyen subvenciones prohibidas a la exportación en virtud del artículo 3.1 *lit. a* del Acuerdo SMC.

96 El Acuerdo SMC seguía originalmente un sistema de tres niveles para la admisibilidad de las subvenciones. Según el llamado "enfoque del semáforo", distingue entre

- Subvenciones prohibidas ("rojo") (*red box*);
- Subvenciones impugnables ("amarillo") (*amber box*) y;
- Subvenciones no disponibles ("verde") (*green box*).

El Acuerdo SMC regula las subvenciones lícitas (no sujetas a medidas compensatorias) en el catálogo de justificaciones del Artículo 8. Esta disposición ya ha expirado (artículo 31). Esto significa que ahora sólo existen las subvenciones prohibidas y sujetas a medidas compensatorias. Los países en desarrollo pueden acogerse a normas especiales (artículo 27).

De acuerdo con el artículo 3 párr. 1, en general están prohibidos:

- Las subvenciones a la exportación (*lit. a*) y
- Las subvenciones vinculadas a la preferencia de los productos nacionales sobre los importados (*lit. b*).

97 En el caso de las subvenciones a la exportación, la dependencia de los resultados de exportación puede establecerse a través de una condición legal ("*contingencia de exportación de jure*") o basarse en un vínculo de facto con la subvención ("*contingencia de exportación de facto*").

150 Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Grandes aeronaves civiles (Segunda reclamación)*, WT/DS353/AB/R (2012), párr. 757.

151 *C. D. Zimmermann*, *Exchange Rate Misalignment And International Law*, AJIL 105 (2011), p. 423 y ss. (447 f.).

En el caso de la mera dependencia de facto, depende de si la concesión de la subvención tiene por objeto crear incentivos a la exportación que no existen en la interacción distorsionada de la oferta y la demanda. Según la nota 4 del Acuerdo SMC, depende del nexo entre la concesión de la subvención y los resultados de exportación actuales o previstos y los ingresos generados.¹⁵²

En este sentido, el Órgano de Apelación en el caso *EC-Large Civil Aircraft* se centró en la concesión de incentivos no comerciales debido a la expectativa de un aumento de las exportaciones:

"[1044] Dado que la exportación anticipada ,por sí sola no es prueba de que la concesión de la subvención esté vinculada a la anticipación de la exportación', el criterio jurídico para la supeditación de facto a la exportación con arreglo al apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 y la nota 4 del Acuerdo SMC exige además que exista una relación de condicionalidad entre la concesión de la subvención y la exportación anticipada. Cuando se alega que una subvención está "vinculada de hecho a ... la exportación prevista", la relación de condicionalidad no está, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la contingencia de exportación de jure, prevista expresamente o por implicación necesaria en los términos del instrumento jurídico pertinente por el que se concede la subvención. En tales circunstancias, consideramos que el equivalente fáctico de dicha condicionalidad puede establecerse recurriendo a la siguiente prueba: ¿está la concesión de la subvención orientada a inducir la promoción de la futura cuantía de las exportaciones por parte del beneficiario?

[1045] Al llegar a esta interpretación de la norma para la supeditación de facto a la exportación de conformidad con el apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 y la nota 4 del Acuerdo SMC, no sugerimos que la norma se cumpla por el mero hecho de que la concesión de la subvención esté destinada a aumentar la producción de un receptor, aunque el aumento de la producción se exporte en su totalidad. Tampoco sugerimos que el hecho de que la concesión de la subvención pueda, además de aumentar las exportaciones, incrementar también las ventas interiores del beneficiario impida concluir que existe una supeditación de facto a la exportación. Más bien, consideramos que se cumpliría la norma de la supeditación de facto a la exportación de conformidad con el apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 y la nota 4 del Acuerdo SMC cuando la subvención se conceda de manera que incentive al beneficiario a exportar de una forma que no refleje simplemente las condiciones de la oferta y la demanda en los mercados interior y de exportación no distorsionadas por la concesión de la subvención".¹⁵³

- 98** Un indicio de una subvención a la exportación *de facto* puede obtenerse de la relación entre las exportaciones y las ventas interiores antes y después de la concesión de las subvenciones o en la evolución prevista de la relación con o sin las subvenciones para una empresa que maximiza sus beneficios. Así lo dejó claro el Órgano de Apelación en el asunto *CE-Grandes Aeronaves Civiles*:

"[...] cuando existan pruebas pertinentes, la evaluación podría basarse en una comparación

152 Nota 4 del *Acuerdo SMC*: "Esta norma se cumple cuando los hechos demuestran que la concesión de una subvención, sin haber sido supeditada jurídicamente a la cuantía de las exportaciones, está de hecho vinculada a la exportación o a los ingresos de exportación reales o previstos. El mero hecho de que una subvención se conceda a empresas que exportan no se considerará por esa sola razón una subvención a la exportación en el sentido de esta disposición."

153 Informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas y determinados Estados miembros - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles*, WT/DS316/AB/R (2011), párrs. 1044 f.

entre, por una parte, la relación entre las ventas previstas de exportación y las ventas internas del producto subvencionado que se producirían como consecuencia de la concesión de la subvención y, por otra parte, la situación en ausencia de la subvención. La situación en ausencia de la subvención puede entenderse sobre la base de las ventas históricas del mismo producto por parte del beneficiario en los mercados interior y de exportación antes de la concesión de la subvención. En caso de que no existan datos históricos no contaminados por la subvención, o de que el producto subvencionado sea un producto nuevo para el que no existan datos históricos, la comparación podría hacerse con los resultados que hipotéticamente se esperaría que una empresa que maximizara sus beneficios obtuviera en los mercados de exportación e interior en ausencia de la subvención. Cuando las pruebas demuestren, en igualdad de condiciones, que la concesión de la subvención proporciona un incentivo para sesgar las ventas previstas hacia la exportación, en comparación con los resultados históricos del beneficiario o con los resultados hipotéticos de una empresa que maximizara sus beneficios en ausencia de la subvención, ello sería un indicio de que la concesión de la subvención está de hecho vinculada a la exportación prevista en el sentido del apartado a) del párrafo 1 del artículo 3 y de la nota 4 del Acuerdo SMC."¹⁵⁴

99 (*Las "recurrables"*) son otras subvenciones que afectan negativamente a los intereses de otros Estados miembros (Artículo 5 y ss.). El Acuerdo SMC estipula en el Artículo 5 *lit. c*:

"Ningún Miembro causará efectos desfavorables a los intereses de otros Miembros, es decir: [...] perjuicio grave a los intereses de cualquier otro Miembro, mediante la utilización de subvenciones de conformidad con los apartados 1 y 2 del artículo 1".

Según el Artículo 6.3 *lit. c* del Acuerdo SMC, existe un daño relevante ("grave") a los intereses de otros estados en el sentido del artículo 5 *lit. c* bajo la siguiente condición:

"[...] la subvención da lugar a una subcotización significativa de los precios del producto subvencionado en comparación con el precio de un producto similar de otro miembro en el mismo mercado o a una presión significativa sobre los precios, una bajada de los precios o una pérdida de ventas en el mismo mercado".

En el caso *US - Subsidies on Upland Cotton*¹⁵⁵, el Órgano de Apelación del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC esbozó los requisitos del Artículo 6.3. *lit. c* del Acuerdo SMC - en relación con las subvenciones agrícolas.

En este caso, Brasil había presentado una demanda contra EE.UU. por un paquete de medidas multimillonarias de apoyo a la industria algodonera estadounidense.

En este caso, el Órgano de Apelación rechazó la opinión de que un mercado pertinente en el sentido del Artículo 6.3 *lit. c* del Acuerdo SMC sólo pudiera ser un mercado nacional y consideró que el mercado mundial era pertinente si existía una competencia mundial entre el producto subvencionado y el producto similar de otro Miembro en condiciones (como condiciones

154 Informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas y determinados Estados miembros - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles*, WT/DS316/AB/R (2011), párr. 1047.

155 Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (upland)*, WT/DS/267/AB/R (2005); véase el relato de *R. H. Steinberg*, AJIL 99 (2005), p. 852 y ss.

marco comparables para la competencia y los costes de transporte) que apoyaran la suposición de un mercado mundial:

"[...] recordando que una definición aceptada de ‚mercado‘ es ‚el área de actividad económica en la que compradores y vendedores se reúnen y las fuerzas de la oferta y la demanda afectan a los precios‘, parece razonable concluir que dos productos estarían en el mismo mercado si estuvieran involucrados en una competencia real o potencial en ese mercado. Así pues, dos productos pueden estar "en el mismo mercado" aunque no se vendan necesariamente al mismo tiempo y en el mismo lugar o país. Como señaló correctamente el Grupo Especial, el alcance del "mercado", para determinar el área de competencia entre dos productos, puede depender de varios factores, como la naturaleza del producto, la homogeneidad de las condiciones de competencia y los costes de transporte. Este mercado para un producto concreto bien podría ser un ‚mercado mundial‘".¹⁵⁶

100 Los beneficios gubernamentales en la industria de la aviación encierran un considerable potencial de conflicto.

EE.UU. se ha opuesto con éxito a las subvenciones al consorcio Airbus. (incluidas las ayudas a la puesta en marcha del Banco Europeo de Inversiones y el apoyo financiero de los Estados miembros de la UE). Por su parte, la Unión Europea ha iniciado un procedimiento de solución de diferencias en relación con la subvención al fabricante de aviones Boeing por parte de EE.UU. (mediante desgravaciones fiscales, medidas de infraestructura, apoyo financiero a la investigación y el desarrollo y acceso a los derechos de propiedad intelectual y a las instalaciones gubernamentales para contratos militares) en detrimento de los proveedores extranjeros, en el que se estableció una violación del Acuerdo SMC (*United States - Large Civil Aircraft - Second Complaint*).¹⁵⁷

Además, la Unión Europea ha iniciado un procedimiento de solución de diferencias en el asunto *Estados Unidos - Incentivos fiscales condicionales para grandes aeronaves civiles* debido a los importantes incentivos fiscales concedidos por el Estado de Washington a Boeing por un total aproximado de 6.000 millones de dólares, en violación del Artículo 3.1(b) y del artículo 3.2 del Acuerdo SMC.¹⁵⁸ En todos estos casos, el Órgano de Apelación modificó en gran medida el informe del grupo especial de primera instancia. Esto demuestra lo difícil que resulta la interpretación del Acuerdo SMC en muchos casos.

156 Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (upland)*, WT/DS/267/AB/R (2005), párr. 408.

157 Solución de diferencias de la OMC, *Estados Unidos - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles*, diferencia DS353, disponible en: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds353_e.htm; véase en particular el informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles*, WT/DS353/AB/R (2012).

158 El Órgano de Apelación rechazó las conclusiones del Grupo Especial sobre la violación del Acuerdo SMC, *Estados Unidos - Incentivos fiscales condicionales para grandes aeronaves civiles*, WT/DS487/AB/R (2017).

- 101** De las posibles contramedidas, la imposición de derechos compensatorios (Artículo 19) es el instrumento más importante en la práctica.

Según el artículo 32.1 del Acuerdo SMC:

"sólo se adoptarán medidas específicas contra una subvención de otro Estado miembro [...] de conformidad con las disposiciones del GATT de 1994, tal como se interpretan en el presente Acuerdo".

En el asunto *Enmienda Byrd (EE.UU. - Ley de compensación por continuación del dumping y subvenciones de 2000)*, el Órgano de Apelación del Órgano de Solución de Diferencias calificó una medida de "específica" en el sentido del artículo 32.1. del Acuerdo SMC si es una reacción a actos para los que la subvención es "constitutiva".¹⁵⁹ Como el Órgano de Apelación ha aclarado además, una medida está dirigida contra las "exportaciones subvencionadas" si tiene un "efecto perjudicial" sobre la práctica subvencionadora de otro Estado o tiene un efecto disuasorio sobre ella.¹⁶⁰ Estas medidas de defensa deben encajar en los mecanismos de respuesta permitidos por el Acuerdo SMC. Esto representa una restricción significativa del potencial de acción de cada uno de los miembros.¹⁶¹

El asunto *Enmienda Byrd (EE.UU. - Ley de Compensación por la Continuación del Dumping y las Subvenciones de 2000)* se refería a una ley según la cual la Administración de Aduanas de EE.UU. debía efectuar pagos de compensación por subvenciones o dumping prohibidos a las empresas estadounidenses perjudicadas por dichas subvenciones o dumping. El Órgano de Apelación consideró que esta normativa era ilegal, ya que iba más allá de las reacciones admisibles enumeradas en el Acuerdo SMC.¹⁶²

- 102** El Acuerdo SMC regula un procedimiento separado de solución de diferencias y prevé remedios específicos (artículo 4, 7). El recurso adecuado consiste en que el Miembro responsable retire la subvención o adopte de otro modo las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables de la subvención (artículo 7.8). En el caso de las subvenciones a Airbus,¹⁶³ EE.UU. inició un procedimiento de cumplimiento (de conformidad con el artículo 21 (f) del Entendimiento sobre Solución de Diferencias y el artículo 7 del Acuerdo SMC); en este procedimiento, el Órgano de Apelación concluyó que las subvenciones de la Unión Europea siguen teniendo efectos adversos en el sentido del Artículo 5 del Acuerdo. En el procedimiento subsiguiente sobre contramedidas, un tribunal de arbitraje (artículo 22 párr. 6 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias) autorizó a EE.UU., en virtud del artículo 7.9 del Acuerdo SMC y del artículo 22.7 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias, a adoptar contramedidas

159 Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Ley de compensación por continuación del dumping y subvenciones de 2000*, WT/DS 217 & 234/AB/R (2003), párr. 242.

160 Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Ley de compensación por continuación del dumping y subvenciones de 2000*, WT/DS 217 & 234/AB/R (2003), párr. 247.

161 Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Ley de compensación por continuación del dumping y subvenciones de 2000*, WT/DS 217 & 234/AB/R (2003), párr. 273.

162 Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Ley de compensación por continuación del dumping y subvenciones de 2000*, WT/DS 217 & 234/AB/R (2003), párr. 265.

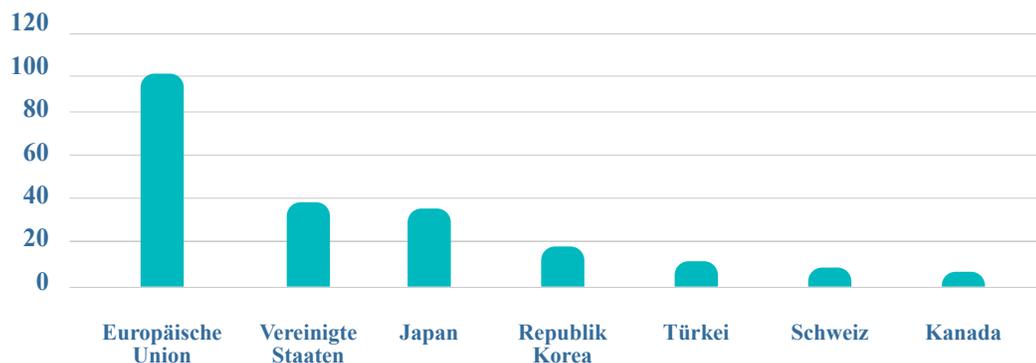
163 Solución de diferencias de la OMC, *Estados Unidos - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles*, diferencia DS353, disponible en: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds353_e.htm; véase en particular el informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles*, WT/DS353/AB/R (2012).

contra la Unión Europea y determinados Estados miembros por valor de 7.500 millones de USD anuales.

b) Subvenciones en el sector agropecuario

103 Las subvenciones en el comercio agrícola son especialmente explosivas.¹⁶⁴ Sobre todo, la Unión Europea y - a una distancia considerable - Japón y EE.UU. son responsables de una distorsión masiva de la competencia mundial en el sector agrícola con sus subvenciones a la agricultura. Los países emergentes y en desarrollo orientados a la exportación sufren especialmente las subvenciones a la exportación. Además, las medidas de ayuda interna, es decir, las que conceden los países industrializados a la agricultura nacional independientemente de las exportaciones, distorsionan la competencia. Sin embargo, las subvenciones agrícolas de los países industrializados reducen el nivel de precios mundial de muchos productos agrícolas. Esto beneficia a algunos países en desarrollo que son importadores netos de productos agrícolas. A pesar de un descenso significativo, los países de la OCDE seguirán pagando alrededor de 353.000 millones de euros en subvenciones agrícolas en 2021. En India, los consumidores de productos agrícolas reciben un fuerte apoyo estatal, mientras que la propia agricultura sólo recibe ayudas limitadas.

Agrarbeihilfen für Produzenten



Satand: 2020
 Geschätzte Angaben in Milliarden US-Dollar
 Quelle: OECD, Producer and Consumer Support
 Estimates, OECD Agriculture statistics, 2021

104 *El Acuerdo sobre la Agricultura (Acuerdo sobre la Agricultura, AoA)* tiene como principal objetivo una reducción gradual de las subvenciones agrícolas dentro de un periodo de aplicación que ya ha expirado hace tiempo. El Acuerdo SMC excluye las subvenciones a la exportación autorizadas en el Acuerdo sobre la Agricultura de las subvenciones prohibidas y sujetas a medidas compensatorias (artículo 3.1 y artículo 5 frase 2). El requisito previo para tal exención es una justificación explícita en el Acuerdo sobre la Agricultura.¹⁶⁵

164 T. Beierle, *Agricultural Trade Liberalisation - Uruguay, Doha, and Beyond*, JWT 36 (2002), p. 1089 y ss.; D. K. Das, *The Doha Round of Multilateral Trade Negotiations and Trade in Agriculture*, JWT 40 (2006), p. 259 y ss.; W. Koo/P. L. Kennedy, *The Impact of Agriculture Subsidies on Global Welfare*, *American Journal of Agriculture and Economics* 88 (2006), p. 1219 y ss.

165 Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (upland)*, WT/DS/267/AB/R (2005), párrs. 529 y ss. (545).

El Acuerdo sobre la Agricultura modifica el "enfoque del semáforo" del Acuerdo SMC. El Acuerdo sobre la Agricultura prescinde de la lista de ayudas prohibidas ("rojas"). Las medidas de ayuda que tienen un claro efecto distorsionador del comercio y la competencia y están sujetas a una obligación de reducción gradual entran en la denominada caja ámbar (artículo 6.1 a 6.4 del Acuerdo sobre la Agricultura). Las medidas legalmente autorizadas se asignan a la caja verde. Algunas medidas de la denominada caja azul están exentas de la obligación de reducción en condiciones definidas con mayor precisión.

- 105** En el artículo 6 y ss. junto con el anexo 2 del Acuerdo sobre la Agricultura, el acuerdo regula las subvenciones no relacionadas con la exportación ("medidas de apoyo interno"). Las subvenciones internas individuales, como las medidas de apoyo regional, social y medioambiental y determinados pagos directos independientes de la producción (como caja verde medidas) están exentas de los compromisos de reducción. Otra exención de la obligación de reducción se aplica a las medidas de la caja azul como los pagos directos como parte de programas de restricción de la producción, por ejemplo para la retirada de tierras (artículo 6.5 *lit. a* AoA).

La Decisión Ministerial de Bali sobre la *constitución de existencias* públicas con fines de seguridad alimentaria (*Public Stockholding for Food Security Purposes*)¹⁶⁶ permite a los países en desarrollo, como India, subvencionar su propia agricultura durante un periodo transitorio (hasta la creación de una normativa contractual) mediante la compra de grano a precios inflados con el fin de almacenarlo para garantizar el abastecimiento alimentario de la población. Estas medidas pueden ser impugnadas en los procedimientos de solución de diferencias debido a su incompatibilidad con el Acuerdo sobre la Agricultura (artículo 6.3. y 7.2. *lit. b*).

- 106** Las subvenciones a la exportación (en el sentido del artículo 1 *lit. e* AoA) también están sujetas a compromisos de reducción (artículo 3.3, 9 AoA). Basándose en el periodo de referencia 1986-1990, esta obligación de reducción corresponde al 36% del volumen de subvenciones y al 21% de la cantidad subvencionada a la exportación de materias primas en los países industrializados (Artículo 9.2 *lit. b iv*). Con mucho, las subvenciones a la exportación más elevadas para el sector agrícola en una comparación internacional las concede la Unión Europea.

Según el artículo 10.1 del Acuerdo sobre la Agricultura, un miembro de la OMC no puede autorizar subvenciones a la exportación que no estén sujetas a una obligación de reducción en virtud del Artículo 9.1 del Acuerdo sobre la Agricultura, de manera que se eludan las normas sobre subvenciones a la exportación. Se discute si los créditos a la exportación (con los que los países industrializados conceden a otros países ayuda financiera para la importación de productos agrícolas del país donante) también están sujetos a las obligaciones contractuales de reducción.

En la décima Conferencia Ministerial de la OMC, celebrada en Nairobi en diciembre de 2015, los miembros acordaron eliminar progresivamente las subvenciones a la exportación y otras medidas de competencia a la exportación para 2018.¹⁶⁷

166 WT/MIN (13) /38 - WT/L/913.

167 Véase la Declaración Ministerial de 19 de diciembre de 2015, WT/MIN (15) /45; véase también la sección 10, párrafo 15.

c) Dumping y medidas antidumping

107 Al igual que las subvenciones, el GATT no prohíbe en general las medidas de dumping. Se trata del suministro barato de mercancías para la exportación "por debajo de su valor", es decir, a precios más bajos en el extranjero que en el país de origen (artículo VI:1 frase 1 GATT). El dumping es un medio muy utilizado por las empresas privadas para ampliar su cuota de mercado en el extranjero. A veces, el precio de exportación es incluso inferior a los costes de producción. El GATT responde a la posible distorsión de la competencia mediante medidas de dumping con la autorización del artículo VI:2 para imponer derechos antidumping, que pueden llegar hasta el nivel del "margen de dumping" (Sección 2).¹⁶⁸

108 El acuerdo antidumping clasifica un producto como objeto de dumping,

"si su precio al exportarse de un país a otro es inferior al precio comparable del producto similar en el curso de operaciones comerciales normales en el país exportador" (artículo 2.1).

Este "margen de dumping" se calcula generalmente como la diferencia entre el precio de venta en el país de origen y el precio de venta en el país importador. Si las circunstancias especiales del mercado nacional no permiten fijar precios que reflejen el valor normal como referencia, puede utilizarse como base el precio en un tercer país o los costes de producción en el país de origen más un margen razonable por costes de comercialización y beneficio, de conformidad con el Artículo 2.2 del acuerdo:

"Artículo 2.2 Cuando el producto similar no se venda en el curso de operaciones comerciales normales en el mercado interno del país exportador, o cuando la situación particular del mercado o el bajo volumen de ventas en el mercado interno del país exportador no permita una comparación razonable, el margen de dumping se determinará bien por comparación con un precio comparable del producto similar exportado a un tercer país apropiado, siempre que este precio sea representativo, bien por comparación con el coste de producción en el país de origen más una cantidad razonable en concepto de gastos administrativos, de venta y de carácter general y en concepto de beneficios".

En el asunto *Australia - A 4 Copy Paper*, el Grupo Especial calificó por primera vez la ayuda estatal a un producto básico de interferencia en la formación normal de los precios en el país de origen, lo que puede permitir un cálculo alternativo de la horquilla de precios. Al hacerlo, el Grupo Especial rechazó la aplicación exclusiva del Acuerdo SMC (con referencia a su Artículo 32.1).¹⁶⁹ Sin embargo, el requisito previo para un cálculo alternativo de la gama de precios es que la ayuda estatal en el caso concreto impida una comparación adecuada en el sentido del Artículo 2.2 del acuerdo.¹⁷⁰

¹⁶⁸ Sobre estas contramedidas, véase *R. Bierwagen*, GATT Article VI and the Protectionist Bias in Antidumping Laws, 1990.

¹⁶⁹ Informe del Grupo Especial *Australia - Medidas antidumping sobre el papel de copia A4*, WT/DS529/R (2020), párrs. 7.41 y ss.

¹⁷⁰ Informe del Grupo Especial *Australia - Medidas antidumping sobre el papel de copia A4*, WT/DS529/R (2020), párrs. 7.57 y ss.

El acuerdo sobre la aplicación del artículo VI del GATT de 1994 (*Acuerdo sobre la aplicación del Artículo VI del GATT 1994 - Acuerdo Antidumping*).¹⁷¹ De forma similar al Acuerdo SMC, el Acuerdo Antidumping somete las "medidas específicas" contra las exportaciones subvencionadas de otro Estado miembro a normas de justificación especiales con un *numerus clausus* de mecanismos de defensa permitidos.¹⁷²

- 109** Las normas de la OMC sobre el dumping y las posibles medidas de defensa siempre han sido problemáticas en cuanto a su eficacia. En muchos casos, las empresas intentan eludir el régimen de la OMC para obtener ventajas competitivas en el mercado mundial.

Esto se puede ilustrar con el ejemplo de "*dumping de ensamblaje*" (las llamadas "fábricas de destornilladores"), que pretenden eludir la normativa antidumping. En este caso, no se importan productos finales acabados, sino piezas individuales fabricadas en el extranjero a un nivel de producción relativamente alto y ensambladas en el país para obtener un producto final "nacional" con poco esfuerzo. Las dificultades para hacer frente legalmente a estas prácticas de elusión quedan demostradas por la disputa sobre un reglamento antidumping anterior de la Comunidad Europea, que un grupo especial del GATT calificó de violación del GATT (artículo III: 2 y III: 4).¹⁷³

La Unión Europea y otros miembros de la OMC han desarrollado mecanismos sutiles para defenderse de las estrategias de elusión.¹⁷⁴ Hasta la fecha, no existe un régimen satisfactorio de la OMC para las medidas contra la elusión.

8. Acuerdo sobre la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias

Literatura:

R. Wolfrum/P.-T. Stoll/A. Seibert-Fohr, OMC - Obstáculos técnicos y medidas sanitarias y fitosanitarias, 2007.

- 110** El Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (*Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures - Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias*, Acuerdo MSF) contiene normas de justificación especiales para las medidas restrictivas del comercio destinadas a proteger la vida y la salud humana, animal y vegetal. El Acuerdo MSF se aplica "a todas las medidas sanitarias y fitosanitarias que puedan tener un efecto directo o indirecto sobre el comercio internacional" (Artículo 1.1 frase 1) y obliga a los miembros de la OMC a desarrollar y aplicar dichas medidas de conformidad con este acuerdo (Artículo 1.1 frase 2).

171 E. Vermulst, El Acuerdo Antidumping de la OMC: un comentario, 2005

172 Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Ley de compensación por continuación del dumping y subvenciones de 2000*, WT/DS 217 & 234/AB/R (2003), párrs. 264 f.

173 Informe del Grupo Especial de 22 de marzo de 1999, Doc. GATT. L/6657; adoptado por el Consejo el 16 de mayo de 1999, GATT Doc. C/M/241, p. 26; véase, por ejemplo, M. J. Hahn, "Assembly Dumping" in the EC and the USA, RIW 1991, p. 739 y ss.

174 Véase, por ejemplo, el Reglamento (UE) 2016/1036, DO 2016 L 176/21; A. Birnstiel, Die Abwehr der Umgehung von Antidumpingmaßnahmen im EG-Recht, 2000.

- 111** Las medidas sanitarias y fitosanitarias se definen con más detalle en el Anexo A nº 1. Las medidas de protección animal y vegetal que entran dentro de estas definiciones también deben medirse con el Acuerdo MSF si persiguen objetivos de protección medioambiental de mayor alcance.¹⁷⁵ La propagación no deseada de organismos modificados genéticamente entra dentro del control de "plagas" (*pestes*) en el sentido del Anexo A nº 1 *lit.* a), c) y d).¹⁷⁶
- 112** Como marco jurídico global para las medidas cubiertas con efectos restrictivos sobre el comercio internacional, el Acuerdo MSF tiene una importancia independiente del GATT. Además, somete las restricciones comerciales totalmente no discriminatorias e independientes de las importaciones a una prueba de necesidad basada en normas científicas.
- 113** Además, el Acuerdo MSF tiene una gran relevancia práctica como concreción de las normas de justificación del GATT. Las medidas sanitarias o fitosanitarias contempladas en el Acuerdo MSF se consideran conformes con el GATT (en particular su artículo XX *lit.* b) si cumplen las disposiciones del Acuerdo MSF (artículo 2.4). El Acuerdo MSF limita dichas medidas a lo necesario (Artículo 2.1 y Artículo 2.2). Además, el Acuerdo MSF exige que la aplicación de dicha medida sea científicamente sólida (artículo 2.2):

"Los miembros se asegurarán de que una medida sanitaria o fitosanitaria se aplique sólo en la medida necesaria para proteger la vida o la salud de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, se base en principios científicos y no se mantenga sin testimonios científicos suficientes, salvo en los casos a que se refiere el apartado 7 del artículo 5" .

- 114** En principio, los miembros deben basar sus decisiones en "normas, directrices y recomendaciones internacionales" cuando éstas existan (artículo 3.1).

En el caso *Federación Rusa - Medidas sobre la importación de cerdos vivos, cerdos y otros productos porcinos procedentes de la Unión Europea*, que se refería a las restricciones rusas a la importación debido al brote de peste porcina africana en la Unión Europea, la Federación Rusa tuvo que cumplir las normas formuladas por la Organización Mundial de Sanidad Animal para esta misma enfermedad.¹⁷⁷

Se consideran necesarias medidas que cumplan dichas normas internacionales (artículo 3.2). El Acuerdo MSF exige una justificación especialmente estricta basada en pruebas científicas si un miembro de la OMC se desvía de las normas internacionalmente reconocidas en su evaluación del riesgo (artículo 3.3). El acuerdo se refiere en particular al trabajo de la Comisión del *Codex Alimentarius*, la Oficina Internacional de Epizootias (Organización Mundial de Sanidad Animal) y las organizaciones activas en el marco de la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria (artículo 3.4). Para la evaluación del riesgo y la determinación del nivel adecuado de protección, el Acuerdo MSF exige a los miembros que utilicen los métodos de evaluación del riesgo desarrollados por las organizaciones internacionales competentes (artículo 5.1). Al hacerlo, los miembros deben tener en cuenta las pruebas científicas disponibles (artículo 5.2).

¹⁷⁵ Informe del Grupo Especial *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, WT/DS 291 (2006), párr. 7.203.

¹⁷⁶ Informe del Grupo Especial *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, WT/DS 291 (2006), párrs. 7.231 y ss.

¹⁷⁷ Informe del Órgano de Apelación *Federación de Rusia - Medidas sobre la importación de cerdos vivos, carne de cerdo y otros productos porcinos procedentes de la Unión Europea*, WT/DS 475/AB/R (2018), párrs. 7.263 y ss.

- 115 La sentencia del Órgano de Apelación en el llamado "*litigio de las hormonas*" (*CE-Hormonas*) reviste una importancia fundamental para el necesario respaldo científico.¹⁷⁸

En el "*conflicto de las hormonas*" EEUU se opuso a la prohibición impuesta por la Comunidad Europea a la comercialización e importación de carne de ganado tratado con hormonas. Con su prohibición de importar carne de ganado tratado con hormonas, la Comunidad Europea pretendía alcanzar un nivel de protección más elevado que las normas internacionales de la Comisión del *Codex Alimentarius*. Esto se debía a que la Comunidad Europea exigía una norma de pureza absoluta, mientras que la Comisión del *Codex Alimentarius* establecía límites máximos para los residuos de hormonas artificiales en la carne. La Comunidad Europea adujo como justificación los posibles riesgos para la salud. Los Estados Unidos consideraron que se trataba de la invocación de meros "riesgos fantasma".

- 116 En el "conflicto de las hormonas", el Órgano de Apelación no consideró que cualquier incertidumbre teórica sobre los efectos nocivos de una sustancia para la salud humana constituyera una justificación científica suficiente. La medida debe basarse en una evaluación del riesgo que esté *suficientemente respaldada o razonablemente justificada desde un punto de vista científico* ("*sufficiently supported or reasonably warranted*").¹⁷⁹ El factor decisivo es, por tanto, una "*relación racional*" entre la evaluación del riesgo y la medida (restrictiva del comercio) que debe evaluarse.¹⁸⁰ La evaluación del riesgo puede estar justificada por una opinión científica minoritaria sobre riesgos no resueltos:

"No creemos que una evaluación de riesgos tenga que llegar a una conclusión monolítica que coincida con la conclusión o el punto de vista científico implícito en la medida sanitaria o fitosanitaria. La evaluación del riesgo podría exponer tanto la opinión predominante que representa la "corriente principal" de la opinión científica, como las opiniones de los científicos que adoptan un punto de vista divergente. El artículo 5.1 no exige que la evaluación del riesgo tenga que plasmar necesariamente sólo la opinión de la mayoría de la comunidad científica pertinente. En algunos casos, la mera existencia de opiniones divergentes presentadas por científicos cualificados que han investigado la cuestión concreta en cuestión puede indicar un estado de incertidumbre científica. A veces, la divergencia puede indicar un equilibrio aproximadamente igual de la opinión científica, lo que puede ser en sí mismo una forma de incertidumbre científica. En la mayoría de los casos, los gobiernos responsables y representativos tienden a basar sus medidas legislativas y administrativas en la opinión científica "mayoritaria". En otros casos, gobiernos igualmente responsables y representativos pueden actuar de buena fe basándose en lo que, en un momento dado, puede ser una opinión divergente procedente de fuentes cualificadas y respetadas. Por sí mismo, esto no indica necesariamente la ausencia de una relación razonable entre la medida sanitaria o fitosanitaria y la evaluación del riesgo, especialmente

178 Informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas - Medidas relativas a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS 26/AB/R, WT/DS 48/AB/R (1998), extractos impresos en: EuZW 1998, p. 157 y ss.; por ejemplo, B. Eggers, Die Entscheidung des WTO Appellate Body im Hormonfall, EuZW 1998, p. 147 y ss.; M. M. Slotboom, The Hormones Case: An Increased Risk of Illegality of Phyto-Sanitary Measures, CMLRev. 36 (1999), p. 401 y ss.; V. R. Walker, Keeping the WTO from Becoming the "World Trans-Science Organisation": Scientific Uncertainty, Science Policy and Factfinding in the Growth Hormones Dispute, Cornell International Law Journal 31 (1998), p. 251 y ss.

179 Informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas - Medidas relativas a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS 26/AB/R, WT/DS 48/AB/R (1998), párr. 186.

180 Informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas - Medidas relativas a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS 26/AB/R, WT/DS 48/AB/R (1998), párrs. 193 f.

cuando el riesgo en cuestión es de carácter mortal y se percibe como una amenaza clara e inminente para la salud y la seguridad públicas. La determinación de la presencia o ausencia de esa relación sólo puede hacerse caso por caso, después de tener en cuenta todas las consideraciones que influyen racionalmente en la cuestión de los posibles efectos adversos para la salud."¹⁸¹

Además, el Órgano de Apelación no se centra en una evaluación del riesgo en condiciones de laboratorio, sino que deja margen para una evaluación según las normas de la razón práctica con respecto a las condiciones de la vida real: El factor decisivo es

"el potencial real de efectos adversos sobre la salud humana en el mundo real donde la gente vive trabaja y muere".¹⁸²

Como resultado, la Unión Europea no fue capaz de cumplir los requisitos de una racionalidad fundamentada científicamente con su razonamiento excesivamente abstracto.

- 117** Dentro del marco previsto de justificación científica, el Acuerdo MSF también permite aplicar el principio de precaución para combatir los riesgos en caso de relaciones causales inciertas.¹⁸³ En la "*disputa hormonal*", el Órgano de Apelación dejó claro que el Acuerdo MSF sí da cabida al principio de precaución, por ejemplo en la opción permisible de un miembro de la OMC por un nivel de protección especialmente elevado (sexto párrafo del preámbulo y artículo 3.3) y en la posibilidad de medidas unilaterales en virtud del artículo 5.7. Sobre todo, las normas de precaución también están incluidas en la norma de "pruebas científicas suficientes" (artículo 2.2). Sin embargo, las consideraciones de precaución no permiten ninguna desviación de las normas de justificación del artículo 5.1 y del artículo 5.2:

"Nos parece importante, no obstante, señalar algunos aspectos de la relación del principio de precaución con el Acuerdo MSF. En primer lugar, el principio no se ha incluido en el Acuerdo MSF como motivo para justificar medidas MSF que de otro modo serían incompatibles con las obligaciones de los Miembros establecidas en disposiciones particulares de ese Acuerdo. En segundo lugar, el principio de precaución sí encuentra reflejo en el artículo 5.7 del Acuerdo MSF. Estamos de acuerdo, al mismo tiempo, con las Comunidades Europeas, en que no es necesario suponer que el párrafo 7 del artículo 5 agota la pertinencia del principio de precaución. También se refleja en el sexto párrafo del preámbulo y en el párrafo 3 del artículo 3. En ellos se reconoce explícitamente el derecho de los Miembros a establecer su propio nivel adecuado de protección sanitaria, nivel que puede ser más elevado (es decir, más cauteloso) que el implícito en las normas, directrices y recomendaciones internacionales existentes. En tercer lugar, un grupo encargado de determinar, por ejemplo, si existen "pruebas científicas suficientes" que justifiquen el mantenimiento por parte de un Miembro de una medida sanitaria o fitosanitaria concreta puede, por supuesto, y debe, tener en cuenta que los gobiernos responsables y representativos suelen actuar desde perspectivas de prudencia y precaución cuando se trata de riesgos de daños irreversibles, por ejemplo, que acaben con la vida, para la salud humana. Por último, sin embargo, el principio de precaución no exime por sí mismo, y sin una directiva

181 Informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas - Medidas relativas a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS 26/AB/R, WT/DS 48/AB/R (1998), párr. 194.

182 Informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas - Medidas relativas a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS 26/AB/R, WT/DS 48/AB/R (1998), párr. 187.

183 Sobre el principio de precaución, véase más arriba § 8, 3.

textual clara en ese sentido, a un grupo especial del deber de aplicar los principios normales (es decir, del derecho internacional consuetudinario) de interpretación de los tratados al leer las disposiciones del *Acuerdo MSF*.¹⁸⁴

La necesaria evaluación del riesgo no requiere que un riesgo científicamente probado se cuantifique en términos de un orden de magnitud específico.¹⁸⁵ Un miembro también puede optar por la exclusión de los riesgos residuales ("*nivel de riesgo cero*").¹⁸⁶ Así pues, el Acuerdo MSF está abierto a diferentes aversiones al riesgo en un orden social.

118 En el asunto *Australia - Salmón*, el Órgano de Apelación expuso con más detalle los requisitos para la evaluación del riesgo según el Artículo 5.1 del Acuerdo MSF.¹⁸⁷ Según esto, un Estado debe, en tres pasos

- Los escenarios de daños que deben evitarse (incluido el impacto biológico y económico potencial de la propagación de enfermedades);
- Con la probabilidad de los escenarios de daños y;
- La eficacia de las medidas de defensa:

"[...] consideramos que, en este caso, debe realizarse una evaluación de riesgos en el sentido del artículo 5.1:

(1) *identificar* las enfermedades cuya entrada, establecimiento o propagación desea evitar un Miembro en su territorio, así como las posibles consecuencias biológicas y económicas asociadas a la entrada, establecimiento o propagación de estas enfermedades;

(2) *evaluar la probabilidad* de entrada, establecimiento o propagación de las enfermedades, así como las posibles consecuencias biológicas y económicas asociadas; y

(3) evaluar la probabilidad de entrada, establecimiento o propagación de estas enfermedades *según las medidas sanitarias y fitosanitarias que pudieran aplicarse*".¹⁸⁸

184 Informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas - Medidas relativas a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS 26/AB/R, WT/DS 48/AB/R (1998), párr. 124.

185 Informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas - Medidas relativas a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS 26/AB/R, WT/DS 48/AB/R (1998), párr. 186.

186 Informe del Órgano de Apelación *Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón*, WT/DS 18/AB/R (1998), párr. 125.

187 Informe del Órgano de Apelación *Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón*, WT/DS 18/AB/R (1998).

188 Informe del Órgano de Apelación *Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón*, WT/DS 18/AB/R (1998), párr. 121.

- 119** En el caso *manzanas japonesas (Japón - Medidas que afectan a la importación de manzanas)*,¹⁸⁹ el Grupo Especial y el Órgano de Apelación han especificado más las normas para la evaluación del riesgo y la gestión del riesgo basada en ésta para las medidas de restricción de las importaciones.

Este caso se refería a restricciones de gran alcance a la importación de manzanas procedentes de EE.UU., cuyo objetivo era evitar la introducción del fuego bacteriano en Japón. Estas restricciones iban desde pruebas intensivas y órdenes de cuarentena hasta la prohibición total de las importaciones.

Según el informe del grupo especial confirmado por el Órgano de Apelación en el asunto *manzanas japonesas*, las "pruebas científicas suficientes" en el sentido del artículo 2.2 del RPU sólo pueden ser aportadas por métodos científicos reconocidos. La información insuficientemente fundamentada y las hipótesis no demostradas no cumplen estos requisitos.¹⁹⁰ Al margen de estas normas, un Estado no puede justificar las restricciones a la importación alegando que su evaluación es preferible. La introducción del principio de proporcionalidad como norma de revisión es especialmente destacable. Según éste, ya no existe una "*relación racional u objetiva*" entre la medida examinada y los hallazgos científicos si las medidas adoptadas son claramente desproporcionadas con respecto al riesgo demostrable ("*clara desproporción*").¹⁹¹

- 120** En ausencia de pruebas científicas fiables sobre las relaciones de riesgo, el artículo 5.7 del SPS autoriza la adopción de medidas provisionales. Como decidió el Órgano de Apelación del Órgano de Solución de Diferencias en el caso *Japón - Productos agrícolas*, un Estado debe seguir buscando información después de adoptar dichas medidas provisionales y revisar las medidas en un plazo razonable.¹⁹² En el caso *manzanas japonesas*, el Órgano de Apelación aclaró que los testimonios científicos disponibles son "insuficientes" en el sentido del artículo 5.7 del SPS si no permiten una evaluación adecuada del riesgo de conformidad con el Artículo 5.1 del SPS:

" Las pruebas "científicas pertinentes" serán "insuficientes" en el sentido del artículo 5.7i si el conjunto de pruebas científicas disponibles no permite, en términos cuantitativos o cualitativos, realizar una evaluación adecuada de los riesgos, tal como se exige en el artículo 5.1 y se define en el anexo A del *Acuerdo MSF*. "¹⁹³

189 Informe del Órgano de Apelación *Japón - Medidas que afectan a la importación de manzanas*, WT/DS 245 (2003).

190 Informe del Grupo Especial *Japón - Medidas que afectan a la importación de manzanas*, WT/DS 245 (2003), párrs. 8.92 f.

191 Informe del Grupo Especial *Japón - Medidas que afectan a la importación de manzanas*, WT/DS 245 (2003), párrs. 8.198 y ss.; Informe del Órgano de Apelación, párr. 163.

192 Informe del Órgano de Apelación *Japón - Medidas que afectan a los productos agrícolas*, WT/DS 76/AB/R (1999), párr. 92.

193 Informe del Órgano de Apelación *Japón - Medidas que afectan a la importación de manzanas*, WT/DS 245 (2003), párr. 179.

- 121** Las normas de justificación especificadas por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC de conformidad con el GATT y el Acuerdo MSF tienen una importancia considerable para los conflictos comerciales, como los que pueden surgir de una gestión de riesgos demasiado estricta por parte de la Unión Europea en el campo de la biotecnología.¹⁹⁴ Las reservas "socioeconómicas" contra los productos modificados genéticamente (como los alimentos o las semillas) no sirven en ningún caso para cumplir las normas de justificación racional de las prohibiciones de importación y las restricciones comerciales en el sentido del Acuerdo MSF.¹⁹⁵

En el asunto *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la autorización y comercialización de productos biotecnológicos*, EE.UU. y varios otros Estados iniciaron un procedimiento de solución de diferencias contra la moratoria de la Comunidad Europea (de 1998 a 2004) sobre la autorización de alimentos modificados genéticamente, que equivalía a una prohibición absoluta de las importaciones.¹⁹⁶ En su informe, el grupo especial competente incluyó la moratoria de facto sobre la autorización de productos biotecnológicos en el ámbito de aplicación del Acuerdo MSF, de conformidad con su anexo A n° 1. Aunque el panel no categorizó la moratoria como una "medida" restrictiva del comercio en el sentido del Anexo A n° 1 debido a la falta de contenido normativo propio, sí supuso una violación del deber de proceder con celeridad de acuerdo con el Artículo 8 en conjunción con el Anexo C n° 1 *lit.* a. El grupo subrayó que una moratoria no sustituye a la evaluación del riesgo exigida por el acuerdo¹⁹⁷ y que el principio de precaución no debe neutralizar el deber de llevar a cabo un procedimiento rápido.¹⁹⁸

- 122** Las medidas sanitarias deben corresponder a las características regionales en el país de origen de un producto o en el país de destino (artículo 6.1 SPS). Esto se aplica, en particular, a las zonas poco o nada afectadas por la aparición de determinadas enfermedades o plagas. También en este caso deben respetarse las normas de las organizaciones internacionales competentes (Artículo 6.1 p. 2 SPS). Los miembros importadores deben reconocer el concepto de zonas libres de plagas; según éste, las medidas sanitarias para combatir las enfermedades procedentes de otro país deben adaptarse específicamente a las condiciones regionales del país de origen.¹⁹⁹ El país exportador está sujeto a una considerable carga de la prueba en lo que respecta a las zonas libres de enfermedades o plagas y debe proporcionar al país de destino la información necesaria para una evaluación fiable del riesgo.²⁰⁰

194 Covelli/Hohots, *The Health Regulation of Biotech Foods under The WTO Agreements*, *Journal of International Economic Law*, 2003, p. 773 y ss.

195 Véase, por ejemplo, M. Herdegen, *Biotechnology and Regulatory Risk Assessment*, en: G. Bermann/M. Herdegen/P. Lindseth (eds.), *Transatlantic Regulatory Cooperation*, 2001, p. 301 y ss; *ibid.*, *Risiken für Umwelt und Gesundheit im Spannungsfeld nationaler und internationaler Regulierungsphilosophien*, en: R. Breuer (ed.), *Regelungsmaßstab und Steuerungskraft des Umweltrechts, Recht der Wasser- und Energiewirtschaft*, Heft 27, 2000, p. 61 y ss.

196 Informe del Grupo Especial *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, WT/DS 291 (2006).

197 Informe del Grupo Especial *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, WT/DS 291 (2006), párr. 7.1517.

198 Informe del Grupo Especial *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, WT/DS 291 (2006), párr. 7.1517.

199 Informe del Órgano de Apelación *Federación de Rusia - Medidas sobre la importación de cerdos vivos, carne de cerdo y otros productos porcinos procedentes de la Unión Europea*, WT/DS 475/AB/R (2018), párr. 5.153.

200 Informe del Órgano de Apelación *Federación de Rusia - Medidas sobre la importación de cerdos vivos, carne de cerdo y otros productos porcinos procedentes de la Unión Europea*, WT/DS 475/AB/R (2018), párr. 5.564.

El caso *Federación Rusa - Medida sobre la importación de cerdos vivos, carne de cerdo y otros productos porcinos procedentes de la Unión Europea* ilustra lo complejas que son las normas sobre medidas sanitarias en zonas libres de plagas o enfermedades dentro de un país, tanto para el miembro importador como para el miembro exportador.²⁰¹

9. Acuerdo sobre obstáculos técnicos al comercio

Literatura:

M. Wagner/H. Heistermeyer/P.-T. Stoll (eds.), *Comentarios sobre el derecho mercantil mundial: Volumen 4: Obstáculos técnicos y medidas sanitarias y fitosanitarias*, 2ª ed. 2023, *R. Wolfrum/P.-T. Stoll/A. Seibert-Fohr*, *WTO-Technical Barriers and SPS Measures*, 2007.

- 123** El Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (*Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio*, Acuerdo OTC) contiene otra limitación de las medidas restrictivas del comercio. El Acuerdo OTC abarca los documentos con reglamentos, en particular sobre las características de los productos, los procesos de producción, el envasado y el etiquetado de los productos.

En el asunto *CE - Productos derivados de la foca*, el Órgano de Apelación no clasificó las condiciones para la comercialización autorizada de productos derivados de la foca, como las relativas a la caza por parte de grupos indígenas y a la gestión no comercial de los recursos marítimos, como reglamentos sobre las características de los productos.²⁰²

- 124** El Convenio distingue entre "reglamentos técnicos" vinculantes y "normas" no vinculantes (Anexo 1, 1. y 2). También existen "reglamentos técnicos" cuando las normativas gubernamentales especifican los requisitos de un determinado etiquetado, aunque su uso sea voluntario.

Por ejemplo, en el asunto *EE.UU. - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos del atún (EE.UU. - Atún II)*, el Órgano de Apelación calificó de reglamento técnico la normativa legal y administrativa sobre determinados métodos de pesca como requisito previo para el uso admisible del etiquetado voluntario "dolphin-safe" para el atún:

"[...] la determinación de si una medida particulare constituye un reglamento técnico debe hacerse a la luz de las características de la medida en cuestión y de las circunstancias del caso. En este caso, observamos que la medida estadounidense se compone de actos legislativos y reglamentarios de las autoridades federales estadounidenses e incluye disposiciones administrativas. Además, la medida en cuestión establece una definición única y jurídicamente obli-

201 Informe del Órgano de Apelación *Federación de Rusia - Medidas sobre la importación de cerdos vivos, carne de cerdo y otros productos porcinos procedentes de la Unión Europea*, WT/DS 475/AB/R (2018).

202 Informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas - Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de la foca*, WT/DS 400/AB/R, WT/DS 401/AB/R (2014), párr. 5.58: "[...] cuando se consideran los aspectos prohibitivos del Régimen de la UE relativo a la foca a la luz de las excepciones CI y MRM, resulta evidente que la medida no se ocupa de prohibir la comercialización en el mercado de la UE de productos derivados de la foca como tales. En su lugar, establece las condiciones para la comercialización de productos derivados de la foca en el mercado de la UE basándose en criterios relativos a la identidad del cazador o al tipo o finalidad de la caza de la que procede el producto. Consideramos que ésta es la característica principal de la medida. Siendo así, no consideramos que la medida en su conjunto establezca características del producto. Esto no cambia por el hecho de que las disposiciones administrativas del régimen comunitario de la foca puedan "aplicarse" a los productos que contienen foca."

gatoria de producto de atún "sin riesgo para los delfines" y prohíbe el uso de otras etiquetas en los productos de atún que no satisfagan esta definición. Al hacerlo, la medida estadounidense prescribe de forma amplia y exhaustiva las condiciones que se aplican para hacer cualquier afirmación sobre un producto de atún en cuanto a su "seguridad para los delfines", independientemente de la forma en que se haga dicha afirmación. En consecuencia, la medida estadounidense abarca todo el ámbito de lo que significa 'dolphin-safe' en relación con los productos del atún. Por estas razones, consideramos que el Grupo Especial no se equivocó al calificar la medida en cuestión de 'reglamento técnico' en el sentido del Anexo 1.1 del Acuerdo OTC".²⁰³

El principio de no discriminación y el principio del trato de nación más favorecida se aplican a los reglamentos técnicos (artículo 2.1 Acuerdo OTC):

"Los Miembros se asegurarán de que las mercancías importadas del territorio de otro Miembro reciban un trato no menos favorable que el concedido a las mercancías similares de origen nacional o a las mercancías similares originarias de cualquier otro país en materia de reglamentos técnicos."

- 125** El "trato menos favorable" de las mercancías importadas en el sentido del artículo 2.1 del Acuerdo OTC depende de si la relación de competencia con las mercancías y productos nacionales se modifica en detrimento de las importaciones y de si este cambio desventajoso es expresión de discriminación.²⁰⁴ La mera desventaja de hecho o de derecho no viola la prohibición de discriminación siempre que el reglamento técnico se base en un interés general reconocido, como la protección de la salud, y se persiga de forma objetivamente coherente ("imparcialidad").²⁰⁵ Así, en el asunto *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, el Órgano de Apelación consideró que la persecución no discriminatoria de intereses legítimos es una especie de barrera inherente al artículo 2.1 del Acuerdo OTC:

"[...] el contexto y el objeto y fin del Acuerdo OTC pesan a favor de interpretar el requisito de 'trato no menos favorable' del artículo 2.1 como la prohibición de la discriminación tanto de jure como de facto contra los productos importados, al tiempo que se permite el impacto perjudicial sobre las oportunidades competitivas de las importaciones que se deriva exclusivamente de distinciones reglamentarias legítimas".²⁰⁶

Con el mismo espíritu, el Órgano de Apelación en el caso *US - Clove Cigarettes* dio cabida a la protección de la salud al prohibir la comercialización de cigarrillos aromatizados:

203 Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos del atún*, WT/DS381/AB/R (2012), párr. 199.

204 Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo*, WT/DS406/AB/R (2012), párrs. 175, 224; Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos del atún*, WT/DS381/AB/R (2012), párrs. 231 f.

205 Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo*, WT/DS406/AB/R (2012), párr. 175; Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos del atún*, WT/DS381/AB/R (2012), párrs. 229 y ss.; Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Determinados requisitos de etiquetado del país de origen (COOL)*, WT/DS384/AB/R (2012), párr. 293.

206 Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo*, WT/DS406/AB/R (2012), párr. 175.

"235 [...] No consideramos que el Acuerdo OTC [...] deba interpretarse en el sentido de que impide a los Miembros concebir y aplicar políticas de salud pública [...] mediante la reglamentación del contenido de los productos del tabaco, incluida la prohibición o restricción del uso de ingredientes que aumenten el atractivo y la palatabilidad de los cigarrillos para los fumadores jóvenes y potenciales. [...]"

236 [...] No estamos diciendo que un Miembro no pueda adoptar medidas para perseguir objetivos sanitarios legítimos como frenar y prevenir el tabaquismo entre los jóvenes".²⁰⁷

Sin embargo, debe haber una política sanitaria coherente detrás de la preferencia por productos nacionales similares.²⁰⁸

En el asunto *EE.UU. - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos del atún (EE.UU. - Atún II)*, el Órgano de Apelación consideró que se había violado el requisito de "imparcialidad" de las reglamentaciones estadounidenses en materia de etiquetado para la protección de los delfines en la pesca del atún, porque las normas se referían únicamente a un método de pesca específico (practicado por los pescadores mexicanos, pero no por los estadounidenses) en una zona de pesca específica (favorecida por la pesquería mexicana) y discriminaban a la pesquería mexicana.²⁰⁹

- 126** Por último, el trato desigual discriminatorio también puede residir en el hecho de que un reglamento técnico imponga una carga desproporcionada a los fabricantes y usuarios de productos importados o provoque de otro modo un trato desigual arbitrario. En este sentido, el Órgano de Apelación se pronunció en el asunto *US - Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements* sobre las denominaciones de origen prescritas para los productos cárnicos, que tienden a favorecer a los productos nacionales y además proporcionan al consumidor una información poco útil o incluso confusa:

"347 [...] los requisitos de información impuestos a los productores anteriores en virtud de la medida COOL son desproporcionados en comparación con el nivel de información que se comunica a los consumidores a través de las etiquetas obligatorias de venta al por menor. Es decir, una gran cantidad de información es rastreada y transmitida por los productores aguas arriba con el fin de proporcionar a los consumidores información sobre el origen, pero sólo una pequeña cantidad de esta información se comunica realmente a los consumidores de manera comprensible, si es que se comunica. Sin embargo, nada en las conclusiones del Grupo Especial o en el expediente del Grupo Especial explica o proporciona una base racional para esta desconexión. Por lo tanto, consideramos arbitraria la forma en que la medida COOL pretende proporcionar información a los consumidores sobre el origen, a través de las distinciones reglamentarias descritas anteriormente, e injustificable la carga desproporcionada impuesta a los productores y transformadores de fases anteriores.

207 Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor*, WT/DS406/AB/R (2012), párrs. 235 f.

208 Sobre la prohibición de cigarrillos de clavo extranjeros cuando se permite la comercialización de cigarrillos mentolados Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo*, WT/DS406/AB/R (2012), párr. 236.

209 Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos del atún*, WT/DS381/AB/R (2012), párrs. 284 y ss.

395 [...] Ese análisis exige una evaluación independiente y objetiva, basada en un examen del texto de la medida, su diseño, arquitectura, estructura, historia legislativa, así como su funcionamiento. Aunque un grupo especial puede tomar como punto de partida la caracterización que hace el Miembro demandado del objetivo que persigue con la medida, un grupo especial no está vinculado por dicha caracterización. Esto es así especialmente cuando el objetivo de una medida es impugnado entre las partes, y se han planteado argumentos opuestos sobre la base del texto de la medida, su diseño, arquitectura, estructura, historia legislativa y pruebas relativas a su funcionamiento."²¹⁰

En consecuencia, se aplica aquí una prohibición de trato arbitrario o inadecuado similar a la del "*chapeau*" del Artículo XX DEL GATT:

"109. Como hemos observado anteriormente, el equilibrio que establece el preámbulo del *Acuerdo OTC* entre, por una parte, la búsqueda de la liberalización del comercio y, por otra, el derecho de los Miembros a reglamentar no es, en principio, diferente del equilibrio que existe entre la obligación de trato nacional del artículo III y las excepciones generales previstas en el artículo XX del GATT de 1994. El segundo considerando del preámbulo vincula los dos Acuerdos al expresar el "deseo" de "promover los objetivos del GATT de 1994", mientras que el "reconocimiento" del derecho de un Miembro a reglamentar en el sexto considerando se equilibra con el "deseo" expresado en el quinto considerando de garantizar que los reglamentos técnicos, las normas y los procedimientos de evaluación de la conformidad no creen obstáculos innecesarios al comercio internacional. No obstante, observamos que en el GATT de 1994 este equilibrio se expresa mediante la norma de trato nacional del artículo III:4 matizada por las excepciones del artículo XX, mientras que, en el *Acuerdo OTC*, este equilibrio se encuentra en el propio artículo 2.1, leído a la luz de su contexto y de su objeto y fin".²¹¹

Sin embargo, el artículo 2.1. del *Acuerdo OTC* se ocupa de si las desventajas de una medida para el acceso a los mercados se derivan únicamente de una distinción legítima según la finalidad reglamentaria permitida - y no de una discriminación contra los productos importados; por el contrario, el *chapeau* del artículo XX del GATT prohíbe la discriminación no objetiva en la aplicación de uno de los motivos de exención de esta disposición:

"[...] existen diferencias significativas entre los análisis previstos en el artículo 2.1 del *Acuerdo OTC* y el encabezamiento del artículo XX del GATT de 1994. [...] Las] normas jurídicas aplicables en virtud de ambas disposiciones difieren. En virtud del artículo 2.1 del *Acuerdo OTC*, un grupo especial tiene que examinar si el efecto perjudicial que una medida tiene sobre los productos importados se deriva exclusivamente de una distinción reglamentaria legítima y no refleja una *discriminación* contra el grupo de productos importados. En cambio, en virtud del encabezamiento del artículo XX, la cuestión es si una medida se aplica de manera que constituya un medio de *discriminación arbitraria o injustificable* entre países en los que prevalecen las mismas condiciones".²¹²

210 Sobre los requisitos de etiquetado confusos, véase el informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Determinados requisitos de etiquetado del país de origen (COOL)*, WT/DS384/AB/R (2012), párrs. 347, 395.

211 Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo*, WT/DS406/AB/R (2012), párr. 109.

212 Informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas - Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de la foca*, WT/DS 400/AB/R, WT/DS 401/AB/R (2014), párr. 5.311.

- 127** Además, el encabezamiento del Artículo XX del GATT, a diferencia del artículo 2.1. del Acuerdo OTC, tiene por objeto equilibrar el libre comercio y el objetivo de protección respectivo de una medida.²¹³

Además, el Acuerdo OTC prohíbe las restricciones excesivas al comercio internacional que no estén justificadas por determinados intereses generales (artículo 2.2). Entre las justificaciones de los reglamentos técnicos, la segunda frase del Artículo 2.2 del Acuerdo OTC incluye las siguientes

"requisitos de seguridad nacional, prevención de prácticas engañosas, protección de la salud y la seguridad humanas, de la vida y la salud animal y vegetal o del medio ambiente".

- 128** La disposición del artículo 2.2 del Acuerdo OTC somete las restricciones técnicas al comercio a una prueba de proporcionalidad, teniendo en cuenta la contribución de la medida a la realización del objetivo perseguido, el alcance de la restricción comercial efectuada, el peso de los riesgos que deben evitarse y las alternativas disponibles. En este sentido, el Órgano de Apelación declaró en el asunto *EE.UU. - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos del atún (EE.UU. - Atún II)*:

"322. En resumen, consideramos que la evaluación de si un reglamento técnico "restringe el comercio más de lo necesario" en el sentido del artículo 2.2 del *Acuerdo OTC* implica la evaluación de una serie de factores. Un grupo especial debe comenzar por considerar factores que incluyan: (i) el grado de contribución de la medida al objetivo legítimo en cuestión; (ii) el carácter restrictivo de la medida para el comercio; y (iii) la naturaleza de los riesgos en cuestión y la gravedad de las consecuencias que se derivarían del incumplimiento del objetivo u objetivos perseguidos por el Miembro a través de la medida. En la mayoría de los casos, deberá realizarse una comparación entre la medida impugnada y las posibles medidas alternativas. En particular, puede ser pertinente a efectos de esta comparación considerar si la alternativa propuesta es menos restrictiva del comercio, si hiciese una contribución equivalente al objetivo legítimo pertinente, teniendo en cuenta los riesgos que crearía su incumplimiento, y si está razonablemente disponible."²¹⁴

En el asunto *Australia - Empaquetado Sencillo del Tabaco*²¹⁵, el Grupo Especial basó su decisión en una evaluación global del conjunto de medidas de conformidad con el Artículo 2.2 del OTC ("ponderación y equilibrio holísticos de diversos elementos") en relación con la normativa australiana sobre el empaquetado de los productos del tabaco sin empaquetado sugerente ("Empaquetado Sencillo del Tabaco" - TPP):

213 Informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas - Medidas que prohíben la importación y comercialización de productos derivados de la foca*, WT/DS 400/AB/R, WT/DS 401/AB/R (2014), párr. 5.312.

214 Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos derivados*, WT/DS381/AB/R (2012), párr. 322.

215 Informe del Grupo Especial *Australia - Determinadas medidas relativas a las marcas de fábrica o de comercio, las indicaciones geográficas y otros requisitos de empaquetado sencillo aplicables a los productos y al empaquetado del tabaco*, WT/DS435/R, WT/DS441/R, WT/DS458/R, WT/DS467/R (2018). Véase a este respecto *M. Oesch/A. N. Burghartz/V. Manikulam*, "The Jurisprudence of WTO Dispute Resolution" SRIEL 2020, 283.

"7.1724. Como se ha descrito anteriormente, la evaluación de si un reglamento técnico restringe el comercio más de lo necesario, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, implica la ponderación y el equilibrio holístico de varios elementos. [...]

7.1725. En nuestra evaluación de las alegaciones de los demandantes al amparo del artículo 2.2 del Acuerdo OTC, llegamos a las siguientes conclusiones con respecto a los diversos factores pertinentes:

a. El objetivo de las medidas del TPP es mejorar la salud pública reduciendo el consumo y la exposición a los productos del tabaco.

b. Las medidas del TPP son aptas para contribuir significativamente a este objetivo, y de hecho lo hacen;

c. Las medidas del TPP son restrictivas del comercio, en la medida en que dan lugar a una reducción del volumen total de las importaciones; y

d. La naturaleza de los riesgos que se derivarían del incumplimiento del objetivo de Australia es que no se mejoraría la salud pública, ya que no se reduciría el consumo ni la exposición a los productos del tabaco, y las consecuencias de dicho consumo y exposición son especialmente graves.

7.1726. También hemos examinado cada una de las cuatro medidas alternativas propuestas por los denunciantes, y hemos determinado, con respecto a cada una de ellas, que los denunciantes no han demostrado que constituiría una medida alternativa menos restrictiva del comercio que haría una contribución equivalente al objetivo de Australia, en sustitución de las medidas del TPP".

129 Las normas técnicas en el sentido del Acuerdo OTC constituyen una amenaza mucho menor para el comercio internacional que las restricciones comerciales contempladas en el Acuerdo MSF, que impiden el acceso al mercado de un producto per se. Esto justifica una mayor libertad de los miembros de la OMC para organizar la creación de barreras técnicas al comercio.

De particular importancia es la necesaria consideración de las normas internacionales como una restricción del margen de maniobra nacional de conformidad con el Artículo 2.4 del Acuerdo OTC:

"Cuando se requieran reglamentos técnicos y existan normas internacionales pertinentes o estén a punto de ultimarse, los Miembros utilizarán esas normas internacionales o las partes pertinentes de las mismas como base de sus reglamentos técnicos, a menos que esas normas internacionales o las partes pertinentes de las mismas resulten ineficaces o medios inadecuados para alcanzar los objetivos legítimos perseguidos, por ejemplo debido a factores climáticos o geográficos fundamentales o a problemas tecnológicos fundamentales".

- 130** Las normas de la *Comisión del Codex Alimentarius* desempeñan aquí un papel especialmente importante como directriz para los reglamentos técnicos obligatorios de los miembros de la OMC.²¹⁶ Según el artículo 2.4 del Acuerdo OTC, sólo son pertinentes las normas de organizaciones internacionales abiertas a todos los miembros de la OMC.²¹⁷
- 131** Las normas internacionales reconocidas son relevantes como directrices y puntos de referencia para las normativas nacionales, incluso si se formularon con posterioridad a éstas. Esta importancia dinámica de las normas internacionales fue confirmada por el Órgano de Apelación en el litigio sobre la sardina (*Comunidades Europeas - Descripción comercial de las sardinas*) tras el informe del grupo especial.²¹⁸ Esto significa que los miembros de la OMC también deben revisar retrospectivamente sus normativas a la luz de las nuevas normas internacionales y adaptarlas si existe una divergencia injustificable. A diferencia del Acuerdo MSF, el Acuerdo OTC no contiene ninguna reglamentación clara sobre el GATT. El ámbito de aplicación del Acuerdo OTC se solapa con el GATT, en particular con la prohibición de discriminación del Artículo III:4. III:4. El Órgano de Apelación también ha expresado esta opinión:

"175 En consecuencia, el contexto y el objeto y fin del *Acuerdo OTC* pesan a favor de interpretar el requisito de "trato no menos favorable" del artículo 2.1 como la prohibición tanto de la discriminación de *jure* como de *facto* contra los productos importados, al tiempo que se permite el impacto perjudicial sobre las oportunidades competitivas de las importaciones que se deriva exclusivamente de distinciones reglamentarias legítimas.

176 Al igual que los participantes, también nos parece útil considerar el contexto proporcionado por los otros acuerdos cubiertos. En particular, observamos que la obligación de no discriminación del Artículo 2.1 del *Acuerdo OTC* se expresa en los mismos términos que la del Artículo III:4 del GATT 1994 [...].

[...]

180 [...] De forma similar al Artículo III:4 del GATT 1994, el artículo 2.1 del *Acuerdo OTC* exige a los Miembros de la OMC que concedan al grupo de productos importados un trato no menos favorable que el concedido al grupo de productos nacionales similares. El artículo 2.1 prescribe dicho trato específicamente con respecto a los reglamentos técnicos. Por esta razón, un grupo especial que examine una alegación de infracción en virtud del párrafo 1 del artículo 2 debe tratar de determinar si el reglamento técnico en cuestión modifica las condiciones de competencia en el mercado del Miembro que lo ha reglamentado en detrimento del grupo de productos importados con respecto al grupo de productos nacionales similares".²¹⁹

216 Informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas - Descripciones comerciales de las sardinas*, WT/DS 231/AB/R (2002), párrs. 217 y ss.

217 Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos derivados*, WT/DS381/AB/R (2012), párrs. 359, 378.

218 Informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas - Descripciones comerciales de las sardinas*, WT/DS 231/AB/R (2002), párr. 205.

219 Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo*, WT/DS 406/AB/R (2012), párrs. 175 f., 180.

10. El GATS (AGCS)

Literatura:

P. Abel/H. Heistermeyer/P.-T. Stoll (eds.), *Commentaries on World Trade Law: Volume 5: Trade in Services (GATS)*, 2ª ed. 2023, *P. Delimatsis*, *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necesidad, transparencia y diversidad normativa*, 2007, *A. Matoo/R. M. Stern/G. Zanini*, *A Handbook of International Trade in Services*, 2007; *M. Krajewski*, *National Regulation and Trade Liberalisation in Services: The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, 2003; *T. Reinold*, *Der Handel mit Bildungsdienstleistungen nach dem GATS*, 2009; *R. Wolfrum/P.-T. Stoll/C. Feinaugle*, *OMC - Comercio de servicios*, 2008.

132 El AGCS se aplica a las medidas que afectan al comercio de servicios (artículo I:2) (artículo I:1). Todos los tipos de servicios de todos los sectores están cubiertos, a excepción de los "prestados en ejercicio de facultades gubernamentales (artículo I:3 *lit.* b).

133 El AGCS establece una obligación general de trato de nación más favorecida (artículo II:1). Las excepciones al Artículo II se enumeran en un anexo del AGCS. Al igual que el GATT (con las excepciones para los acuerdos de libre comercio y las uniones aduaneras), el AGCS contiene una excepción al principio del trato de nación más favorecida para los acuerdos que liberalizan el comercio de servicios (artículo V).

134 Varias disposiciones importantes del AGCS tienen un alcance limitado y sólo se aplican en el marco de obligaciones "específicas" que los distintos miembros han asumido para determinados sectores de servicios (por ejemplo, para los servicios de telecomunicaciones²²⁰). Entre ellas se incluyen las disposiciones sobre reglamentos internos de aplicación general (artículo VI:1, 3, 5 y 6), así como las obligaciones sobre libre acceso al mercado (Artículo XVI AGCS) y trato nacional (artículo XVII AGCS). El AGCS también incluye un régimen de exención para diversos sectores (como la industria cinematográfica, los servicios financieros o el transporte marítimo).

Los compromisos individuales también se aplican como prohibiciones de restricción a las medidas no discriminatorias (sobre normas de cualificación, normas técnicas y requisitos de autorización artículo VI:4 y 5 AGCS)

135 Las "excepciones generales" (opciones de restricción) están normalizadas en la disposición del artículo XIV DEL AGCS:

"A condición de que las medidas no se apliquen de manera que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre países en que prevalezcan condiciones similares o una restricción encubierta del comercio de servicios, ninguna disposición del presente Acuerdo se interpretará en el sentido de impedir la adopción o aplicación de medidas por cualquier Miembro,

220 *B. Mathews*, *Los acuerdos de la OMC sobre telecomunicaciones*, 2003.

- a. necesario para mantener la moral pública o el orden público;
- b. que sean necesarias para proteger la vida o la salud de las personas, los animales y las plantas;
- c. necesarios para garantizar el cumplimiento de las leyes o reglamentos que no sean incompatibles con el presente Convenio, incluidos aquellos
- d. prevenir las prácticas comerciales engañosas y fraudulentas o hacer frente a las consecuencias del incumplimiento de los contratos de servicios,
- e. proteger la privacidad en el tratamiento y divulgación de datos personales y proteger la confidencialidad de los registros y cuentas personales,
- f. garantizar la seguridad;
- g. que sean incompatibles con el artículo XVII, siempre que el objetivo de la diferencia de trato sea garantizar la liquidación o recaudación equitativa o eficiente de los impuestos directos respecto de los servicios o proveedores de servicios de otros Miembros;
- h. que sean incompatibles con el artículo II, siempre que la diferencia de trato se base en un convenio para evitar la doble imposición o en disposiciones para evitar la doble imposición contenidas en otro acuerdo internacional por el que esté obligado el Miembro".

En el caso de las medidas para proteger la moral pública y el orden público ("*moral pública*" y "*orden público*" Artículo XIV *lit. a* AGCS), los estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación en el marco de los valores nacionales específicos y las opiniones sociales.²²¹

Un miembro sólo puede invocar el "orden público" si "existe una amenaza real y suficientemente grave para los valores fundamentales de la sociedad" (Nota nº 5 al artículo XIV *lit. a* AGCS).

- 136** Las restricciones permitidas al comercio de servicios deben ser siempre medidas proporcionadas a los intereses establecidos en el Artículo XIV. El *chapeau* del Artículo XIV del AGCS exige (al igual que la disposición correspondiente del artículo XX del GATT) una ponderación de los intereses afectados en cada caso. Esto implica también una comparación entre la medida restrictiva del comercio adoptada, por un lado, y las alternativas menos restrictivas, por otro.²²²

221 Informe del Órgano de Apelación *EE.UU. - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, WT/DS 285/AB/R (2005), párr. 299; Informe del Grupo Especial, WT/DS285/R (2004), párrs. 6.461 y ss.

222 Informe del Órgano de Apelación *EE.UU. - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, WT/DS 285/AB/R (2005), párrs. 306 y 307; Informe del Órgano de Apelación *China - Medidas que afectan a los derechos comerciales y a los servicios de distribución de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de entretenimiento*, WT/DS 363/AB/R (2009), párrs. 244 y ss.

En el asunto *China - Medidas que afectan a los derechos comerciales y a los servicios de distribución de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de entretenimiento*, el Órgano de Apelación se ocupó de las medidas adoptadas por la República Popular China para salvaguardar la moral pública en la importación de medios impresos y productos audiovisuales de entretenimiento. Según el sistema impugnado por EE.UU., no sólo el control de los contenidos sino también la importación era responsabilidad de las empresas estatales. El Órgano de Apelación calificó este monopolio de importación de desproporcionado debido a la existencia de alternativas menos drásticas (importación también por empresas privadas con posible participación extranjera con control estatal del contenido).²²³

- 137** La prohibición de discriminación "arbitraria o injustificada" establece límites estrictos a la diferenciación de servicios según el país de origen. En el caso *Argentina - Medidas relativas al comercio de bienes y servicios*, Argentina promulgó una serie de medidas para contrarrestar la evasión fiscal de los proveedores de servicios financieros. Las medidas argentinas diferenciaban entre países de origen "cooperativos" y "no cooperativos". Los países que participaban en un intercambio efectivo de información sobre la base de un acuerdo bilateral se clasificaban como "países cooperativos", al igual que los países que habían entablado negociaciones bilaterales con Argentina, aunque no facilitaran ningún tipo de información. En el procedimiento de infracción solicitado por Panamá, el informe del grupo especial asumió que la regulación argentina violaba el principio de nación más favorecida del artículo II:1 DEL AGCS.²²⁴ La invocación argentina del Artículo XIV *lit. c* del AGCS (garantía de cumplimiento de la normativa nacional) fracasó debido a la discriminación injustificada contra los países que no intercambian información relevante para los impuestos con Argentina.²²⁵

"[...] [A]l conceder el estatuto de cooperante a los países con los que está negociando un acuerdo de intercambio de información fiscal, sin tener en vigor un acuerdo que permita el intercambio efectivo de dicha información, Argentina está aplicando medidas [...] de forma contraproducente para el objetivo que ella misma ha declarado para justificar la distinción entre países cooperantes y no cooperantes."²²⁶

- 138** De gran importancia es la necesaria liberalización del mercado mediante la prohibición de restricciones cuantitativas en el artículo XVI:2 DEL AGCS:

"En los sectores en los que se contraigan compromisos de acceso a los mercados, las medidas que un Miembro no podrá mantener o introducir ni a nivel regional ni para la totalidad de su territorio, a menos que se especifique otra cosa en su Lista, se definen como sigue:

223 Informe del Grupo Especial *China - Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución de determinadas publicaciones y productos de entretenimiento audiovisual*, WT/DS363/R (2009), párr. 7.868; Informe del Órgano de Apelación *China - Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución de determinadas publicaciones y productos de entretenimiento audiovisual*, WT/DS 363/AB/R (2009), párrs. 250 y ss.

224 Informe del Grupo Especial *Argentina - Medidas relativas al comercio de bienes y servicios*, WT/DS453/R (2015), párr. 8.2.b.

225 Informe del Grupo Especial *Argentina - Medidas relativas al comercio de bienes y servicios*, WT/DS453/R (2015), párr. 7.741 y ss.; véase también el informe del Órgano de Apelación *Argentina - Medidas relativas al comercio de bienes y servicios*, WT/DS453/AB/R (2016), párr. 6.3.

226 Informe del Grupo Especial *Argentina - Medidas relativas al comercio de bienes y servicios*, WT/DS453/R (2015), párr. 7.761.

- a. restricciones en el número de proveedores de servicios en forma de cuotas numéricas, monopolios o proveedores de servicios con derechos exclusivos o la exigencia de una prueba de necesidades económicas;
- b. Restricciones sobre el valor total de las transacciones de servicios o activos operativos en forma de cuotas numéricas o la exigencia de una prueba de necesidades económicas;
- c. restricciones al número total de servicios o al volumen total de servicios prestados mediante el establecimiento de unidades numéricas específicas en forma de cuotas o la exigencia de una prueba de necesidades económicas;
- d. restricciones al número total de personas físicas que pueden emplearse en un sector de servicios determinado o que un proveedor puede emplear y que son necesarias para la prestación de un servicio específico y están directamente relacionadas con él, en forma de cuotas numéricas o la exigencia de una prueba de necesidades económicas;
- e. medidas que restrinjan o exijan determinados tipos de formas jurídicas de empresas o empresas conjuntas a través de las cuales un proveedor de servicios pueda prestar un servicio; y
- f. restricciones a la participación de capital extranjero mediante el establecimiento de un límite porcentual máximo para la participación extranjera o para el valor total de las inversiones extranjeras individuales o agregadas".

En el caso *US-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*²²⁷, el Órgano de Apelación del Órgano de Solución de Diferencias asignó a los "contingentes numéricos" una prohibición total de determinados servicios como "contingente cero", por así decirlo.

El caso se refería a una demanda interpuesta por el pequeño Estado de Antigua y Barbuda contra las leyes federales de EE.UU. que dieron lugar a una prohibición general de los servicios transfronterizos de juego y apuestas en el mercado estadounidense.

El Órgano de Apelación ha ampliado la disposición sobre restricciones numéricas del Artículo XVI:2 *lit.* a y c del AGCS a dichas restricciones absolutas de acceso:

"[...] una ,cuota numérica‘ dentro del artículo XVI: 2 (a) parece significar un límite cuantitativo en el número de proveedores de servicios. El hecho de que la palabra ,numérico‘ englobe cosas que ,tienen las características de un número‘ sugiere que las limitaciones ,en forma de cuota numérica‘ englobarían limitaciones que, aunque no sean en sí mismas un número, tienen las características de un número. Dado que el cero es de naturaleza cuantitativa, puede considerarse, en nuestra opinión, que tiene las ,características de‘ un número, es decir, que es ,numérico“ (n° 227).

²²⁷ Informe del Órgano de Apelación *EE.UU. - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas*, WT/DS 285/AB/R (2005); véase el artículo de *J. Trachtman*, AJIL 99 (2005), p. 861 y ss.

- 139** Los compromisos especiales que los distintos miembros de la OMC han contraído con respecto a determinados sectores desempeñan un papel importante, sobre todo en el sector de las telecomunicaciones (Anexo sobre Telecomunicaciones junto con las listas especiales de compromisos de los respectivos miembros de la OMC).

Son especialmente importantes las obligaciones relativas al acceso seguro de los proveedores de otro miembro a las redes y servicios públicos de telecomunicaciones. Para este acceso, el Anexo sobre Telecomunicaciones prevé "condiciones razonables y no discriminatorias" (párrafo 5 lit. a), así como la autorización, por ejemplo, para la conexión de equipos terminales y líneas privadas (párrafo 5 lit. b).

- 140** Las listas específicas de obligaciones remiten a los llamados "documentos de referencia", que especifican con más detalle las obligaciones asumidas. Esto incluye también la evitación de determinadas prácticas que restringen la competencia. Esto confiere a la legislación de la OMC (aunque sólo de forma muy limitada) un impulso de salvaguardia de la competencia.

En el caso México-Medidas que afectan a los servicios de telecomunicaciones,²²⁸ el informe de un grupo especial ha constatado por primera vez un incumplimiento de las obligaciones en materia de derecho de la competencia en el marco del AGCS. El caso se refería a la cooperación anticompetitiva entre el regulador mexicano de las telecomunicaciones y la mayor empresa de telecomunicaciones de México (*Telmex*) a la hora de fijar las tarifas de las llamadas internacionales entrantes. En consecuencia, *Telmex* fijó la tarifa para todos los proveedores de servicios de telecomunicaciones extranjeros; a todas las demás empresas que operaban a nivel nacional no se les permitía cobrar menos de esta tarifa a los proveedores extranjeros y estaban obligadas a una cuota determinada de llamadas entrantes (en función de su cuota de llamadas salientes). Este sistema equivalía a una regulación de las tarifas similar a la de un cártel y a una consolidación de las cuotas de mercado. En este caso principal, la legislación de la OMC pone límites a esta mezcla de regulación estatal y actividad empresarial privada. Según el informe del grupo especial, el régimen de acceso y tarificación de México violaba sus obligaciones en virtud del Anexo sobre Telecomunicaciones (párrafo 5 lit. a y b). Además, México se había comprometido a través del Documento de Referencia sobre Servicios de Telecomunicaciones²²⁹ a tomar medidas razonables para evitar prácticas restrictivas por parte de los proveedores líderes y a garantizar tarifas de interconexión que reflejen los costes. El Grupo Especial constató que:

"México no ha cumplido con sus obligaciones en virtud de la Sección 5(a) del Anexo sobre Telecomunicaciones del AGCS, ya que no garantiza el acceso y el uso de redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones en condiciones razonables a los proveedores de servicios de Estados Unidos para el suministro transfronterizo, sobre la base de instalaciones en México, de los servicios de telecomunicaciones básicas en cuestión" (No. 8.1 (c)).

"México no ha cumplido con sus obligaciones en virtud de la Sección 5(b) del Anexo sobre Telecomunicaciones del AGCS, ya que no garantiza que las agencias comerciales de Estados Unidos, cuya presencia comercial México se ha comprometido a permitir, tengan acceso y uso

228 Informe del Grupo Especial *México - Medidas que afectan a los servicios de telecomunicaciones*, WT/DS 204/R (2004); véase *E. Fox*, *The WTO's First Antitrust Case - Mexican Telecom: A Sleeping Victory for Trade and Competition*, JIEL 9 (2006), p. 271 y ss.

229 http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/telecom_e/tel23_e.htm (consultado el 03 de enero de 2022).

de circuitos privados arrendados dentro o a través de la frontera de México, y se les permita interconectar estos circuitos a las redes y servicios públicos de transporte de telecomunicaciones o con circuitos de otros proveedores de servicios" (No. 8.1. (d)).

11. Aplicabilidad nacional del Derecho de la OMC

Literatura:

Th. v. Danwitz, Der EuGH und das Wirtschaftsvölkerrecht - ein Lehrstück zwischen Europarecht und Politik, JZ 2001, p. 721 ss.; *C.-D. Ehlermann*, Die innergemeinschaftliche Anwendung von Regeln des GATT in der Praxis der EG, in: M. Hilf/E.-U. Petersmann (eds.), GATT und Europäische Gemeinschaft, 1986, p. 203 y ss.; *M. Hilf*, Die Anwendung des GATT im deutschen Recht, en: M. Hilf/E.-U. Petersmann (eds.), loc. cit., p. 11 y ss.; *R. E. Hudec*, Das GATT in der Rechtsordnung der Vereinigten Staaten von Amerika, en: M. Hilf/E.-U. Petersmann (eds.), loc. cit., p. 243 y ss.; *H. Sauer*, Die innergemeinschaftlichen Wirkungen von WTO-Streitbeilegungsentscheidungen - Begriffliche und dogmatische Klärungen, EuR 2004, p. 463 y ss.

- 141** En la legislación de los Estados contratantes, no se suele reconocer efecto directo a las normas del derecho de la OMC. Esto significa que los particulares no pueden invocar el GATT u otras normas de la OMC ante las autoridades y tribunales nacionales ni alegar que han sido violadas.
- 142** El Tribunal de Justicia de la Unión Europea también ha rechazado siempre el efecto directo del GATT para el derecho de la Unión. En consecuencia, aunque la Unión Europea esté vinculada por el GATT, los particulares no pueden, en principio, criticar la violación del GATT por medidas de las instituciones de la Unión.²³⁰ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha justificado esta postura restrictiva por la vaguedad de las disposiciones generales del GATT y los mecanismos especiales previstos para los litigios relativos a las obligaciones derivadas del acuerdo. Otro argumento es la referencia a la práctica de otros Estados miembros de la OMC (reciprocidad).

En la "*disputa del plátano*", el Tribunal de Justicia Europeo reafirmó su rechazo fundamental al uso de las disposiciones del GATT como criterio de revisión de las acciones de las instituciones de la UE.²³¹

La cuestión principal allí era la restricción masiva de la importación de plátanos de terceros países en aras de aumentar las ventas de plátanos de ciertos Estados miembros de la UE y de los llamados "Estados ACP" (Estados de África, el Caribe y el Pacífico vinculados a la Comunidad Europea como parte de una asociación para el desarrollo). Esta restricción de las importaciones ha golpeado con especial dureza a los productores de plátanos de América Central y del Sur (debido a los aranceles extraordinariamente elevados para las importaciones que superen un determinado contingente) y ha provocado un aumento masivo de los precios, sobre todo en Alemania. En un recurso de anulación, el gobierno alemán alegó que esta restricción proteccionista a la importación violaba los principios del GATT (violación del principio de nación

230 TJCE, verbo. Asunto C-21-24/72, EU:C:1972:115 - *International Fruit Company*, Rec. 1972, 1219 (1227 y ss.).

231 TJCE, asunto C-280/93, EU:C:1994: 367 - *Banana Dispute*; véase, por ejemplo, *J. M. Beneyto*, ¿Efecto directo del nuevo sistema de solución de diferencias?, EuZW 1996, p. 295 y ss.; *U. Everling*, ¿Se resbalará Europa con los plátanos? The Bananas Judgment of the Court of Justice and National Courts, CMLRev. 33 (1996), p. 401 y ss.

más favorecida del Artículo I, violación de la obligación de hacer concesiones arancelarias del artículo II y contra el principio de igualdad de trato de los nacionales conforme al Artículo III).²³² Sin embargo, el Tribunal de Justicia de Unión Europea se negó a medir el reglamento comunitario impugnado con las disposiciones del GATT, basándose en el argumento poco convincente de que las disposiciones del GATT no eran incondicionales. Esta decisión fue duramente criticada, con razón.

Según una decisión del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC en el curso ulterior de la "disputa del plátano" de septiembre de 1997,²³³ la Unión Europea ha violado varias disposiciones del GATT a través de las restricciones discriminatorias a la importación y del AGCS a través de los reglamentos discriminatorios sobre el procedimiento de importación y comercialización (el principio de nación más favorecida del artículo II AGCS y el principio de trato nacional del artículo XVII DEL AGCS).

- 143** Las esperanzas de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea revise su jurisprudencia una vez que entre en vigor la nueva organización mundial del comercio con el nuevo régimen de la OMC y el nuevo procedimiento de solución de diferencias aún no se han cumplido.²³⁴ En el preámbulo de su decisión de ratificar los acuerdos comerciales mundiales,²³⁵ el Consejo de la Unión Europea, siguiendo la jurisprudencia del TJCE, rechazó en principio la aplicabilidad directa del derecho de la OMC:

"El Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, incluidos sus anexos, no está concebido para ser directamente aplicable por las jurisdicciones comunitarias y nacionales".

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea debería reconocer la aplicabilidad directa de la legislación de la OMC, al menos después de que las normas de la OMC se hayan concretado mediante decisiones vinculantes del órgano de solución de diferencias. Sin embargo, el TJCE también insiste en su posición fundamentalmente negativa en este caso.

Hasta la fecha, el Tribunal de Justicia Europeo ha mostrado una asombrosa falta de sensibilidad ante la obligación de las Comunidades Europeas de cumplir las obligaciones internacionales derivadas de la legislación del GATT/OMC. También es extraño que ni siquiera los Estados miembros individuales, como partes contratantes del GATT/OMC, puedan hacer que el Tribunal de Justicia Europeo controle el cumplimiento de estas obligaciones contractuales (en el contexto de un recurso de anulación).

232 Una violación de las disposiciones del GATT fue establecida por un informe de un grupo especial en el contexto de una diferencia del GATT, Informe del grupo especial *Comunidades Europeas - Régimen de importación de plátanos ("Plátanos II")*, WT/DS 38/R (1994), véase *M. J. Hahn/G. Schuster*; Sobre la violación del derecho comunitario derivado frente al GATT, EuR 1993, p. 261 y ss.

233 Informe del Grupo Especial *Comunidades Europeas - Régimen de importación, venta y distribución de plátanos*, WT/DS 27/R/ (1997), ILM 37 (1998), p. 243 y ss.; véase *G. Meier*, Der Endbericht der WTO-Panels im Bananenrechtsstreit, EuZW 1997, p. 566 y ss.

234 El TJCE también mantiene su punto de vista restrictivo en su jurisprudencia más reciente: TJCE, asunto C-149/96, EU:C:1999: 574, apartado 25 y ss. - *Portugal contra Consejo*; TJCE, asunto C-307/99, EU:C:2001: 111, apartado 22 y ss. - *OGT Fruchthandelsgesellschaft*. El TJCE también hace referencia al hecho de que los tribunales de otros Estados miembros rechazan la aplicabilidad directa de las normas de la OMC. Sin embargo, sobre la aplicación del derecho procesal nacional de conformidad con el Tratado, véase TJCE, verb. C-300/98 y C-392/98, EU:C:2000: 688 - *Parfums Christian Dior*.

235 DO 1994, L 336/1.

- 144** En el asunto *van Parys*, el TJCE rechazó una revisión del derecho comunitario derivado sobre la organización del mercado del plátano en el marco del derecho de la OMC, incluso después de que hubiera expirado el plazo razonable para aplicar las recomendaciones del OSD en el sentido del Artículo 21 (3) del ESD. En su razonamiento, el TJUE hace referencia a la solución negociada abierta a las partes en caso de diferencias de opinión sobre el contenido de la obligación de aplicación y las contramedidas admisibles.²³⁶ La práctica de la resolución de litigios con disputas prolongadas sobre el establecimiento de la conformidad de las medidas impugnadas con la legislación de la OMC aviva considerablemente la perspectiva del TJUE y su referencia al nivel de derecho internacional de la resolución de conflictos. Sin embargo, esta perspectiva pasa por alto el hecho de que las contramedidas no constituyen una exención de las obligaciones primarias en virtud de la legislación de la OMC (Artículo 22 párr. 1 frase 2 ESD) y que la suspensión de concesiones también depende del alcance del incumplimiento del contrato (Artículo 22 párr. 4 ESD).
- 145** En el asunto *Comisión/Hungría*, el TJUE examinó en detalle, en el marco de un procedimiento de infracción, si la legislación húngara en materia de enseñanza superior viola las obligaciones derivadas del AGCS, ya que éstas forman parte del derecho de la UE.²³⁷ La preocupación subyacente es que la Unión Europea es corresponsable de la infracción cometida por un Estado miembro de la UE.
- 146** No obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reconocido que las disposiciones procesales individuales del Acuerdo sobre los ADPIC controlan la aplicación de la legislación nacional en términos de interpretación conforme al tratado, sin cambiar su postura fundamental sobre la legislación de la OMC. Por ejemplo, en el caso *Dior*, el TJUE exigió que los tribunales de los Estados miembros de la UE tuvieran en cuenta la disposición del Artículo 50 del Acuerdo ADPIC en la medida de lo posible a la hora de tomar medidas provisionales para proteger la propiedad intelectual:
- "En un ámbito al que se aplica el Acuerdo ADPIC y en el que la Comunidad ya ha legislado, como es el caso del derecho de marcas, los tribunales de los Estados miembros [...] están obligados por el Derecho comunitario a tener en cuenta en la mayor medida posible el tenor y la finalidad del artículo 50 del Acuerdo ADPIC al aplicar su legislación nacional en el contexto de la adopción de medidas provisionales para la protección de los derechos comprendidos en dicho ámbito".²³⁸
- 147** Los tribunales estadounidenses siempre han tenido una actitud igualmente reservada hacia la invocación del derecho comercial mundial como criterio para el control interno de las medidas de política económica.²³⁹ La ratificación del sistema de tratados de la OMC por parte del Congreso de Estados Unidos estuvo vinculada a la disposición extraordinariamente problemática de que las normas de la OMC no sustituyen a la legislación nacional vigente. El poder de dirección normativo del sistema de la OMC sufre pérdidas duraderas como consecuencia de estas tendencias.

236 TJCE, asunto C-377/02, EU:C:2005:121, párr. 45 y ss. - *van Parys*.

237 TJCE, asunto C-66/18, EU:C:2020:792 párr. 58 y ss., 94 y ss. *Comisión contra Hungría (ley sobre la enseñanza superior)*.

238 TJCE, ver. Asuntos C-300/98 y C-392/98, EU:C:2000: 688, apartado 47 - *Parfums Christian Dior*; véase también TJCE, asunto C-53/96, EU:C:1998: 292 - *Hermès International*.

239 *Suramerica de Aleaciones Laminadas, C. A. contra Estados Unidos*, 966 F. 2d 660 (Fed. Cir. 1992).

- 148** Se aplican características especiales si una disposición nacional (o de la UE) específica hace referencia al GATT o a otra ley de la OMC y permite al individuo invocar el GATT de forma justificable. Tanto la legislación de la Unión Europea como la de Estados Unidos reconocen este tipo de disposiciones. Se trata de instrumentos procesales con los que se puede hacer valer ante los organismos nacionales la violación de las normas del GATT por parte de otros Estados o las cláusulas de protección en favor de la industria nacional. La legislación estadounidense prevé un procedimiento de este tipo en la Sección 301 de la *Ley de Comercio* de 1974. Esto permite a las empresas privadas iniciar medidas gubernamentales sobre una base legal.²⁴⁰
- 149** El homólogo europeo de estos mecanismos es el Reglamento sobre obstáculos al comercio (Reglamento (UE) 2015/1843).²⁴¹ En virtud de este reglamento, los productores individuales de la UE o un Estado miembro pueden presentar una solicitud a la Comisión para que la Unión tome medidas contra las prácticas comerciales de terceros países que creen obstáculos al comercio en violación de las normas internacionales (tratados internacionales) (artículo 3 (1) y (4) en relación con el Artículo 2 del reglamento).

En un principio se discutió si un solicitante privado puede invocar el GATT ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas si la Comisión niega una violación de las normas del GATT y, por tanto, se niega a intervenir.

En su decisión *Fediol III* de 1989, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea afirmó el derecho de los solicitantes individuales a recurrir ante el Tribunal de Justicia la decisión negativa de la Comisión y a que se revise la compatibilidad de la medida impugnada de un tercer país con el GATT.²⁴² Es cierto que, en principio, los ciudadanos de la UE no pueden invocar las disposiciones del GATT. Sin embargo, el reglamento pertinente para la defensa contra los obstáculos no autorizados al comercio, el Reglamento CEE n° 2641/84, también se refiere al GATT con la referencia al derecho internacional en el apartado 1 del artículo 2.

Además, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha revisado un reglamento anti-dumping del Consejo para comprobar su compatibilidad con el código antidumping y ha basado su sentencia en el hecho de que los considerandos del propio reglamento hacen referencia al código antidumping.²⁴³

12. Solución de diferencias

Literatura:

L. Wanner /H. Heistermeyer/P-T. Stoll (eds.), *Commentaries on World Trade Law: Volume 1: Institutions and Dispute Settlement*, 2ª ed. 2022, *M. Bronckers/N. van den Broek*, *Financial Compensation in the WTO: Improving the Remedies of WTO Dispute Settlement*, *Journal of International Economic Law* 8 (2005), p. 101 y ss.; *Y. Gouhua/B. Mercurio/L. Yongjie/G. Yang/Y. Li*, *WTO Dispute Settlement Un-*

240 Sobre este procedimiento y otros similares en el derecho estadounidense *J. N. Bhagwati/H. C. Patrick* (eds.), *Aggressive Unilateralism: America's 301 Trade Policy and the World Trading System*, 1990; *B. E. Clubb*, *United States Foreign Trade Law* 1991, vol. 1, p. 232 *ss.*; *M. Nettesheim*, *Section 301 of the Trade Act of 1974: Response to Unfair Foreign Trade*, en: *E. Grabitz/A. v. Bogdandy* (eds.), *U. S. Trade Barriers: A Legal Analysis*, 1991, p. 355 y ss.

241 DO 2015, L 272/1.

242 TJCE, asunto C-70/87, EU:C:1989: 254 - *Fediol*, Rec. 1989, 1781 y ss. (1830 y ss.).

243 TJCE, asunto C-69/89, EU:C:1991:186 - *Nakajima*, Rec. 1991, 2069 y ss. (2177 *ss.*).

derstanding: A Detailed Interpretation, 2005; Word Trade Organisation (ed.), A Handbook on the WTO Dispute Settlement System, 2004; R. Howse, The World Trade Organization 20 Years On: Global Governance by Judiciary, EJIL 27 (2016), p. 9 y ss.; P. Pescatore/T. P. Stewart/A. Dwyer, Handbook of WTO/GATT Dispute Settlement (tres vols.), 2007; L. Hsu, Non-violation Complaints - World Trade Organisation Issues and Recent Free Trade Agreements, JWT 39 (2005), pp. 205 ss.; T. Jürgensen, Crime and Punishment: Retaliation under the World Trade Organization Dispute Settlement Sytem, JWT 39 (2005), p. 327 ss.; P. C. Mavroidis, ¿No Outsourcing of Law? WTO Law as Practiced by WTO Courts, AJIL 102 (2008), p. 421 y ss.; H. Sauer, Die innergemeinschaftlichen Wirkungen von WTO-Streitbeilegungsentscheidungen - Begriffliche und dogmatische Klärungen, EuR 2004, pp. 463 y ss.; K. Schollendorf, Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge in der Spruchpraxis des Appellate Body der Welthandelsorganisation (WTO), 2005; R. Schwartmann, Private im Wirtschaftsvölkerrecht, 2005; C. M. Vázquez/J. H. Jackson, Some Reflections on compliance with WTO Dispute Settlement decisions, Law and Policy in International Business, 33 (2002), p. 555 y ss.; E. Vranes, Principles and Emerging Problems of WTO Cross Retaliation, EuZW 2001, p. 10 y ss.; R. Wolfrum/P.-T. Stoll/K. Kaiser (eds.), WTO-Institutions and Dispute Settlement, 2006.

- 150** Como formas de solución de diferencias, el GATT prevé consultas de conformidad con el Artículo XXII y el procedimiento de solución de diferencias en virtud del artículo XXIII, que las partes del acuerdo han desarrollado más allá del escaso texto del acuerdo para asemejarlo a un tribunal de arbitraje. Ambos procedimientos no están necesariamente vinculados entre sí, sino que coexisten. Hasta ahora, la solución de diferencias en el marco del GATT ha tenido como principal objetivo llegar a un entendimiento entre las partes en litigio y no a una decisión cuasi judicial. Aquí es donde entra en juego una reforma fundamental del sistema de solución de diferencias en el marco de la nueva Organización Mundial del Comercio.
- 151** Según el modelo original basado en el artículo XXIII del GATT, la solución de diferencias estaba en última instancia en manos de las partes contratantes representadas en el Consejo del GATT. Bastante pronto en la historia del GATT, el Consejo empezó a encargar a un grupo de expertos un dictamen preparatorio, el llamado "Informe del Grupo Especial". Por regla general, el panel estaba compuesto por tres personalidades independientes y expertas. El informe del panel sólo tenía carácter de recomendación y carecía de efectos jurídicos. Si era adoptado por las partes contratantes, el dictamen del panel se convertía en derecho secundario del GATT. Las partes en litigio también tenían derecho a votar en la decisión sobre la adopción. Aunque la adopción de un informe sólo requería una mayoría simple entre las partes contratantes (artículo XXV: 4), en la práctica la adopción se realizaba por consenso. Algunos informes no se adoptaban formalmente, sino que simplemente se tomaba nota de ellos. En el caso de un informe bien fundamentado, la adopción era la norma.
- 152** Si una de las partes en litigio no cumplía una recomendación adoptada, las partes contratantes podían autorizar a uno o más miembros a suspender sus obligaciones en virtud del GATT (artículo XXIII).
- 153** El *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* (ESD) es uno de los aspectos clave de la reforma del sistema del GATT en el contexto de la ronda *Uruguay* -. La aplicación de este acuerdo recae principalmente en un órgano especial de solución de diferencias (Órgano de Solución de Diferencias, OSD), que está integrado en el marco de la Organización Mundial del Comercio (Artículo 2 párr. 1 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias). Las competencias de este órgano incluyen la creación de grupos especiales, la adopción de propuestas para la solución de diferencias, el seguimiento de las

decisiones y recomendaciones y, por último, la autorización a uno de los Estados miembros para suspender el cumplimiento de determinadas obligaciones como sanción por conductas contrarias al acuerdo por parte de otros miembros (artículo 2 párr. 1).

154 Las principales innovaciones de procedimiento son la aceptación drásticamente simplificada de las recomendaciones de los comités de expertos implicados en un litigio y la introducción de un procedimiento de recurso. El procedimiento también se ha endurecido en términos temporales. Los informes de los comités de expertos deberán adoptarse 60 días después de su aprobación en una reunión del órgano de solución de diferencias. El principio del consenso se invierte en favor de la adopción: el informe se considera adoptado a menos que una de las partes en litigio apele formalmente o que el órgano de solución de diferencias decida por unanimidad no adoptarlo (artículo 16 párrafo 4 del ESD).

155 Se ha creado un órgano permanente de apelación (*Standing Appellate Body*) para revisar los informes de los grupos especiales (artículo 17 ESD). Los informes de este órgano de apelación son aceptados por el órgano de solución de diferencias a menos que se llegue a una decisión contraria a la aceptación por consenso en un plazo de 30 días (artículo 17 párr. 14 ESD). Las decisiones de apelación que han sido aceptadas deben ser cumplidas por las partes en litigio sin restricción alguna. Por regla general, no deben transcurrir más de nueve meses (12 meses en caso de apelación) entre el establecimiento de un grupo especial y la remisión del informe del grupo al órgano de solución de diferencias (artículo 20 p. 1 ESD). Desde finales de 2019, el Órgano de Apelación no ha podido funcionar desde que EE.UU. bloqueó el nombramiento de sus miembros. Esto ha sumido al sistema de solución de diferencias de la OMC en una profunda crisis.

La Unión Europea, Australia, Brasil, la República Popular China y otros Estados europeos, latinoamericanos y asiáticos han acordado un procedimiento de arbitraje de apelación unilateral de conformidad con el artículo 25 del ESD, que se aplicará durante la paralización del *Órgano de Apelación*.²⁴⁴

El Órgano de Apelación ha hecho uso de la opción de considerar las declaraciones escritas (*amicus curiae* -briefs) de personas físicas y jurídicas individuales, incluidas las organizaciones no gubernamentales (ONG). Los miembros de la OMC han criticado duramente esta práctica.²⁴⁵

156 Si, al examinar una medida impugnada, un grupo especial o el Órgano de Apelación llega a la conclusión de que es incompatible con un acuerdo de la OMC (contemplado en el ESD), recomienda al miembro respectivo que ponga dicha medida en conformidad con el acuerdo (artículo 19 párr. 1 frase 1 ESD). Además, los órganos de solución de diferencias pueden sugerir ciertas formas en las que el miembro podría aplicar sus recomendaciones (artículo 19 párr. 1 frase 2 ESD).

El miembro al que se dirigen las recomendaciones del RPD debe informar al RPD de sus intenciones en cuanto a la aplicación en un plazo de 30 días a partir de la adopción del informe del

²⁴⁴ OMC, JOB/DSB/1/Add.12.

²⁴⁵

panel o del órgano de apelación (artículo 21, párr. 3, frase 1 del RGPD). Si la aplicación inmediata no es posible, se concede al miembro afectado un plazo más específico para la aplicación (artículo 21 párr. 3 frase 2 ESD). Este plazo se basa en un período propuesto por el miembro afectado con el consentimiento del RPD o un acuerdo entre las partes en litigio o la determinación de un árbitro (artículo 21 párr. 3 frase 3 ESD).

157 Las diferencias de opinión sobre la aplicación adecuada de las recomendaciones deben ser decididas de nuevo por el APD (si es posible, remitiendo el asunto al grupo especial original). Por lo general, el informe del grupo especial debe elaborarse en un plazo de 90 días (artículo 21, párr. 5 del ESD).

158 Si un miembro hace caso omiso de las recomendaciones o decisiones vinculantes del OSD, el miembro que inició el procedimiento de solución de diferencias puede solicitar autorización para adoptar determinadas contramedidas (artículo 22 ESD). Éstas incluyen la compensación y la suspensión de concesiones de otras obligaciones derivadas de la normativa de la OMC con respecto al miembro incumplidor (artículo 22 párr. 1 frase 1 ESD). La determinación de la compensación requiere el consentimiento del miembro incumplidor (artículo 22 párr. 1 frase 3 ESD).

159 Si no es posible llegar a un acuerdo sobre la compensación mediante negociación en un plazo determinado (20 días tras la expiración del plazo razonable en el sentido del artículo 21 párrafo 3 del ESD), el miembro afectado por el incumplimiento del contrato podrá solicitar la suspensión de las obligaciones contractuales con respecto al miembro incumplidor:

"Si el Estado miembro de que se trate no pone en conformidad con el Acuerdo cualquier medida que se considere incompatible con los convenios abarcados por el Acuerdo o no cumple de otro modo las recomendaciones y decisiones dentro del plazo razonable especificado en el párrafo 3 del artículo 21, ese Miembro, si así se le solicita, entablará negociaciones con cualquiera de las partes que haya iniciado el procedimiento de solución de diferencias con miras a llegar a una decisión mutuamente convenida antes de que expire ese plazo. Si no se llega a un acuerdo satisfactorio sobre la compensación dentro de los 20 días siguientes a la expiración del plazo razonable, cualquiera de las partes que haya iniciado el procedimiento de solución de diferencias podrá solicitar al OSD que autorice la suspensión de la aplicación de concesiones u otras obligaciones derivadas de los convenios abarcados por el acuerdo al Estado miembro de que se trate" (artículo 22 párr. 2 ESD).

160 La autorización de las contramedidas debe concederse en un plazo de 30 días a partir de la expiración del plazo razonable en el sentido del Artículo 21 párr. 3 ESD, a menos que la solicitud sea rechazada por consenso (artículo 22 párr. 6 frase 1 ESD). Si el miembro afectado se opone a las contramedidas autorizadas, deberá llevarse a cabo un procedimiento de arbitraje (ante el panel original o por un árbitro designado por el Director General) (artículo 22 párr. 6 S. 2 y 3 ESD).

Los plazos para resolver un desacuerdo sobre la aplicación requerida de conformidad con el artículo 21 párrafo 5 del ESD y los plazos en el procedimiento de autorización de contramedidas de conformidad con el artículo 22 párrafo 2 del ESD son difíciles de conciliar. La imposición unilateral sin el consentimiento del RPD es, en cualquier caso, inadmisibles, como constató el

Órgano de Apelación en la "disputa del plátano" entre EE.UU. y la CE.²⁴⁶ En la práctica, tanto el procedimiento de solución de diferencias previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD como el procedimiento de contramedidas previsto en el párrafo 2 del artículo 22 del ESD se inician en cuanto expira el plazo razonable en el sentido del párrafo 3 del artículo 21 del ESD; el procedimiento previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD se suspende hasta que la diferencia se haya resuelto de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD.

161 El párrafo 3 del artículo 22 del ESD establece ciertas directrices para la suspensión de concesiones y otras obligaciones. El principio rector es mantener la simetría en la medida de lo posible entre las infracciones identificadas y las contramedidas otorgadas (*lit. a*). Si esto no es posible o si la simetría deseada perjudica la eficacia de las contramedidas, éstas pueden referirse también a otros sectores del acuerdo incumplido (*lit. b*). Por ejemplo, las infracciones en el sector del automóvil pueden responderse con sanciones en el sector de la electrónica de consumo. La contramedida más severa dentro de la gama de sanciones es la suspensión de concesiones u otras obligaciones en virtud de un tratado distinto del acuerdo de la OMC infringido (artículo 22 párr. 3 *lit. c* ESD). Las contramedidas que se refieren a un sector o tratado distinto del afectado por las medidas de infracción se denominan "*represalias cruzadas*". Esta opción de sanción aumenta los riesgos incalculables de violación de los tratados y debería contribuir de forma significativa a reforzar el nuevo orden comercial mundial. La suspensión de las obligaciones a favor del Estado infractor no sólo sirve de incentivo para comportarse de acuerdo con el tratado. También pretende - prospectivamente - compensar las desventajas económicas sufridas como consecuencia de la violación del tratado.

162 La estricta precedencia de los mecanismos de solución de diferencias sobre las medidas unilaterales (artículo 23 del ESD) es de gran importancia. Incluso es inadmisibles la determinación vinculante de un incumplimiento por parte de los órganos de un Estado miembro antes de la conclusión del procedimiento multilateral. Las medidas adoptadas por un miembro contra las infracciones de otra parte contratante deben ajustarse a las decisiones del órgano de solución de diferencias y no pueden exceder el alcance de la autorización necesaria para adoptar contramedidas (artículo 23 del ESD). Esta primacía de la solución multilateral de diferencias plantea cuestiones fundamentales sobre la admisibilidad de los instrumentos de derecho nacional existentes contra las restricciones comerciales indeseables o las distorsiones de la competencia por parte de otros miembros del sistema de la OMC. El procedimiento de solución de diferencias de la OMC ha reducido significativamente el uso de este tipo de contramedidas nacionales y ha obligado a los distintos miembros a recortar cierto "crecimiento incontrolado" legal de las reacciones contra las empresas de otros Estados (ya sea modificando los textos legales o tramitándolos de forma que se ajusten al tratado). Esto se aplica en particular a la legislación estadounidense (con el potencial de reacción de la Sección 301 de la *Ley de Comercio* e instrumentos similares), y en mucha menor medida a los instrumentos comparables de la Unión Europea.

Sería engañoso considerar los mecanismos de sanción como un aplazamiento de las obligaciones contractuales. Sin embargo, según una opinión controvertida, los pagos compensatorios y la suspensión de las obligaciones son hasta cierto punto un sustituto del cumplimiento de las obligaciones contractuales. Sin embargo, un Estado no puede "comprar su salida" de su obli-

246 Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Medidas a la importación de determinados productos de las Comunidades Europeas*, WT/DS 165/AB/R (2000), párrafos 93 y siguientes.

gación de cumplir un tratado mediante la imposición de sanciones: La obligación principal de cumplir las normas comerciales del régimen de la OMC no se ve afectada. Así se establece en el Artículo 22 del ESD en los párrafos 1 frase 1 y 2:

"La compensación y la suspensión de concesiones u otras obligaciones son medidas temporales disponibles si las recomendaciones y decisiones no se aplican en un periodo de tiempo razonable. Sin embargo, ni la compensación ni la suspensión de concesiones u otras obligaciones tendrán prioridad sobre la plena aplicación de una recomendación para poner una medida en conformidad con los convenios cubiertos por el acuerdo."

- 163** El régimen de compensación existente alberga una serie de problemas fundamentales. Por ejemplo, las medidas compensatorias no ofrecen ninguna compensación a las empresas afectadas. Además, las contramedidas pueden afectar gravemente a empresas totalmente ajenas a los acuerdos de facilitación del comercio. A menudo, los países en desarrollo ni siquiera están en condiciones de hacer uso de las posibles contramedidas de una manera económicamente sensata. Esto sugiere que las consecuencias jurídicas del mecanismo de solución de diferencias deberían complementarse con la introducción de compensaciones económicas por incumplimiento de contrato, independientemente del consenso.
- 164** La relación entre la solución de diferencias de la OMC y los mecanismos especiales de solución de diferencias de los acuerdos de libre comercio plantea problemas. En el asunto México - Medidas fiscales sobre los refrescos y otras *bebidas*, el Órgano de Apelación rechazó el principio de que un grupo especial no debe hacer uso de una jurisdicción existente en favor de la solución de diferencias de que disponen las partes en litigio en virtud de las disposiciones del TLCAN.²⁴⁷

El caso *Brasil - Medidas que afectan a la importación de neumáticos recauchutados* se refería a una restricción a la importación de neumáticos recauchutados que Brasil había impuesto en aras de la protección del medio ambiente y la salud. Un tribunal de arbitraje del Mercosur consideró que se trataba de una violación de las disposiciones de libre comercio del Mercosur. Como consecuencia, Brasil dictó disposiciones excepcionales en favor de los neumáticos procedentes de otros Estados del Mercosur. El Órgano de Apelación consideró que esta exención era una "discriminación arbitraria e injustificable" en el sentido de *chapeau* del artículo XX del GATT, a pesar de que Brasil sólo había cumplido sus obligaciones en virtud del laudo arbitral del Mercosur. El Órgano de Apelación también tuvo en cuenta el hecho de que Brasil no se había basado en el procedimiento del Mercosur en las obligaciones del artículo XX *lit. b* del GATT en los procedimientos del Mercosur y, por lo tanto, la excepción no resultaba necesariamente de un conflicto entre la legislación de la OMC y la del Mercosur.²⁴⁸

- 165** La creciente legalización de la solución de diferencias representa un profundo cambio en el sistema comercial mundial, con un desplazamiento del énfasis de la lucha por el consenso político a las decisiones judiciales. Hasta ahora, la mayoría de los procedimientos de solución de

247 Informe del Órgano de Apelación *México - Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas*, WT/DS308/AB/R (2006), párrs. 46 y ss.

248 Informe del Órgano de Apelación, *Brasil - Medidas que afectan a la importación de neumáticos recauchutados*, WT/DS332/AB/R (2007), párr. 234.

diferencias se han centrado en las barreras comerciales no arancelarias.²⁴⁹ Las disputas sobre derechos antidumping también desempeñan un papel importante.

- 166** La práctica "patológica" de cumplir las decisiones del RPD documenta en gran medida las estrategias dilatorias de los miembros cuando se requieren medidas correctoras, así como las dificultades para adoptar contramedidas eficaces.

EE.UU. ha cumplido regularmente con la obligación de adaptar las medidas impugnadas a la legislación de la OMC cuando la adaptación era competencia del ejecutivo. Sin embargo, en el caso de las medidas adoptadas por el Congreso estadounidense, los resultados son muy aleccionadores. En el caso de *US Anti-dumping Act 1916* (15 US C § 72), EE.UU. incumplió durante años su obligación de derogar una ley que permite medidas punitivas adicionales tras la imposición de derechos antidumping. En el pasado, algunas empresas europeas han "comprado su salida" de la amenaza de medidas punitivas en EE.UU. mediante acuerdos, comprometiéndose así a mantener la confidencialidad. Por este motivo, la aplicación de contramedidas por parte de la Unión Europea ha encontrado dificultades en la medida de las pérdidas sufridas por las empresas europeas.

En el caso de la *enmienda Byrd*, EE.UU. también se resistió durante años a la necesaria aplicación de la decisión sobre la solución de diferencias, por lo que tuvo que aceptar contramedidas de la Unión Europea y de otros Estados.

En la "disputa de las hormonas" (*Comunidad Europea - Medidas relativas a la carne y los productos cárnicos [hormonas]*), la Comunidad Europea habría tenido que presentar una evaluación del riesgo que protegiera la prohibición de importar carne de vacuno tratada con hormonas o levantar la prohibición de importar después de un plazo determinado. Una vez expirado este plazo, se autorizó a EE.UU. y Canadá a adoptar contramedidas. Tras la notificación de una revisión de la Directiva sobre hormonas (como evaluación final del riesgo), la aplicación necesaria siguió siendo objeto de disputa entre las partes. Por lo tanto, EE.UU. y Canadá mantuvieron sus contramedidas durante algún tiempo.

- 167** Además de las diferencias por incumplimiento de obligaciones contractuales, el sistema de solución de diferencias de la OMC también abarca las *reclamaciones sin infracción* (*reclamaciones sin infracción*) de conformidad con el artículo XXIII:1 *lit. b*) GATT, artículo 26 ESD y Artículo XXIII:3 AGCS y Artículo 64 ADPIC.²⁵⁰ Con esta reclamación, un miembro puede objetar el hecho de que otro miembro está frustrando una ventaja contractual a través de una medida (independientemente de su ilegalidad). El panel resumió los requisitos en el caso *Japón - Película*.²⁵¹

"El texto del artículo XXIII: 1 (b) establece tres elementos que una parte reclamante debe demostrar para formular una reclamación admisible en virtud del artículo XXIII: 1 (b): (1)

249 La lista cronológica actualizada de los procedimientos de solución de diferencias con arreglo al nuevo sistema de solución de diferencias puede consultarse en: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm (consultado el 3 de enero de 2022). Sobre los procedimientos más importantes en el marco de la antigua legislación del GATT *J. Bast/A. Schmidt*, El procedimiento de solución de diferencias del GATT, RIW 1991, p. 929 y ss.

250 *L. Hsu*, "Reclamaciones sin infracción - Cuestiones de la Organización Mundial del Comercio y recientes acuerdos de libre comercio", *JWT* 39 (2005), p. 205 y ss.

251 Informe del Grupo Especial *Japón - Medidas que afectan a la película y el papel fotográfico de consumo*, WT/DS 44/R (1998), párr. 10.41.

aplicación de una medida por un Miembro de la OMC; (2) una ventaja resultante del acuerdo pertinente; y (3) anulación o menoscabo de la ventaja como consecuencia de la aplicación de la medida."

13. Relaciones osmóticas entre el Derecho de la OMC y otros regímenes de Derecho internacional público

Literatura:

W. B. Chambers, Inter-Linkages: The Kyoto Protocol and the International Trade and Investment Regime, 2001; *S. H. Cleveland*, Human Rights Sanctions and International Trade: A Theory of Compatibility, *JIEL* 5 (2002), p. 133 y ss.; *T. Cottier/J. Pauwelyn/E. Bürgi* (eds.), Human Rights and International Trade, 2005; *J. Gama Sa Cabral/G. Giovanna Lucarelli De Salvio*, Consideraciones sobre el mecanismo de solución de diferencias del Mercosur y el impacto de sus decisiones en el sistema de solución de diferencias de la OMC, *JWT* 42 (2008), p. 1013 y ss.; *A. Green*, Climate Change, Regulatory Policy and the WTO, *JIEL* 8 (2005), p. 143 y ss.; *D. Haan*, Linkages between International Financial and Trade Institutions, *JWT* 34 (2000), p. 1 y ss.; *M. Hilf*, Die WTO - Eine Gefahr für die Verwirklichung von Menschenrechten?, *AVR* 43 (2005), p. 397 y ss.; *G. Marceau*, Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdiction, *JWT* 35 (2001), p. 1081 y ss.; *ders.*, A call for Coherence in International Law, *JWT* 33 (1999), p. 87 y ss.; *M. Matsushita*, Governance of International Trade Under WTO Agreements - Relationships between WTO Agreements and Other Trade Agreements, *JWT* 38 (2004), p. 185 y ss.; *J. Neumann*, Die Koordination des WTO-Rechts mit anderen völkerrechtlichen Ordnungen - Konflikte des materiellen Rechts und Konkurrenzen der Streitbeilegung, 2002; *J. Pauwelyn*, Conflict of Norms in Public International Law - How WTO Law Relates to Other Rules of International Law, 2003; *ders.*, The Role of Public International Law in the WTO: How far can we go? *AJIL* 95 (2001), p. 535 y ss.

- 168** Las normas del derecho de la OMC están entrelazadas de muchas maneras con otros tratados internacionales. Las preocupaciones individuales, como la protección del medio ambiente, pueden justificar restricciones comerciales en virtud del artículo XX del GATT en particular si están reconocidas en tratados universales. Los tratados ratificados por la mayoría de los Estados, como la Convención de Washington sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres o la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, proporcionan una indicación del reconocimiento objetivo de una preocupación, incluso si no todos los miembros de la OMC o incluso todos los Estados implicados en un conflicto comercial son partes de este tratado.²⁵² Sin embargo, esto no prejuzga el equilibrio específico entre el libre comercio y los intereses protegidos en virtud de la legislación de la OMC. Las directrices de los organismos internacionales de expertos, como la Comisión *del Codex Alimentarius*, que operan en el marco de otras organizaciones internacionales, proporcionan una base reconocida para la evaluación del riesgo, por ejemplo, de conformidad con el artículo 2.2 y los artículos 3.1 y 3.2 del Acuerdo MSF.²⁵³

La protección del clima en el marco del *Protocolo de Kioto* puede entrar en tensión con la prohibición de discriminación entre productos nacionales y extranjeros (artículo III GATT, Artículo 2.1 Acuerdo OTC) o las normas de la OMC para hacer frente a los riesgos.

252 Véase el informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, WT/DS 58/AB/R (1998), ILM 38 (1999), p. 118, párrs. 130 f.

253 Informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas - Medidas relativas a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, WT/DS 26/AB/R, WT/DS 48/AB/R (1998), párrs. 160 y ss.

- 169** Los tratados multilaterales que regulan directamente la justificación de las medidas restrictivas del comercio en beneficio de determinados intereses generales y que compiten con las normativas de la OMC con preferencias divergentes tienen un potencial de conflicto especialmente elevado. Por ejemplo, el *Protocolo de Bioseguridad* de Cartagena probablemente concede a los Estados un mayor margen de maniobra que la legislación de la OMC a la hora de justificar las restricciones a la importación en el comercio de organismos vivos modificados genéticamente.²⁵⁴ La Convención de la UNESCO sobre *la Protección y Promoción de la Diversidad Cultural (Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales)* de 2005²⁵⁵ también puede provocar tensiones. La Convención de la UNESCO afirma la "soberanía" cultural de los Estados como un espacio libre para la protección cultural en el sentido más amplio (Artículo 2 n° 2). Autoriza expresamente regulaciones de gran alcance y otras medidas para la protección y promoción de bienes y servicios que funcionen como portadores de cultura, incluidas las subvenciones (Artículo 6 n° 2).

Debido a este potencial de tensión, la versión adoptada de la Convención de la UNESCO se encontró con una enérgica resistencia por parte de EEUU.

Hay que distinguir entre la mera utilización de los tratados universales en la concreción de intereses reconocidos en el propio derecho de la OMC (es decir, en la justificación de las restricciones comerciales) y la competencia directa entre los tratados de la OMC y los regímenes convencionales con un contenido diferente.

- 170** Se reconoce que los acuerdos de la OMC deben interpretarse en el contexto de otras normas de derecho internacional. Según el artículo 3 párrafo 2 frase 2 del ESD, el sistema de solución de diferencias de la OMC sirve a este propósito,

"preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en virtud de los Convenios cubiertos por el Acuerdo y aclarar las disposiciones aplicables de dichos Convenios de conformidad con las normas tradicionales de interpretación del derecho internacional".

- 171** Por ejemplo, el Órgano de Apelación en el caso *US-Gasoline* subrayó que las disposiciones de la OMC no deben leerse en "aislamiento clínico del derecho internacional público" y se remitió a las normas de interpretación del artículo 31 y siguientes de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.²⁵⁶

En el caso de los tratados que compiten con las normas de la OMC, su relevancia para una relación comercial bilateral desde la perspectiva del derecho de la OMC depende inicialmente de si los Estados implicados son todos partes del otro régimen de tratados. A la hora de interpretar los tratados internacionales, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados prevé la posible consideración de otros tratados y otras normas pertinentes de derecho internacional

254 Véase más arriba, § 8, 6.

255 http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=31038&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (consultado el 3 de enero de 2022); véase *M. Hahn, ¿Un choque de culturas? The UNESCO Diversity Convention and International Trade Law*, JIEL 9 (2006), p. 515 y ss; *J. Wouters/B. De Meester, The UNESCO Convention on Cultural Diversity and WTO Law: A case study in Fragmentation of International Law*, JWT 42 (2008), p. 205 y ss.

256 Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Normas para la gasolina reformulada y convencional*, WT/DS 2/AB/R (1996), p. 17.

que sean aplicables entre las partes contratantes (Artículo 31 párr. 3 *lit.* c). Ningún Estado necesita basarse en las justificaciones de los tratados para las restricciones comerciales a las que él mismo no se ha sometido.

Por ejemplo, las normas del *Protocolo de Bioseguridad* de Cartagena no tienen ningún efecto normativo sobre las relaciones comerciales entre EE.UU. (que no ha firmado el Convenio de Biodiversidad de la ONU ni el Protocolo de Bioseguridad) y otros miembros de la OMC. Por lo tanto, no puede ser tenido en cuenta por el Órgano de Solución de Diferencias en los procedimientos contra EE.UU. El informe del grupo especial en el asunto *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*²⁵⁷ también expresaba esta opinión:

Nº 7.70: "Teniendo en cuenta que la letra c) del apartado 3 del artículo 31 exige la consideración de otras normas de derecho internacional aplicables, y que esa consideración puede inducir al intérprete de un tratado a adoptar una interpretación en lugar de otra, creemos que tiene sentido interpretar la letra c) del apartado 3 del artículo 31 en el sentido de que exige la consideración de las normas de derecho internacional aplicables en las relaciones entre todas las partes en el tratado que se interpreta. Exigir que un tratado se interprete a la luz de otras normas de derecho internacional que obligan a los Estados parte en el tratado garantiza o refuerza la coherencia de las normas de derecho internacional aplicables a estos Estados y contribuye así a evitar conflictos entre las normas pertinentes."

Nº 7.75: "Volviendo al *Protocolo sobre Seguridad de la Biotecnología*, observamos que no entró en vigor hasta el 11 de septiembre de 2003, *es decir*; después de que este Grupo Especial fuera establecido por el OSD. Entre los Miembros de la OMC partes en el Protocolo sobre Seguridad de la Biotecnología se encuentra la Comunidad Europea. Argentina y Canadá han firmado el Protocolo sobre Seguridad de la Biotecnología, pero no lo han ratificado desde entonces. Por lo tanto, no son partes de este. Estados Unidos no ha firmado el Protocolo de Bioseguridad. Aunque esto no impide que ratifique el Protocolo, Estados Unidos no lo ha hecho hasta ahora. En consecuencia, tampoco es parte del Protocolo de Bioseguridad. No consideramos que las normas del Protocolo sobre Seguridad de la Biotecnología puedan considerarse aplicables a Estados Unidos por el mero hecho de que este país participe en el Mecanismo de Facilitación del Protocolo. De ello se deduce que el Protocolo sobre Seguridad de la Biotecnología no está en vigor para Argentina, Canadá o Estados Unidos. Deducimos de ello que el Protocolo sobre Seguridad de la Biotecnología no es "aplicable" en las relaciones entre estos Miembros de la OMC y todos los demás Miembros de la OMC. Como hemos dicho anteriormente, en nuestra opinión, el mero hecho de que Miembros de la OMC como Argentina y Canadá hayan firmado el Protocolo sobre Seguridad de la Biotecnología no significa que el *Protocolo* les sea aplicable. En vista del hecho de que varios Miembros de la OMC, incluidas las Partes Reclamantes en esta diferencia, no son partes en el *Protocolo sobre Seguridad de la Biotecnología*, no estamos de acuerdo con las Comunidades Europeas en que estemos obligados a tener en cuenta el *Protocolo sobre Seguridad de la Biotecnología* al interpretar los acuerdos multilaterales de la OMC en cuestión en esta diferencia."²⁵⁸

257 Informe del Grupo Especial *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, WT/DS 291 (2006).

258 Véase también *B. McGrady*, Fragmentation of International Law or "Systematic Integration" of Treaty Regimes: *EC - Biotech Products* and the Proper Integration of Article 31 (3) (c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, JWT 42 (2008), p. 589 y ss.

- 172 Además, la repercusión de otros tratados internacionales y normas consuetudinarias en las relaciones jurídicas de la OMC requiere un examen más minucioso aunque se apliquen a todas las partes en conflicto, pero no a todos los miembros de la OMC. Esto puede ilustrarse con el ejemplo de los tratados sobre disposiciones de protección social o protección medioambiental como justificación especial para las restricciones comerciales. Por regla general, se trata de la protección extraterritorial de ciertas normas (de producción), para las que los tratados especiales pueden proporcionar una justificación en virtud del derecho internacional. En este caso, el impacto de las normas especiales que no se aplican a todos los miembros de la OMC puede dar lugar a relaciones jurídicas escalonadas en el marco del derecho de la OMC. A la hora de interpretar los derechos de la OMC, lo más probable es que puedan tenerse en cuenta los tratados universales que concretan intereses ya reconocidos en la normativa de la OMC y no entran en conflicto con las normas especiales de equilibrio de la legislación de la OMC (por ejemplo, sobre la evaluación de riesgos). Además, las disposiciones de la normativa de la OMC para justificar las restricciones comerciales tendrán que interpretarse de acuerdo con las obligaciones del derecho consuetudinario de proteger los derechos humanos y el medio ambiente. La primacía de los derechos humanos y de otras normas de derecho internacional consuetudinario de obligado cumplimiento (*ius cogens*, artículo 53 CVDT) está siempre clara.
- 173 Las interacciones y los conflictos entre el derecho de la OMC y otros regímenes de derecho internacional existen no sólo en el derecho sustantivo, sino también en la solución de diferencias.

Así lo ilustra el caso *del pez espada chileno*.²⁵⁹ Se trataba de una disputa sobre las restricciones que Chile había impuesto a los arrastreros de pez espada de otros países para acceder a los puertos chilenos. La Comunidad Europea inició un procedimiento de solución de diferencias de la OMC contra Chile por, entre otras cosas, hacer caso omiso de las normas de tránsito del artículo V DEL GATT. Chile recurrió al Tribunal Internacional del Derecho del Mar, alegando la violación de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (Artículo 64 en relación con los artículos 116 a 119) para la protección de las *especies altamente migratorias*. A petición de las partes, ambos procedimientos se han suspendido provisionalmente para abrir la posibilidad de una solución amistosa.

14. Perspectivas y futuros retos para el sistema de la OMC

Literatura:

C. Bjørnskov/K. M. Lind, ¿Adónde van los países en desarrollo después de Doha? An Analysis of WTO Positions and Potential Alliances, JWT 36 (2002), p. 543 y ss.; J. Davidow/H. Shapiro, The Feasibility and Worth of a WTO Competition Agreement, JWT 37 (2003), p. 49 §; R. Senti, Die WTO im Spannungsfeld zwischen Handel, Gesundheit und Umwelt. Current Order and Reform Proposals, 2006; E. Vranes, Trade and Environment. Cuestiones fundamentales del derecho internacional, Derecho de la OMC y teoría jurídica, 2009.

259 J. Hillman, Conflicts Between Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agreements and the WTO-What Should the WTO Do? Cornell International Law Journal, Vol. 42 (2009), p. 193 y ss.; M. Rau, Comment: The *Swordfish Case - Law of the Sea v. Trade*, ZaöRV 62 (2002), p. 37 y ss.

- 174** Uno de los retos pendientes del nuevo sistema de comercio mundial es la inclusión de normas medioambientales comunes ("*Greening the GATT*").²⁶⁰ En el seno de la Organización Mundial del Comercio se ha creado un Comité de Comercio y Medio Ambiente (*Committee on Trade and Environment*, CTE) para examinar las interrelaciones entre la facilitación del comercio, el desarrollo económico y la protección del medio ambiente. Otro tema de importancia central es la inclusión de disposiciones elementales de salud y seguridad en el trabajo (*normas fundamentales del trabajo*) a través de la cooperación entre la Organización Mundial del Comercio y la Organización Internacional del Trabajo.²⁶¹

§ 11. Gestión internacional de las materias primas: Comercio y seguridad del suministro

1. Comercio internacional de materias primas

Literatura:

F. Schorkopf, *Internationale Rohstoffverwaltung zwischen Lenkung und Markt*, AVR 46 (2008), p. 233 y ss.

a) Las materias primas en el GATT

- 1** El GATT de 1994 contiene algunas disposiciones especiales sobre las materias primas. La disposición del artículo XVI B:3 somete la concesión de subvenciones a la exportación de materias primas únicamente a restricciones formuladas de forma muy suave (obligación de esforzarse por evitar las subvenciones a la exportación y prohibición del carácter no razonable). Según el artículo XX *lit. h*, las excepciones generales incluyen las medidas para la aplicación de los compromisos contraídos en virtud de un acuerdo intergubernamental sobre materias primas. En este contexto, el GATT se remite a los principios adoptados por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) en su Resolución n° 30 IV de 1947 (Anexo 1, al artículo XX). Los acuerdos sobre productos básicos celebrados en el marco del GATT de 1947 han expirado hace tiempo. En la Parte IV sobre Comercio y Desarrollo, el GATT se compromete a establecer condiciones adecuadas para la comercialización de materias primas en interés de las partes contratantes dependientes de las exportaciones (artículo XXXVI: 4, XXXVIII: 2 *lit. a*). De especial importancia para el sector energético es la exención temporal de la prohibición de las restricciones cuantitativas para las prohibiciones o restricciones a la exportación destinadas a "prevenir o remediar una escasez crítica de alimentos o de otros productos básicos de importancia para la Parte exportadora" (artículo XI:2 *lit. a*).

²⁶⁰ Por ejemplo, E. Brown Weiss/J. H. Jackson/N. Bernasconi-Osterwalder (eds.), *Reconciling Environment and Trade*, 2ª ed. 2008; S. Puth, *Der Umweltschutz im Recht der WTO*, 2005; P. Sands, *Principles of International Environmental Law*, Vol. I (1995), p. 687 y ss.; T. J. Schoenbaum, *International Trade and Protection of the Environment*, *The Continuing Search for Reconciliation*, AJIL 91 (1997), p. 268 y ss.; S. Shaw/R. Schwartz, *Comercio y medio ambiente en la OMC. State of Play*, JWT 36 (2002), p. 129 y ss.; véase también supra, § 8.

²⁶¹ Sobre la relación entre la legislación de la OMC y las normas laborales, véase K. Addo, *The Correlation between Labour Standards and International Trade. Which Way Forward?* JWT 36 (2002), p. 285 y ss.; Ch. MacCradden/A. Davies, *A Perspective on Trade and Labour Rights*, *Journal of International Economic Law* 3 (2000), p. 43 y ss.; V. A. Leary, *The WTO and the Social Clause: Post-Singapore*, EJIL 1 (1997), p. 118 y ss.

b) Mecanismos de control para determinadas materias primas

- 2 En algunas regiones, el comercio de algunas materias primas es un caldo de cultivo para las violaciones de los derechos humanos y los conflictos armados internos. Un ejemplo es el comercio de los llamados "diamantes de sangre" de África Central. El proceso *Kimberley*-²⁶² ha dado lugar a un sistema de certificación bajo el paraguas de las Naciones Unidas que pretende controlar el comercio de diamantes. Según este sistema, la importación y exportación de diamantes en bruto debe restringirse a los países que participan en el proceso *Kimberley*. Debido al conflicto potencial con diversas obligaciones en el marco del GATT, el Consejo General, de conformidad con el artículo IX párr. 3 del Acuerdo de la OMC, el Consejo General decidió una exención prorrogada repetidamente (*Exención relativa al sistema de certificación del Proceso de Kimberley para diamantes en bruto*) para los países que participan en el proceso *Kimberley*.²⁶³

Uno de los principales problemas es el control de la cadena de suministro de los llamados "minerales conflictivos" (como el estaño, el tantalio, el wolframio y el oro), que a menudo son extraídos por grupos armados. El comercio de estas materias primas es, por tanto, un factor clave en la financiación de guerras civiles y otros conflictos. El Reglamento (UE) 2017/821 pretende hacer más transparente el comercio de materias primas procedentes de zonas afectadas por conflictos y de alto riesgo e impone obligaciones de diligencia debida a las empresas que participan en la cadena de suministro en relación con el origen de los minerales (artículo 1, apdo. 1).

2. Acuerdos sobre materias primas

Literatura:

M. G. Desta, Commodities, International Regulation of Production and Trade, en: R. Wolfrum (ed.), MPEPIL, Vol. II, 2012, p. 435 y ss.; *C. T. Ebenroth*, The Economic and Legal Impact of Commodity Organisations, 1989; *P.-M. Eisemann*, L'organisation internationale du commerce des produits de base, 1998; *C. Ohler*, Common Fund for Commodities (CFC), en: R. Wolfrum (ed.), MPEPIL, Vol. II, 2012, p. 449 y ss.

- 3 El comercio de muchos productos básicos tiene lugar principalmente o en gran medida en los mercados internacionales (por ejemplo, metales como el cromo, el cobalto, el níquel, el zinc, el cobre, el plomo, el aluminio y el petróleo crudo, así como productos agrícolas como el café, el té, el caucho, el yute y la lana). La mayoría de los países en desarrollo dependen en gran medida de los ingresos procedentes de la exportación de productos básicos. Los precios de los productos básicos en el mercado mundial suelen estar sujetos a fuertes fluctuaciones difíciles de predecir. Con el fin de estabilizar los niveles de precios y garantizar un suministro constante de materias primas, la *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo* (UNCTAD), en particular, ha trabajado para la conclusión de acuerdos sobre productos básicos.

262 Véase el anexo 1 del Reglamento (CE) n° 2368/2002 del Consejo, de 20 de diciembre de 2002, por el que se aplica el sistema de certificación del proceso de Kimberley para el comercio internacional de diamantes en bruto, DO L 358/28; *T. M. Price*, The Kimberley Process, *Minnesota Journal of Global Trade* 12 (2003), p. 1 y ss.

263 Prórroga de la exención relativa al sistema de certificación del Proceso de Kimberley para los diamantes en bruto, WT/L/876 (14 de diciembre de 2012).

- 4 Son especialmente importantes los acuerdos sobre productos básicos que establecen una organización internacional. Varias de estas organizaciones reúnen tanto a los países productores como a los consumidores. Es el caso, por ejemplo, de la Organización Internacional del Caucho Natural²⁶⁴ o de la Organización Internacional del Café²⁶⁵. Durante mucho tiempo, el mantenimiento de unas *existencias* reguladoras fue un importante mecanismo de intervención de algunos acuerdos sobre productos básicos. Con ello se pretendía evitar fluctuaciones excesivas de los precios (en función de las condiciones del mercado) mediante la compra o venta del producto básico respectivo y garantizar una tendencia previsible de los precios. En esta intervención en el mercado, los objetivos de una organización intergubernamental se persiguen en forma de actividad comercial; la organización internacional de productos básicos actúa en el mercado de forma similar a una empresa privada. Mientras tanto, se ha abandonado el control directo del mercado. El colapso del Consejo Internacional del Estaño ha desempeñado un papel clave en ello.²⁶⁶

Las arriesgadas transacciones de los organismos responsables del almacén de compensación de la Bolsa de Metales de Londres llevaron al Consejo Internacional del Estaño a la insolvencia en 1985; esto desencadenó una serie de procedimientos de los acreedores del Consejo del Estaño contra la propia organización y contra sus miembros ante los tribunales ingleses.²⁶⁷ Los tribunales ingleses se negaron a intervenir a favor de los acreedores (en el sentido de una liquidación del Consejo del Estaño y un "recurso de responsabilidad" a los miembros) debido a la base de tratado internacional de esta organización. Al final, se llegó a un acuerdo entre los acreedores del Consejo del Estaño y sus miembros.

A la vista de esta experiencia, se ha abandonado la estabilización de los precios mediante la intervención en el mercado. Las organizaciones de productos básicos se han convertido ahora en meros foros de consulta intergubernamental y de intercambio de información (observación del mercado).

- 5 Otro instrumento importante para el control de los precios es la fijación de cuotas de exportación. La eficacia de este instrumento depende de si la respectiva organización de productos básicos es capaz de controlar eficazmente el mercado a través de las cuotas de sus miembros en la producción mundial.
- 6 Además de las organizaciones internacionales de productos básicos, en las que los países productores y consumidores están representados a partes iguales, existen organizaciones en las que sólo se han reunido los países productores. Tales organizaciones tienen la función de un cártel de productores. Una de estas organizaciones es la Organización de Países Exportadores de Petróleo (*Organización de Países Exportadores de Petróleo*, OPEP).²⁶⁸ La OPEP constitu-

264 Véase el Convenio Internacional del Caucho Natural de 1995, BGBl. 1997 II, p. 576.

265 Véase el Convenio Internacional del Café de 2001, BGBl. 2002 II, p. 2375.

266 *E. J. McFadden*, The Collapse of Tin: Restructuring a Failed Commodity Agreement, AJIL 80 (1986), p. 811 y ss. véase también *C. T. Ebenroth/L. Fuhrmann*, Die zivilrechtliche Haftung internationaler Organisationen und ihrer Mitgliedstaaten, JZ 1989, p. 211 y ss.; *L. Gramlich*, Intergouvernementale Rohstoffregime im Zwielficht - Lehren aus dem Zinn-Debakel, Verfassung und Recht in Übersee 20 (1987), p. 486 y ss.; *M. Herdegen*, Bemerkungen zur Zwangsliquidation und zum Haftungsdurchgriff bei internationalen Organisationen, ZaöRV 47 (1987), p. 537 y ss., La insolvencia de las organizaciones internacionales y la posición jurídica de los acreedores: algunas observaciones a la luz de la crisis del Consejo Internacional del Estaño, NILR 1988, p. 135 y ss.

267 Véase más arriba, § 4, 2. c).

268 Véase el Estatuto de la OPEP de 1962, UNTS 443, p. 248.

ye un foro de coordinación de los países productores de petróleo frente a las multinacionales petroleras. El potencial político de una agrupación organizativa de los intereses de los productores quedó patente con el boicot petrolero decidido por la OPEP en 1973. Los miembros de la OPEP producen en total alrededor del 40% del crudo mundial y el 16% del gas natural. Sin embargo, la OPEP representa alrededor del 51% del petróleo comercializado internacionalmente.

- 7 El Convenio sobre la Creación del Fondo Común para los Productos Básicos de 1980,²⁶⁹ que se negoció en el marco de la UNCTAD, sirve para apoyar a las organizaciones internacionales de productos básicos y estabilizar los mercados de productos básicos. El Fondo Común para los Productos Básicos tiene por objeto apoyar a las organizaciones internacionales de productos básicos en las que los Estados productores y consumidores están unidos y contribuyen al capital del Fondo como parte de una asociación (principalmente a través de la cofinanciación de las existencias de reequilibrio). Las tareas del Fondo también incluyen otros servicios de financiación y coordinación en el sector internacional de los productos básicos. Incluso en vista del alejamiento de la intervención directa en el mercado en los acuerdos internacionales sobre productos básicos, el acuerdo sobre el Fondo Común para los Productos Básicos ha quedado sin importancia práctica.

3. Seguridad del suministro y formas de cooperación internacional

Literatura:

R. Dolzer, International Co-Operation in Energy Affairs, 2015; *R. Götz*, The Nord Stream Pipeline: The Energy Policy Background, GYIL, 2009, p. 233 y ss.; *S. Leible/M. Lippert/C. Walter* (eds.), Die Sicherung der Energieversorgung auf globalisierten Märkten, 2007; *M. Schenkelberg*, Akteure der internationalen Energiepolitik - Zur rechtlichen Stellung von OPEC, IEA und G8, in: N. Ruppel (ed.), Europäisches und internationales Energiewirtschaftsrecht, 2009 p. 66 ss.; *M. Schmidt-Preuß*, Energieversorgung als Aufgabe der Außenpolitik? - Rechtliche Aspekte, RdE 2007, p. 281 §; *S. Vinogradov*, Challenges of Nord Stream: Streamlining International Legal Frameworks and Regimes for Submarine Pipelines, GYIL, 2009, p. 241 ss.

- 8 El suministro seguro de materias primas es un reto clave para las economías nacionales, sobre todo para las de los países industrializados.²⁷⁰ Especialmente en el caso del petróleo y el gas natural, el suministro de materias primas es también un aspecto clave de la seguridad energética. Hasta la fecha, ha habido pocos mecanismos eficaces en el marco del derecho internacional para garantizar el suministro de materias primas. Esto se aplica sobre todo al suministro de materias primas garantizado contractualmente. En cambio, existen numerosos acuerdos bilaterales y multilaterales para asegurar las rutas de transporte, por ejemplo mediante oleoductos para el petróleo crudo y el gas natural.

A raíz de la crisis del petróleo de 1973, el Consejo de la OCDE fundó la Agencia Internacional de la Energía como organización autónoma dentro de la OCDE.²⁷¹ Coordina las medidas de los ahora 29 países participantes para superar los cuellos de botella en el suministro de petróleo;

269 DO 1990 L 182/2; véase también *K. Michaelowa/A. Nairni*, The Common Fund and the Specialised Commodity Conventions, 1995, p. 19 y ss.

270 Véase el documento de trabajo de la Comisión Europea, Garantizar el suministro de materias primas para la industria de la UE, SEC (2007) 771.

271 Decisión del Consejo de la OCDE de 15 de noviembre de 1974.

además, la agencia es un foro importante para la cooperación en la investigación, el desarrollo, la comercialización y la aplicación de fuentes de energía y tecnologías energéticas a) de la decisión fundacional).

El Foro Internacional de la Energía (*International Energy Forum*, IEF) ha pasado de ser una conferencia de Estados a convertirse en un foro de cooperación institucionalizado con una estructura organizativa diferenciada. Además de los miembros de la Agencia Internacional de la Energía de la OCDE, el IEF también incluye a miembros de la OPEP y a otros países como la República Popular China, India y Rusia.

- 9** En el Artículo V se garantiza la libertad de tránsito de mercancías y medios de transporte (con excepción de las aeronaves en tránsito). La libertad de tránsito se refiere a las rutas más apropiadas para el tránsito internacional (artículo V:2 frase 1). El principio de no discriminación se aplica a las mercancías y a los medios de transporte (artículo V:2 frase 2).
- 10** La Carta Europea de la Energía, firmada en La Haya en 1991, es una declaración política de intenciones para la cooperación entre Oriente y Occidente en el sector energético. Constituye la base del *Tratado sobre la Carta de la Energía* de 1994.²⁷² Tras la desintegración de la Unión Soviética, el Tratado sobre la Carta de la Energía fue negociado por un gran número de Estados miembros de la OCDE (entre ellos Estados Unidos, Canadá, Japón y Australia), las Comunidades Europeas (actualmente la UE),²⁷³ los Estados sucesores de la Unión Soviética y otros Estados de Europa Central y Oriental, y entró en vigor el 16 de abril de 1998. Las disposiciones comerciales del tratado protegen contra la discriminación de acuerdo con la legislación de la OMC (Artículo 5). Además, el tratado trata de forma rudimentaria la eliminación de las distorsiones de la competencia en el sector energético (Artículo 6). El Tratado sobre la Carta de la Energía regula en particular
- Comercio de fuentes de energía primaria y productos energéticos (Artículo 3 y ss.)
 - Tránsito (Artículo 7)
 - Así como la promoción y protección de las inversiones en el sector energético (Artículo 10).

En 1998, se negoció una enmienda a las partes del Tratado sobre la Carta de la Energía relacionadas con el comercio. Junto con el Tratado sobre la Carta de la Energía, entró en vigor el Protocolo de la Carta de la Energía sobre Eficiencia Energética y Aspectos Medioambientales Relacionados.²⁷⁴

- 11** El tratado obliga a las partes a tomar las "medidas necesarias" para "facilitar el tránsito de fuentes primarias de energía y productos energéticos, en consonancia con el principio de libertad de tránsito y sin discriminación en cuanto al origen, destino o propiedad de las fuentes primarias

272 ILM 33 (1995), p. 360 y ss.; BGBl. 1997 II, p. 5.

273 Lista de participantes impresa en ILM 33 (1995), p. 373.

274 BGBl. 1997 II, p. 102.

de energía y los productos energéticos ni discriminación en la fijación de precios sobre la base de tales distinciones y sin imponer demoras, restricciones o gravámenes irrazonables (artículo 7 párr. 1)". En principio, los Estados contratantes son libres de conceder a terceros países el acceso a las infraestructuras (con sujeción a otras obligaciones contractuales, por ejemplo, en virtud de la legislación de la OMC). Se reconoce expresamente la soberanía de la libertad de los estados contratantes para determinar sus recursos energéticos (artículo 18 párrafo 1). Las excepciones del tratado permiten a las partes contratantes imponer restricciones "para proteger sus intereses esenciales de seguridad" (artículo 24 párr. 3 *lit.* a) y para "mantener el orden público" (artículo 24 párr. 3 *lit.* c). El tratado contiene disposiciones detalladas sobre la protección de las inversiones²⁷⁵. La Conferencia sobre la Carta de la Energía es el foro de toma de decisiones de las partes contratantes (artículo 34).

- 12** El Tratado sobre la Carta de la Energía ha sido ratificado por la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, todos los Estados miembros de la UE, la mayoría de los Estados sucesores de la Unión Soviética y Japón. Estados Unidos (que sólo ha firmado la Carta Europea de la Energía de 1991, pero no el tratado) tiene estatus de observador en la Conferencia sobre la Carta de la Energía junto con otros Estados como China y organizaciones internacionales.

Como uno de los principales exportadores de energía, Rusia ha firmado el Tratado sobre la Carta de la Energía, pero no lo ha ratificado y sólo ha declarado la aplicación provisional del tratado (Artículo 45) sujeta a su ordenamiento jurídico nacional. En 2009, Rusia se retiró completamente del Tratado sobre la Carta de la Energía. Como resultado, el tratado ha sufrido un enorme revés.

- 13** La anulación del contrato sólo surte efecto al cabo de un año (artículo 47 apdo. 2). Las inversiones realizadas antes de que surta efecto la anulación siguen gozando de la protección del contrato durante un periodo de 20 años (artículo 47 apdo. 3).
- 14** En los últimos años han surgido críticas masivas contra el Tratado sobre la Carta de la Energía, sobre todo en algunos Estados miembros de la UE, también a raíz de algunos procedimientos de arbitraje de inversiones. Estas críticas se dirigen contra la protección de las inversiones en combustibles fósiles (como el carbón, el petróleo o el gas natural) y la energía nuclear; consideran que el tratado es un obstáculo para las energías renovables.

Italia ha sido el primer Estado miembro de la UE en declarar su retirada del Tratado sobre la Carta de la Energía con efecto a partir del 1 de enero de 2016. Otros gobiernos europeos también han anunciado su intención de retirarse del tratado.

- 15** En 2022, una conferencia de los Estados contratantes acordó en principio la reforma del tratado.²⁷⁶ Según ésta, se excluirá el arbitraje en los litigios intracomunitarios (es decir, los litigios entre inversores de la UE, por un lado, y la UE o los Estados miembros de la UE, por otro). So-

²⁷⁵ Véase más abajo § 23, 4.

²⁷⁶ Comisión Europea, Agreement in principle reached on Modernised Energy Charter Treaty, disponible en https://policy.trade.ec.europa.eu/news/agreement-principle-reached-modernised-energy-charter-treaty-2022-06-24_en (consultado el 1 de julio de 2022).

bre todo, la reforma pretende reforzar la protección del clima, que es una reacción a las disputas sobre la producción de energía con combustibles fósiles. En la Unión Europea, las inversiones en combustibles fósiles sólo estarán protegidas si se han realizado antes de mediados de agosto de 2023. El futuro del tratado es incierto debido a la posición dividida en la Unión Europea. El largo periodo de transición para la protección de las inversiones en caso de terminación puede acabar movilizándolo a las fuerzas de la Unión Europea para que aprueben la reforma en lugar de retirarse.

Los Estados contratantes están negociando un protocolo de tránsito que pretende establecer normas más detalladas sobre el tránsito de energía, por ejemplo sobre las condiciones de acceso a los gasoductos y el cálculo de las tarifas de tránsito.

§ 12. Acuerdos económicos para la liberalización del comercio de bienes y servicios

1. Formas de integración regional (zonas de libre comercio, uniones aduaneras y comunidades económicas)

Literatura:

L. Bartels/F. Ortino, Regional Trade Agreements and the WTO Legal System, 2006; *A. Dür/M. Elsig* (eds.), Trade Cooperation: The Purpose, Design and Effects of Preferential Trade Agreements, 2014; *D. Gantz*, Regional Trade Agreements, en: D. Bethlehem/D. McRae/R. Neufeld/I. Van Damme (eds.), The Oxford Handbook of International Trade Law, 2009, p. 237 y ss.; *F. A. Haight*, Customs Unions and Free-Trade Areas under GATT, JWT 6 (1972), p. 391 y ss.; *B. Hoekman/R. Newfarmer*, Preferential Trade Agreement, Investment Disciplines and Investment Flows, JWT 39 (2005), p. 949 y ss.; *C. Kaufmann*, Customs Unions, en: R. Wolfrum (ed.), MPEPIL, Vol. II, 2012, p. 982 y ss.; *M. Köbele*, Free Trade Areas, en: R. Wolfrum (ed.), MPEPIL, Vol. IV, 2012, p. 239 y ss.

- 1 Por regla general, el núcleo de la integración económica regional es el desmantelamiento progresivo de los derechos de aduana y otras restricciones comerciales dentro del área económica formada por los respectivos Estados miembros. La eliminación de tales "barreras internas" en el comercio entre los estados miembros ya caracteriza suficientemente una forma básica de integración económica regional: la zona de libre comercio.²⁷⁷ La unión aduanera se diferencia de una mera zona de libre comercio en que cuenta con un arancel exterior normalizado para las importaciones procedentes de terceros países.
- 2 La falta de un arancel exterior común en una zona de libre comercio significa que se necesitan mecanismos complicados con respecto a las importaciones de terceros países, que contrarrestan las distorsiones causadas por los diferentes aranceles exteriores de los Estados miembros y el efecto llamada del arancel de importación más bajo en cada caso. Las llamadas normas de origen son cruciales en este sentido. Según estas normas, el desmantelamiento de las barreras internas sólo debe beneficiar a la circulación de productos originarios del territorio económico formado por los Estados miembros. El problema reside en la definición del origen. Los criterios

²⁷⁷ Véase la definición en el Artículo XXIV:8 *lit. b* del GATT.

posibles son la fabricación final, el paso por un procedimiento de transformación cualificado y, por último, la proporción de valor de los componentes "nacionales" (es decir, originarios del espacio económico) e importados de un producto.²⁷⁸ En última instancia, las distorsiones de los flujos comerciales derivadas de la falta de un arancel exterior común sólo pueden superarse de forma imperfecta. Hay muchos indicios de que las organizaciones de libre comercio sólo son viables a largo plazo si son capaces de evolucionar dinámicamente hacia una unión aduanera. El Mercado Común para América del Sur ("*Mercosur*"), por ejemplo, sigue este camino.²⁷⁹ Otro ejemplo es la Asociación de Libre Comercio del Caribe, a partir de la cual se ha desarrollado la Comunidad del Caribe.²⁸⁰

En algunas formas de cooperación económica, la realización efectiva de una zona de libre comercio tropieza con dificultades duraderas. Esto se aplica, por ejemplo, a la Comunidad de Estados Independientes formada por la mayoría de los Estados sucesores de la Unión Soviética, donde interactúan acuerdos bilaterales y multilaterales.²⁸¹

- 3 El GATT ve con buenos ojos las zonas de libre comercio y las uniones aduaneras, como se desprende del artículo XXIV:4. Esto se basa en la valoración de que tales alianzas regionales proporcionan un estímulo para toda la economía mundial. La aplicación estricta del principio de nación más favorecida²⁸² significaría que las medidas de liberalización en favor del comercio entre las partes de una asociación regional tendrían que extenderse a todos los miembros del GATT. Por esta razón, el GATT prevé un régimen de exención para las uniones aduaneras y las zonas de libre comercio, Artículo Para otorgar un trato privilegiado a estas agrupaciones regionales, el GATT exige que la eliminación de las barreras internas se extienda a *lo esencial del comercio* ("*lo esencial del comercio*") en la zona económica regional, artículo XXIV Sección 8 *lit.* a y b. La presión política a favor de las agrupaciones económicas regionales se ha traducido en un manejo muy generoso de las disposiciones de privilegio para las zonas de libre comercio y las uniones aduaneras. Tanto EE.UU. como la Unión Europea han concluido una serie de acuerdos comerciales bilaterales (*Preferential Trade Agreements*, PTAs). La tendencia hacia las alianzas económicas sobre una base regional no sólo aumenta el bienestar de las naciones implicadas. Al contrario, la creación de grandes bloques comerciales también alberga el riesgo de una fragmentación regional de la economía mundial.
- 4 La Unión Europea se basa en una unión aduanera (artículo 28, apdo. 1 del TFUE). La Unión Europea se caracteriza porque, además de la supresión de las restricciones directas e indirectas al comercio entre Estados, garantiza la libre circulación de servicios, personas, capitales y pagos, dispone de una política comercial común y de mecanismos eficaces para armonizar las condiciones marco de la actividad empresarial en el mercado interior.²⁸³ Se ha convertido en una comunidad jurídica y de integración económica global que ha servido de modelo para el establecimiento de "comunidades económicas" en otras regiones. Entre las formas organizativas de mayor integración económica se encuentran el Mercado Común de los países del Pacto

278 Véase, por ejemplo, el apartado 1 del artículo 4 del Tratado AELC; Decisión nº 293 de la Comisión del Pacto Andino, ILM 32 (1993), p. 172.

279 Véase más adelante, § 12, 5. c).

280 *D. Byron/C. Malcolm*, Comunidad del Caribe (CARICOM), en: R. Wolfrum (ed.), MPEPIL, Vol. I, 2012, p. 1125 y ss.

281 *R. Dragneva/J. De Kort*, El régimen jurídico del libre comercio en la Comunidad de Estados Independientes, ICLQR 56 (2007), p. 233 y ss.

282 Véase más arriba, § 10, 5. a).

283 Véase más arriba, § 5, 1, y más abajo, § 12, 2.

Andino, el *Mercado Común Centroamericano* (*Mercado Común Centroamericano*, MCCA) y la *Comunidad Económica de los Estados de África Occidental* (*Comunidad Económica de los Estados de África Occidental*, CEDEAO). Algunas de estas organizaciones sólo han tenido hasta ahora un impacto muy modesto. Esto se debe no sólo a la escasa voluntad política de coordinación de los Estados miembros, sino también al modesto alcance del comercio transfronterizo dentro de estas organizaciones. El ambicioso proyecto de una Comunidad Económica Africana está fuertemente influenciado por el modelo de la Unión Europea.²⁸⁴

- 5 Durante mucho tiempo, una de las organizaciones de libre comercio más importantes fue la Asociación Europea de Libre Comercio (*European Free Trade Association*, EFTA), fundada por varios Estados europeos mediante un acuerdo en 1960.²⁸⁵ El mayor atractivo de la Unión Europea se reflejó, por ejemplo, en la adhesión de los antiguos Estados de la AELC Dinamarca, Gran Bretaña, Portugal, Finlandia, Austria y Suecia a la Unión Europea. Lo que queda es una AELC "grupa" (Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza). El Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo²⁸⁶ ha establecido una amplia zona de libre comercio entre los Estados de la AELC y la Unión Europea, a la que se aplican en gran medida los principios básicos de la legislación de la Unión Europea. Un conjunto de acuerdos bilaterales ha configurado la relación entre Suiza y la Unión Europea.

Tras el Brexit, el *Acuerdo de Comercio y Cooperación UE-Reino Unido* de 2020²⁸⁷ establece una zona de libre comercio entre la Unión Europea y el Reino Unido. El acuerdo regula no sólo el comercio de bienes y servicios, sino también las cuestiones relativas al establecimiento y la competencia.

Tras el colapso de la Unión Soviética, se hicieron repetidos intentos de integrar las economías de los estados sucesores en la región euroasiática. En 2002, Rusia, Kazajstán, Kirguistán, Tayikistán, Uzbekistán y Bielorrusia fundaron la Comunidad Económica Euroasiática (EurAsEC) (Uzbekistán suspendió su adhesión en 2008). Dentro de la Comunidad Económica Euroasiática, Rusia, Kazajstán y Bielorrusia han entrado en una unión aduanera.²⁸⁸

- 6 El acuerdo de libre comercio entre EE.UU. y Canadá²⁸⁹ constituye la base del acuerdo de libre comercio negociado entre Canadá, México y EE.UU. (*Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, TLCAN) en 1992.²⁹⁰ Bajo el nombre *Acuerdo Estados Unidos-México-Canadá* (USMCA), los tres estados signatarios han negociado un nuevo acuerdo que se corresponde en gran medida con el TLCAN en cuanto a su contenido.

En la cumbre de jefes de Estado americanos celebrada en Miami en 1994, la perspectiva de una zona de libre comercio para toda América (*Área de Libre Comercio de las Américas*, ALCA)²⁹¹

284 Tratado fundacional de 1991, ILM 30 (1991), p. 1241.

285 UNTS 370, P. 5.

286 Véase más adelante, § 12, 3.

287 OJ 2020 L 444/14.

288 C. Schewe, *Das Recht der Zollunion der Eurasischen Wirtschaftsgemeinschaft - Postsowjetische Integration nach dem Vorbild der EU?* EuZW 2013, p. 535 y ss.

289 Véase más adelante, § 12, 4.

290 Véase más adelante, § 12, 4.

291 Véanse J. A. González, *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, *International Lawyer* 30 (1996), p. 345 (346 y ss.); P. A. O'Hops, *La integración hemisférica y la eliminación de obstáculos jurídicos bajo un sistema*

recibió un importante impulso político. Sin embargo, los recientes acontecimientos políticos han empujado este proyecto hacia un futuro lejano.

Dentro del continente americano, EEUU está vinculado a Chile, Colombia y Perú por un acuerdo de libre comercio. Los EE.UU. han concluido el *Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana y Centroamérica (DR-CAFTA)* con los estados centroamericanos de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, así como con la República Dominicana. Estos acuerdos de libre comercio prevén la exención de aranceles para casi todas las mercancías procedentes de los estados signatarios y una amplia protección de las inversiones. En 2012 entró en vigor un acuerdo de libre comercio entre EE.UU. y Corea del Sur. En 2018, ambos países acordaron una revisión de este acuerdo. El acuerdo sobre la Asociación Transpacífica (*Trans-Pacific Partnership, TPP*) entre Australia, Brunéi, Canadá, Chile, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur, EE.UU. y Vietnam se firmó a principios de 2016. Tras la retirada de la administración estadounidense de Trump, las demás partes mantuvieron el Acuerdo de Asociación Transpacífico con pequeñas modificaciones (*Acuerdo General y Progresivo de Asociación Transpacífico - CPTPP*). En septiembre de 2021, la República Popular China y después Taiwán presentaron sus solicitudes de adhesión.

- 7 La Unión Europea y sus Estados miembros han concluido acuerdos de libre comercio con países como Chile, Colombia, Perú y Corea del Sur. En octubre de 2016, se firmó el *Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA)* entre la UE y Canadá, cuya mayor parte (que es responsabilidad exclusiva de la UE) está en vigor desde 2017. La UE y sus Estados miembros también han negociado un acuerdo similar con Japón (*Acuerdo de Asociación Económica UE-Japón, DO 2018 L 330/3*), que entró en vigor el 1 de febrero de 2019. La administración Trump es crítica con los acuerdos de libre comercio y ha rechazado el acuerdo TPP. Las negociaciones entre la Unión Europea y EE.UU. sobre una asociación transatlántica de comercio e inversión (*Transatlantic Trade and Investment Partnership, TTIP*) no han continuado por el momento. Bajo la administración Biden, EE.UU. y la Unión Europea decidieron establecer un nuevo *Consejo de Comercio y Tecnología (Trade and Technology Council, TTC)*, que se reunió por primera vez en septiembre de 2021.

2. Libertad de circulación de bienes y servicios en la Unión Europea

Literatura:

M. Herdegen, *Europarecht*, 23ª ed. 2022, §§ 15, 17; *W. Frenz*, *Handbuch Europarecht, Band 1: Europäische Grundfreiheiten*, 2ª ed. 2012; véanse también las notas en § 3, 2. y en § 5, 1.

a) Libertad de circulación de mercancías

- 8 Varios acuerdos de libre comercio entre EEUU y la Unión Europea regulan las normas medioambientales y las condiciones laborales justas. Por ejemplo, el tratado de libre comercio entre EEUU y la República Dominicana y los estados centroamericanos (*Tratado de Libre Comercio República Dominicana - Centroamérica*) garantiza normas laborales reconocidas

basado en el TLCAN, *Harvard International Law Journal* 36 (1995), p. 127 y ss.

internacionalmente (incluida la libertad de asociación) y un núcleo de "condiciones laborales aceptables" (Artículo 16).

En el caso *Guatemala - Cuestiones relativas a las obligaciones en virtud del artículo 16.2.1(a) del CAFTA-DR*²⁹², un tribunal arbitral se ocupó de la reclamación de EE.UU. de que Guatemala había violado su obligación de aplicar efectivamente la legislación laboral de manera que afectara al comercio entre las Partes. Constató que:

"En cada uno de los casos descritos anteriormente, las pruebas apoyan la conclusión de que los tribunales laborales guatemaltecos no hicieron cumplir la ley de forma efectiva. Las pruebas demuestran que las autoridades no lograron hacer cumplir las órdenes de los tribunales o descuidaron su cumplimiento. Los tribunales específica y directamente responsables de iniciar la ejecución y asegurar el cumplimiento de sus órdenes ordenaron la reincorporación de grupos de empleados despedidos por actividad sindical y los empleadores no cumplieron o se negaron a cumplir los términos de esas órdenes. Tampoco pagaron las multas impuestas por esos tribunales. El hecho de que posteriormente los tribunales no tomaran medidas efectivas para hacer cumplir la ley como respuesta, indicó a los empleadores en cuestión que no se les exigirían responsabilidades por su incumplimiento de la legislación laboral."²⁹³ (párrafo 426).

Sin embargo, en opinión del tribunal de arbitraje, este incumplimiento no afectó a las relaciones comerciales con EEUU.

- 9 La libre circulación de mercancías en la Unión Europea se basa en la supresión de los aranceles internos y en la creación de un arancel aduanero común (artículo 28 párr. 1; 30 y ss. TFUE). La prohibición de las restricciones cuantitativas a la importación y de otras medidas de efecto equivalente (artículo 34 TFUE) reviste una importancia capital. El artículo 35 del TFUE contiene una regulación comparable para la exportación de mercancías. Según la fórmula "*Dassonville*" del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el término "medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa" en el sentido de la prohibición del artículo 34 TFUE debe entenderse en sentido amplio: a saber, como "toda regulación comercial de los Estados miembros que pueda obstaculizar, directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio intracomunitario".²⁹⁴ El derecho de la Unión va así mucho más allá de las exigencias del GATT. En efecto, prohíbe las restricciones a la importación y a la exportación no sólo si tienen un efecto discriminatorio en el comercio dentro del mercado interior, sino también si son desproporcionadas y afectan por igual a las mercancías nacionales y a las extranjeras. La legislación de la OMC sólo cubre las restricciones comerciales no discriminatorias en áreas concretas (como las medidas de protección sanitaria).
- 10 Por lo tanto, la norma de prohibición del artículo 34 del TFUE abarca de forma exhaustiva todas las restricciones comerciales imaginables dentro del mercado interior. Esto incluye, por ejemplo, una normativa legal según la cual determinadas bebidas sólo pueden comercializarse

292 *Guatemala - Cuestiones relativas a las obligaciones derivadas del artículo 16.2.1(a) del CAFTA-DR*, Informe final del Grupo Especial, 14 de julio de 2017.

293 *Guatemala - Cuestiones relativas a las obligaciones previstas en el artículo 16.2.1(a) del CAFTA-DR*, Informe final del Grupo Especial, 14 de julio de 2017, párr. 426.

294 TJCE, asunto C-8/74, EU:C:1974: 82 - *Dassonville*, Rec. 1974, 837 (852).

en envases retornables (botellas retornables).²⁹⁵ Además de las restricciones normativas, la disposición del Artículo 34 del TFUE también cubre las barreras de facto al comercio transfronterizo, como el apoyo estatal a una campaña de compra de productos nacionales, por ejemplo la campaña "*Buy Irish*" (*Compre irlandés*) de.²⁹⁶

Un obstáculo especialmente drástico para el comercio era la normativa británica según la cual la leche a temperatura ultra alta (leche UHT) sólo podía importarse al Reino Unido con una licencia de importación y debía ser reenvasada por una central lechera nacional.²⁹⁷ Esta normativa equivalía en la práctica a una prohibición total de las importaciones.

- 11** La fórmula "*Dassonville*" resulta ser demasiado amplia en algunos casos. Esto se aplica, en particular, a las restricciones a la venta que no tienen por objeto el comercio intracomunitario y que afectan tanto a las mercancías nacionales como a los productos extranjeros. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha aprovechado la evaluación de una disposición legal neutra de un Estado miembro en este sentido (la prohibición francesa de revender mercancías por debajo del precio de compra real) para flexibilizar su jurisprudencia anterior con la denominada "fórmula *Keck*":

"[...] [L]a aplicación de disposiciones nacionales que restrinjan o prohíban determinadas modalidades de venta a los productos procedentes de otros Estados miembros [no] puede obstaculizar el comercio entre los Estados miembros en el sentido de la sentencia *Dassonville* [...] siempre que dichas disposiciones se apliquen a todos los agentes económicos afectados que ejerzan sus actividades en el territorio nacional y que afecten de la misma manera, de hecho y de derecho, a la comercialización de los productos nacionales procedentes de otros Estados miembros."²⁹⁸

- 12** El alcance de esta jurisprudencia sobre la restricción del ámbito de aplicación del artículo 34 del TFUE²⁹⁹ es difícil de evaluar en algunos casos.³⁰⁰ Esto se debe a que las normativas sobre las modalidades de venta suelen estar estrechamente vinculadas a la distribución de un producto en toda la Comunidad. Por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha valorado las restricciones individuales a la circulación de mercancías para proteger la lealtad de la competencia frente a los artículos 34 y 36 del TFUE.

Un ejemplo es la prohibición de vender en Alemania cosméticos fabricados en Bélgica y el Reino Unido con el nombre de "*Clinique*" debido a un supuesto riesgo de engaño (inducir a error a los clientes sobre la naturaleza no médica del producto). En este caso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha atestiguado que el consumidor tiene un juicio más agudo que

295 TJCE, asunto C-302/86, EU:C:1988: 421 - *Sistema danés de depósito de botellas*.

296 TJCE, asunto C-249/81, EU:C:1982: 402 - *Comisión./ Irlanda*.

297 TJCE, asunto C-124/81, EU:C:1983: 30 - *Comisión./ Reino Unido*.

298 TJCE, ver. C-267/91 y C-268/91, EU:C:1993: 905 - *Keck*.

299 El Artículo 28 CE tampoco se aplica a las prohibiciones de venta generalmente aplicables los domingos, TJCE, verb. C-69/93 y C-258/93, EU:C:1994: 226 - *Punto Casa*; véase también TJCE, C-317/91, EU:C:1994: 226 - *Quattro/Quadra*.

300 Véase *U. Everling*, Der Einfluss des EG-Rechts auf das nationale Wettbewerbsrecht im Bereich des Täuschungsschutzes, *Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht* 1994, p. 221 ss.; *W. Möschel*, Kehrtwende in der Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit, *NJW* 1994, p. 429 ss.; *N. Reich*, The "November Revolution" of the European Court of Justice: *Keck*, *Meng* and *AUDI* Revisited, *CMLRev.* 31 (1994), p. 459 ss.

una asociación que se querrelaba contra esta denominación, que invocaba la legislación alemana en materia de competencia.³⁰¹

Cuanto más fuertes sean los vínculos entre una restricción de ventas y el propio producto afectado, más probabilidades habrá de que esté sujeta a las normas del artículo 34 y ss. TFUE.

- 13** En su jurisprudencia más reciente, el TJUE ya no se centra en la difícil distinción entre modalidades de venta y otras restricciones a la comercialización en el sentido de la fórmula *Keck*, sino en el impedimento de acceso al mercado. En consecuencia, una medida que regule las condiciones que deben cumplir los productos (en términos de composición, fabricación o presentación) o que impida de otro modo el acceso al mercado de los productos de otros Estados miembros también debe calificarse como medida de efecto equivalente en virtud del Artículo 34 del TFUE.³⁰² Esto incluye también las normas sobre un precio mínimo que excluye la competencia mediante costes de producción favorables.³⁰³

Esta jurisprudencia más reciente también amplía la libertad de circulación de mercancías a las restricciones de uso si éstas pueden controlar las decisiones de compra de los consumidores debido a su intensidad y, por tanto, dificultan o incluso imposibilitan el acceso al mercado de las mercancías procedentes de otros países de la UE.³⁰⁴

- 14** La prohibición de las restricciones comerciales por parte de los Estados miembros no es absoluta, sino que está sujeta a ciertas excepciones desarrolladas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o contempladas expresamente en el texto del Tratado.³⁰⁵ En primer lugar, el Tribunal de Justicia reconoce la permisibilidad de las barreras comerciales que en general (es decir, sin discriminación en detrimento de las mercancías importadas) sirven a requisitos obligatorios de control fiscal eficaz, protección de la salud pública, lealtad de los intercambios y protección de los consumidores³⁰⁶ (barreras intrínsecas del Artículo 34 del TFUE). La jurisprudencia posterior del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ampliado las limitaciones intrínsecas del artículo 34 del TFUE para incluir la protección del medio ambiente³⁰⁷ y los motivos de política cultural³⁰⁸. Además, la disposición del artículo 36 del TFUE permite expresamente las restricciones al comercio entre los Estados miembros por motivos de "moralidad pública, orden público o seguridad pública; protección de la salud y de la vida de las personas, animales o plantas; protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional; o protección de la propiedad industrial y comercial" (frase 1), siempre que estas restricciones no tengan por

301 TJCE, asunto C-315/92, EU:C:1994: 34 - *Clinique*.

302 Así, sobre la prohibición de la importación de productos del tabaco para los minoristas de tabaco TJCE, asunto C- 456/10, EU:C:2012: 241, párr. 34 f. - *ANNETT*.

303 TJCE, asunto C-333/14, EU:C:2015: 845, apartado 32 - *Scotch Whisky Association*.

304 TJCE, asunto C-142/05, EU:C:2009: 336, apartado 26 - *Mickelsson y Roos*.

305 *E. L. White*, En busca de los límites del artículo 30 del Tratado CEE, CMLRev. 26 (1989), p. 235 y ss.

306 TJCE, asunto C-120/78, EU:C:1979: 42 - *Cassis de Dijon*, Rec. 1979, 649 (662): "A falta de normas comunitarias sobre la producción y comercialización de bebidas alcohólicas [...], corresponde a los Estados miembros adoptar todas las disposiciones relativas a la producción y comercialización de bebidas alcohólicas en su territorio. Los obstáculos al comercio interior dentro de la Comunidad derivados de las diferencias entre las normas nacionales relativas a la comercialización de estos productos deben aceptarse en la medida en que dichas normas sean necesarias para satisfacer exigencias imperativas, en particular las exigencias de un control fiscal eficaz, de la protección de la salud pública, de la lealtad de las transacciones comerciales y de la protección de los consumidores".

307 TJCE, asunto C-302/86, EU:C:1988: 421 - *Sistema danés de depósito de botellas*, Rec. 1988, 4607 y ss. (4630).

308 TJCE, ver. C-60/84 y C-61/84, EU:C:1985: 329 - *Cinéthèque*, Rec. 1985, 2605 y ss. (2626) (protección de las películas de cine contra la venta/alquiler prematuro en videoclubs).

objeto una discriminación arbitraria o una compartimentación encubierta de los mercados nacionales (frase 2). Los motivos de justificación del artículo 36 TFUE y los límites del Artículo 34 TFUE reconocidos por la jurisprudencia se solapan. Así, el Artículo 36 TFUE también prevé una justificación para las restricciones a la circulación de mercancías al servicio de la protección del medio ambiente.³⁰⁹ Se discute si los reglamentos discriminatorios también pueden entrar en el ámbito de las barreras intrínsecas o si sólo pueden justificarse en virtud del artículo 36 TFUE.

- 15** El Tribunal de Justicia de la Unión Europea somete la justificación de las restricciones nacionales a la circulación internacional de mercancías por las barreras inherentes del artículo 34 del TFUE y por los motivos del artículo 36 del TFUE a una estricta prueba de proporcionalidad. Como ha dejado claro la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los motivos de protección de la salud y de los consumidores invocados por los Estados miembros a menudo sólo sirven para criticar las barreras comerciales destinadas a proteger la economía nacional. El derecho de la Unión ejerce aquí una importante fuerza de fomento de la racionalidad.

Por ejemplo, el Tribunal de Justicia consideró que la prohibición de vender en Alemania un licor de frutas francés ("*Cassis de Dijon*") constituía una violación del Tratado CE (actual TFUE) debido a su bajo contenido de alcohol (entre un quince y un veinte por ciento).³¹⁰ La legislación alemana estipulaba una graduación alcohólica mínima del 25% para los licores de frutas. La justificación de la normativa alemana por motivos de protección de la salud no resistió un examen serio. El resto de preocupaciones relativas a la protección de los consumidores (la expectativa de un determinado contenido de alcohol) pueden tenerse en cuenta con la obligación de proporcionar información en la etiqueta.

La "Ley alemana de pureza" de la cerveza tampoco existía antes del Tratado CE (actual TFUE).³¹¹ Según esta ley, sólo podían comercializarse con el nombre de "cerveza" las bebidas elaboradas únicamente con malta de cebada, lúpulo, levadura y agua. En opinión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, esta normativa constituía una injerencia desproporcionada en la libre circulación de mercancías. El Tribunal señaló la posibilidad de establecer un requisito de etiquetado menos restrictivo en interés de la protección de los consumidores.

Un ejemplo de protección excesiva de los consumidores como obstáculo a la circulación de mercancías en el mercado interior fue la prohibición alemana de la publicidad con comparaciones de precios (artículo 6e (1) de la Ley contra la Competencia Desleal, versión antigua) en los casos en que la clara puesta de relieve de las reducciones de precios en comparación con el precio anterior constituía un elemento de una campaña de ventas con catálogos y folletos que se extendía a varios Estados miembros.³¹²

Para el TJUE, los precios estandarizados de las farmacias para los medicamentos sujetos a receta médica no pueden justificarse por el hecho de que garanticen la exigencia de un suministro regular de medicamentos, que entra dentro del ámbito de aplicación del artículo 36 del TFUE.

309 TJCE, asunto C-379/98, EU:C:2001:160, párr. 66 y ss. - *PreussenElektra*.

310 TJCE, asunto C-120/78, EU:C:1979:42 - *Rewe-Zentral*.

311 TJCE, asunto C-178/84, EU:C:1987:126 - *Comisión contra Alemania*.

312 TJCE, asunto C-126/91, EU:C:1993:191 - *Yves Rocher*.

La competencia de precios entre farmacias podría incluso promover un suministro regular de medicamentos. La posibilidad de cobrar precios más altos hace atractivo el establecimiento en regiones desabastecidas. Además del precio, existen otros factores competitivos que permiten a las farmacias tradicionales competir con las farmacias de venta por correspondencia.³¹³

Como parte de la prueba de proporcionalidad, el TJUE exige una evaluación del riesgo basada en la información científica actual y una valoración de la probabilidad y gravedad de estos efectos nocivos.³¹⁴ El procedimiento es, por tanto, similar a las normas del Acuerdo *sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, Acuerdo MSF)*.³¹⁵ Una amplia legislación secundaria armoniza las normas de los productos y los reglamentos de etiquetado en la Unión Europea.

b) Libertad de prestación de servicios

- 16** La prestación de servicios está respaldada por dos conjuntos de normas en el TFUE: las disposiciones sobre la libertad de establecimiento (Artículo 49 y ss. del TFUE)³¹⁶ y las disposiciones sobre la libre prestación de servicios (Artículo 56 y ss. del TFUE). Si, por ejemplo, una compañía de seguros del Estado miembro A ofrece servicios en el Estado miembro B a través de una filial o sucursal, esta actividad está cubierta por la libertad de establecimiento. Si, por el contrario, una empresa o un profesional liberal (como un abogado o un médico) establecido en el Estado miembro A presta un servicio en el Estado miembro B (sin un establecimiento en dicho Estado), esta actividad está cubierta por la libre prestación de servicios (véase el Artículo 57 del TFUE). La distinción entre el ejercicio de la libertad de establecimiento y la aplicabilidad de la libre prestación de servicios depende de la duración, la regularidad y la continuidad de la prestación de servicios, así como de la creación de una infraestructura en el Estado miembro en el que se presta el servicio.³¹⁷ Con el tiempo, la libre prestación de servicios ha adquirido una importancia mucho mayor que las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, personas y capitales, a pesar de su carácter subsidiario.
- 17** El Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpreta la libertad de prestación de servicios como una prohibición de discriminación y también como una protección contra las restricciones desproporcionadas. Como ocurre con las libertades de mercado en general, la jurisprudencia exige que se justifiquen por intereses generales reconocidos y que se respeten los principios de proporcionalidad y no discriminación.³¹⁸ La proporcionalidad depende sobre todo de si la protección de determinados intereses (como la salud o la protección de los consumidores) ya está suficientemente garantizada por las normas del país de origen del prestador de servicios y de si las restricciones que aún pueden justificarse en el país donde se presta el servicio no van más allá de lo necesario.

313 TJCE, asunto C-148/15, EU:C:2016:776 - *Asociación Alemana de Parkinson*.

314 TJCE, asunto C-192/01, EU:C:2003:492, párr. 45 y ss. - *Comisión/Dinamarca*, (sobre los suplementos vitamínicos en los productos alimenticios).

315 Véase más arriba, § 10, 8.

316 Véase más arriba, § 5, 1.

317 TJCE, asunto C-55/94, EU:C:1995:4165, apartado 27 - *Gebhard*; asunto C-215/01, EU:C:2003:662, apartado 32 - *Schnitzer*.

318 TJCE, asunto C-55/94, EU:C:1995:411, apartado 37 - *Gebhard*.

- 18 Por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea midió con estas normas el sistema de licencias exclusivas para la retransmisión de partidos de fútbol. El Tribunal dictaminó que la prohibición de vender y utilizar tarjetas decodificadoras extranjeras (para proteger los límites territoriales de los acuerdos de licencia) viola la libre prestación de servicios. La división de la Unión Europea en mercados nacionales de radiodifusión compartimentados con diferencias artificiales de precios no puede justificarse ni por la protección de la propiedad intelectual del contenido de las emisiones ni por el deseo de fomentar la asistencia de público a los estadios de fútbol.³¹⁹

3. Espacio Económico Europeo

Literatura:

W. Hummer, Der EWR und seine Auswirkungen auf Österreich, EuZW 1992, p. 361 y ss.; *O. Jacot-Guilarmod* (ed.), Accord CEE/EEA-Abkommen/EEA Accord, 1992; *S. Norberg*, The Agreement on a European Economic Area, CMLRev. 29 (1992), p. 1171 ss.; *A. Streit*, Das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum, NJW 1994, p. 555 y ss.; *A. Toledano Laredo*, El Acuerdo sobre el EEE: una visión de conjunto, CMLRev. 29 (1992), p. 1199 y ss.

- 19 El Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE) de 1992³²⁰ acerca a los Estados miembros de la AELC restantes al mercado único de la Unión Europea. El acuerdo se celebró entre la Comunidad Europea, la (entonces) Comunidad Europea del Carbón y del Acero y sus Estados miembros, por una parte, y los Estados de la AELC, por otra. Desde la perspectiva de la UE se trata de una asociación en virtud del Artículo 217 del TFUE. El tratado pretende crear una gran zona europea de libre comercio en la que se despliegue un gigantesco potencial económico. Los Estados miembros del Espacio Económico Europeo, con sus aproximadamente 455 millones de habitantes, representan más del cuarenta por ciento del comercio mundial. Tras el rechazo de Suiza al Acuerdo sobre el EEE (referéndum negativo), los Estados miembros de la CE y los demás Estados de la AELC acordaron en marzo de 1993 el Protocolo de Adaptación al Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.³²¹ Posteriormente, Suiza se acercó al EEE a través de un conjunto especial de acuerdos.³²²

En determinados ámbitos, el legislador suizo adapta la legislación nacional a la normativa europea (la llamada "aplicación autónoma").

El Acuerdo sobre el EEE entró en vigor el 1 de enero de 1994. Con la ampliación de la Unión Europea a Austria, Finlandia y Suecia, el Acuerdo EEE reviste especial interés por su carácter modélico para la asociación de terceros países a una comunidad económica altamente diferenciada con un nivel de desarrollo económico comparable. El Acuerdo EEE está fuertemente orientado hacia los principios básicos del TFUE. Las disposiciones sobre la libre circulación de mercancías, la libre circulación de trabajadores, el derecho de establecimiento, la libre circulación de servicios y capitales y la supervisión de la competencia se basan en gran medida en el TFUE (también en cuanto a la redacción). A diferencia del mercado interior de la UE, el Espacio Económico Europeo no reconoce aranceles exteriores comunes para la Unión Europea y los Estados de la AELC.

319 TJCE, ver. C-403/08 y C-429/08, EU:C:2011: 631, párr. 84 y ss. - *Asociación Nacional de la Premier League*.

320 BGBl. 1993 II, p. 267; DO 1994 L 1/3.

321 COM (93) 98 final de 9 de marzo de 1993.

322 *T. Cottier/M. Oesch*, Die sektoriellen Abkommen Schweiz - EG, 2002.

- 20** Las disposiciones del Acuerdo EEE deben interpretarse de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la medida en que correspondan en sustancia a disposiciones del Derecho de la Unión Europea (artículo 6 del Acuerdo EEE).
- 21** El sistema institucional del Acuerdo EEE es extremadamente complicado. Esto puede explicarse por el hecho de que el acuerdo intenta equilibrar objetivos contradictorios. Por un lado, debe garantizarse la libertad de decisión de la Unión Europea en lo que respecta al desarrollo del mercado interior. Por otro, los Estados de la AELC quieren evitar verse sometidos sin más al poder regulador extranjero. Por último, el acuerdo debe garantizar la unidad jurídica necesaria para el funcionamiento del nuevo espacio económico.
- 22** El Acuerdo prevé la creación de un Consejo del EEE como órgano político supremo (artículo 89 y ss.). Su principal cometido es "dar el impulso político a la aplicación del presente Acuerdo y establecer las orientaciones generales del Comité Mixto del EEE" (artículo 89, apdo. 1). El Consejo del EEE está compuesto por los miembros del Consejo de la Unión Europea y de la Comisión Europea, así como por un miembro de cada gobierno de los Estados de la AELC (artículo 90 párr. 1). El órgano decisorio más importante es el Comité Mixto del EEE (Artículo 92 y ss.). Este órgano está compuesto por representantes de las Partes Contratantes (Artículo 93 apdo. 1). Las decisiones de este órgano se adoptan "de común acuerdo entre la Comunidad, por una parte, y los Estados de la AELC, que hablan con una sola voz, por otra" (artículo 93 apdo. 2). Esto crea la obligación de que los Estados de la AELC lleguen a un acuerdo interno. Según el acuerdo, se adoptan alrededor de 1.400 actos jurídicos de derecho derivado de la Unión para el Espacio Económico Europeo. En los anexos del Acuerdo sobre el EEE figuran disposiciones más detalladas. El derecho de la Unión de nueva creación debe adoptarse sobre la base de las decisiones del Comité Mixto del EEE (artículo 98 y siguientes del Acuerdo EEE).
- 23** El Acuerdo EEE sigue un modelo de dos vías para la aplicación de las disposiciones del tratado y los mecanismos de vigilancia. Se ha creado un Órgano de Vigilancia de la AELC para que los Estados de la AELC supervisen el cumplimiento del Acuerdo EEE (artículo 108 (1) del Acuerdo). Además, el Órgano de Vigilancia de la AELC es responsable de supervisar las restricciones de la competencia y las fusiones de empresas en lo que respecta a sus efectos sobre el comercio entre los Estados de la AELC (artículo 55 y siguientes). Si el comercio entre los Estados miembros de la UE se ve (también) notablemente afectado, la Comisión Europea es responsable (artículo 56, 57 párrafo 2). Esto refleja una vez más el predominio de la Unión Europea.
- 24** La sumisión a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Justicia de Luxemburgo en los litigios relativos a la aplicación del Acuerdo EEE no era aceptable para los Estados de la AELC.

En un principio, se previó un Tribunal de Justicia del EEE, que debía ser competente, en particular, para los litigios entre los Estados miembros y la interpretación controvertida del Acuerdo EEE a petición de un Estado contratante o del Comité Mixto del EEE. Además, la versión anterior del Acuerdo EEE contenía disposiciones para la revisión de las decisiones del Órgano de Vigilancia de la AELC por un Tribunal de Primera Instancia del EEE (adjunto al Tribunal de Justicia) y por el Tribunal de Justicia como segunda instancia. El Tribunal de Justicia del EEE debía estar compuesto por cinco jueces del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y tres jueces designados por los Estados de la AELC. En un dictamen pericial, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas consideró que la competencia del Tribunal de Justicia

del EEE propuesto suponía un menoscabo de la "autonomía del ordenamiento jurídico comunitario" y de sus propias funciones en virtud del artículo 220 CE (ahora sustituido esencialmente por el Artículo 19 TUE).³²³ Por lo tanto, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declaró que las disposiciones originales del Acuerdo EEE sobre protección jurídica eran incompatibles con el Tratado CEE.

La versión actual del Acuerdo EEE normaliza ahora también un sistema de doble vía para la jurisdicción. Además del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se ha creado un Tribunal de la AELC, que (según un acuerdo especial entre los Estados de la AELC) se pronuncia principalmente sobre las acciones de supervisión interpuestas por el Órgano de Vigilancia de la AELC contra los Estados de la AELC por incumplimiento del Acuerdo, sobre las acciones contra las decisiones en materia de competencia del Órgano de Vigilancia de la AELC y en los litigios entre los Estados de la AELC (apartado 2 del artículo 108 del Acuerdo).³²⁴

- 25** En caso de controversias relativas a la interpretación o aplicación del Acuerdo EEE, la Unión Europea o un Estado de la AELC podrán someter la cuestión al Comité Mixto del EEE (Artículo 111). Si el litigio se refiere a disposiciones que corresponden en sustancia a disposiciones del Derecho de la Unión, las partes en litigio podrán solicitar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se pronuncie sobre la interpretación (artículo 111, apdo. 3). Si no se encuentra una solución amistosa, una parte contratante podrá adoptar unilateralmente determinadas medidas compensatorias (Artículo 111 párr. 3, apdo. 2). En caso de controversias relativas a las medidas de salvaguardia unilaterales de una parte contratante previstas en el acuerdo, se podrá recurrir a un tribunal de arbitraje para resolver la controversia (artículo 111 apdo. 4). Los Estados de la AELC pueden introducir un procedimiento de remisión en el que un tribunal nacional solicite al Tribunal de Justicia Europeo que interprete una norma del EEE (Artículo 107).
- 26** Esto significa que queda poco de un sistema global de protección jurídica para el Espacio Económico Europeo. En un segundo dictamen, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no expresó reservas sobre el sistema de solución de diferencias del Tratado EEE en su versión actual.³²⁵

4. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN, *North American Free Trade Agreement, NAFTA*)

Literatura:

F. M. Abbott, Law and Policy of Regional Integration: The NAFTA and Western Hemispheric Integration in the World Trade Organisation System, 1995; *F. L. Ansley*, North American Free Trade Agreement: The Public Debate, Georgia Journal of International and Comparative Law 22 (1992), p. 469 y ss.; *P. van Dijck*, NAFTA: ¿A Model for the WTO?, en: P. van Dijck/G. Faber, Challenges to the New World Trade Organization, 1996, p. 127 y ss. Faber, Challenges to the New World Trade Organisation, 1996, p. 127 y ss.; *M. H. Meub*, Das Nordamerikanische Freihandelsabkommen NAFTA, EuZW 1993, p. 532 y ss.; *J. J. Norton* (ed.), NAFTA and Beyond. A new Framework for Doing Business in the Americas, 1995;

323 TJCE, Dictamen 1/91, EU:C:1991:490 - *Acuerdo EEE I*, Rec. 1991, I-6079 (6105).

324 *C. Baudenbacher/P. Tresselt/T. Örlygsson*, El Tribunal de la AELC: diez años después, 2005.

325 TJCE, Dictamen 1/92, EU:C:1992:189 - *Acuerdo EEE II*.

J. H. Bello/A. F. Holmer/J. J. Norton (eds.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. A New Frontier in International Trade and Investment in the Americas*, 1994; *S. J. Rubin/D. C. Alexander*, *NAFTA and the Environment*, 1996; *R. Senti*, *NAFTA: die Nordamerikanische Freihandelszone - Entstehung, Vertragsinhalt, Auswirkungen*, 1996; *J. L. Siqueiros*, *NAFTA Institutional Arrangements and Dispute Settlement Procedures*, *California Western International Law Journal* 23 (1993), p. 383 y ss.; *B. Sagasser/W. Kau*, *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte TLCAN*, *RIW* 1993, p. 573 y ss.

- 27** El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (*Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, TLCAN)³²⁶ de 1992 tiene una gran importancia en la llamada "competencia de la tríada" (entre el bloque económico norteamericano, la Unión Europea y Japón). Los estados firmantes fueron EEUU, Canadá y México. Este acuerdo creó una gran zona de libre comercio (capaz de ampliarse hacia el sur) con una población de unos 460 millones de habitantes y un producto interior bruto total de unos 20 billones de dólares. dólares estadounidenses, lo que constituye un importante contrapeso a la Unión Europea y Japón.

Este acuerdo surgió del acuerdo de libre comercio celebrado entre Canadá y EE.UU. en 1988.³²⁷ Al igual que el TLCAN más adelante, este acuerdo de libre comercio ya contenía condiciones de gran alcance para la protección de las inversiones.³²⁸

- 28** El objetivo del TLCAN es eliminar las barreras al comercio de bienes y servicios, promover la competencia leal, mejorar las condiciones de inversión dentro de la zona de libre comercio, garantizar los derechos de propiedad industrial y crear mecanismos eficaces para garantizar los principios del acuerdo (artículo 102).
- 29** El principio fundamental es el principio nacional (*Trato nacional*), que se complementa con el trato de nación más favorecida en áreas individuales. Para el comercio de mercancías (Parte II), además del principio de trato nacional (artículo 301), el tratado prevé la eliminación de los derechos de aduana y de las restricciones a la importación y a la exportación (artículo 302). Determinadas mercancías se benefician del trato de nación más favorecida con respecto a los derechos de aduana (artículo 308). Según las normas de origen, depende de si los productos son originarios de los Estados del TLCAN, de si han sido transformados en ellos en cierta medida o de si están compuestos por un determinado porcentaje de partes procedentes de los Estados del TLCAN (artículo 401 y siguientes). La eliminación de todas las barreras comerciales no arancelarias está prevista para los productos agrícolas (Parte II, Capítulo 7, Sección A). También se abordan las barreras técnicas al comercio (Parte III). El acuerdo trata en detalle el acceso no discriminatorio a los contratos públicos (Parte IV). La protección de las inversiones (Parte V, Capítulo 11) incluye la indemnización plena (inmediata y efectiva) por expropiación (Artículo 1110). Reviste especial interés la solución prevista de los litigios entre inversores privados y un Estado contratante (procedimientos del CIADI o del "Mecanismo Complementario" en el

326 ILM 32 (1993), p. 289 y siguientes, 605 y siguientes.

327 ILM 27 (1988), p. 281; véase *S. A. Baker/S. B. Battram*, *The Canada - United States Free Trade Agreement*, *The International Lawyer* 23 (1989), p. 37 y ss.; *A. Weber*, *Das amerikanisch-kanadische Freihandelsabkommen vom 2. Januar 1988*, *RIW* 1990, p. 975 y ss.; *F. P. Cantin/A. F. Lowenfeld*, *Normas de origen, El Canadá-U.S. FTA, and the Honda Case*, *AJIL* 87 (1993), p. 375 y ss.

328 Por ejemplo, *J. Raby*, *The Investment Provisions of the Canada-United States Free Trade Agreement: A Canadian Perspective*, *AJIL* 84 (1990), p. 394 y ss.

marco del CIADI,³²⁹ procedimientos de arbitraje de la CNUDMI³³⁰).³³¹ El inversor privado no necesita una declaración especial de sumisión del respectivo Estado contratante para llevar a cabo el procedimiento de arbitraje. Esto se debe a que el acuerdo ya contiene la sumisión contractual (artículo 1122). La norma nacional y el principio del trato de nación más favorecida se aplican al comercio de servicios (Parte V, Capítulo 12, Artículo 1201 y siguientes). El TLCAN dedica disposiciones detalladas al comercio transfronterizo de telecomunicaciones y servicios financieros (Parte V, Capítulos 12 a 14). El acuerdo también contiene disposiciones sobre la competencia (Capítulo 15) y los derechos de propiedad industrial (Parte VI, Capítulo 17).

- 30** De particular interés son las disposiciones del TLCAN sobre la solución de diferencias en casos de antidumping y antisubvenciones. En caso de litigio sobre medidas antidumping o compensatorias, un panel binacional de expertos debe decidir sobre la correcta aplicación de la legislación del país importador respectivo (Capítulo 19). Dicho panel está compuesto por cinco miembros, dos de los cuales son designados por cada una de las partes contratantes. Si ni los dos Estados ni los cuatro miembros designados pueden ponerse de acuerdo sobre el quinto panelista, se elige a un miembro por sorteo de una lista de candidatos. La decisión del panel es vinculante para las partes contratantes en lo que respecta a la disputa específica (artículo 1904 párrafo 9). El acuerdo prevé excepciones a las obligaciones contractuales, en particular con respecto a los casos regulados en el artículo XX del GATT (artículo 2102), la invocación de razones de seguridad nacional (Artículo 2102) y las dificultades de balanza de pagos (artículo 2104).
- 31** El sistema institucional del TLCAN no está muy diferenciado. Se ha creado una Comisión de Libre Comercio (con miembros a nivel de gabinete) para examinar la aplicación de las disposiciones del TLCAN, coordinar su evolución y resolver los litigios a nivel político (Artículo 2001). También existe una secretaría (Artículo 2002).
- 32** Tras sus críticas al TLCAN en 2018, el Gobierno estadounidense del presidente Trump negoció un nuevo acuerdo de libre comercio entre Estados Unidos, México y Canadá, que se firmó en 2018 (*US-Mexico-Canada Agreement*, USMCA). Tras su ratificación, el nuevo acuerdo comercial sustituirá al TLCAN en 2020. El USMCA sigue de cerca el modelo del TLCAN en cuanto a su contenido, pero introduce una serie de cambios importantes que pretenden servir principalmente a los intereses estadounidenses. Los principales cambios se refieren a las normas de origen de los componentes de automoción, de los que una proporción mayor que antes debe proceder de los estados firmantes, así como una mayor apertura del mercado canadiense a los productos lácteos. Si un estado contratante concluye un acuerdo de libre comercio con un "país sin mercado", las partes del USMCA pueden poner fin al USMCA y concluir un acuerdo bilateral entre ellas (artículo 32.10: 4). En el capítulo sobre inversiones (Capítulo 14), se regula de nuevo que la decepción de las expectativas de los inversores no constituye en sí misma una violación de la norma mínima internacional (artículo 14.6: 4). La posible solución de diferencias en materia de inversiones mediante arbitraje ya no se aplica en relación con Canadá y los inversores canadienses. (Anexo 14-D).

329 Véase más adelante, § 23, 6.

330 Véase más arriba, § 9, 2.

331 Véase Artículo 1122, *G. A. Horlick/A. L. Marti*, NAFTA Capítulo 11 B - A Private Right of Action to Enforce Market Access through Investments, *Journal of International Arbitration* 14 (1997), p. 43 y ss.

5. La integración regional en América Latina y el Caribe

Literatura:

E. T. Alhadeff, Protocolo de Buenos Aires sobre Competencia Internacional en Materia de Litigios Contractuales, en: ILM 36 (1997), p. 1263 y ss.; *A. R. Brewer-Carias*, Regional Integration in Central Latin America: A Progress Report, en: C. M. Schmitthoff/K. R. Simmonds (eds.), International Economic and Trade Law, Universal and Regional Integration, 1976, p. 13 y ss.; *C. Chatterjee*, The Treaty of Asunción: An Analysis, JWT 26 (1992), p. 63 y ss.; *W. Hummer*, Integration in Lateinamerika und in der Karibik. Aktueller Stand und zukünftige Entwicklungen, VRÜ 2005, p. 6 y ss.; *G. Mancero-Bucheli*, Anti-Competitive Practices by Private Undertakings in Ancom and Mercosur: An Analysis from the Perspective of EC Law, International and Comparative Law Quarterly 47 (1998), p. 149 y ss. 149 y ss.; *J. L. Mayr*, El papel del Mercosur en el esquema de integración multidimensional de América Latina, Constitución y Derecho de Ultramar 1993, p. 258 y ss.; *H. Moavro/P. W. Orieta/R. G. Parera*, Las Instituciones del Mercosur, 1997; *T. A. O'Keefe*, How the Andean Pact Transformed Itself into a Friend of Foreign Enterprise, The International Lawyer 30 (1996), p. 811 y ss.; *su.*, Latin American and Caribbean Trade Agreements, 2009; *J. Samleben*, Der Südamerikanische Gemeinsame Markt (MERCOSUR) und seine neue Verfassung, WM 1996, p. 1997 y ss.; *H. Sangmeister*, MERCOSUR: Möglichkeiten und Grenzen der Integration, 1996; *J. Vervaele*, Mercosur and Regional Integration in South America, ICLQ 2005, p. 387 y ss.; *U. Wehner*, Der Mercosur, 1999.

a) Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)

33 En el continente americano, los países de América Central y del Sur han concluido una serie de acuerdos de integración. Con el Tratado de Montevideo de 1960, varios países latinoamericanos fundaron la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio.³³² Este acuerdo fue sustituido posteriormente por el Tratado de la Asociación *Latinoamericana de Integración (Asociación Latinoamericana de Integración, ALADI)* de 1980.³³³ Entre los miembros fundadores se encuentran Argentina, Bolivia, Chile, Ecuador, Colombia, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Los órganos de la ALADI son el Consejo de Ministros de Asuntos Exteriores, la Conferencia de Evaluación y Convergencia y un Comité de Representantes (al que cada Estado miembro envía un representante con un voto), así como la Secretaría General. El Consejo de Ministros de Asuntos Exteriores es el órgano supremo y se encarga, entre otras cosas, de adoptar normas generales que promuevan la integración económica (artículo 30 del Tratado de la ALADI). Las decisiones de los órganos políticos se adoptan por mayoría de dos tercios. En ciertos casos importantes, un Estado miembro puede impedir una decisión con un voto negativo (artículo 43).

34 Dentro de la ALADI, Chile, Colombia, México y Perú fundaron la *Alianza del Pacífico (Alianza del Pacífico)* (acuerdo marco de 2012). También incluye a cuatro miembros asociados (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Singapur) y a más de cincuenta Estados observadores.

³³² Véase *S. Montt*, Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), en: R. Wolfrum (ed.), MPEPIL, Vol. VI, 2012, p. 699 y ss.

³³³ ILM 20 (1981), P. 672.

b) Acuerdo de Cartagena (Pacto Andino) y Comunidad Andina

- 35** Dentro de la ALADI, varios Estados sudamericanos concluyeron en 1969 el Acuerdo de Cartagena (Pacto Andino) para reforzar la integración subregional.³³⁴ La Comunidad Andina (*Comunidad Andina*, CAN), surgida del Pacto Andino, está integrada actualmente por Bolivia, Ecuador, Colombia y Perú. Venezuela declaró su retirada en 2006. Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay son miembros asociados de la Comunidad Andina. Los principales órganos del Pacto Andino son la Comisión, la "Junta" de tres miembros (como guardiana del cumplimiento del acuerdo y de las decisiones de la Comisión), el Parlamento Andino y el Tribunal Andino del Mercado Común. La Comisión está formada por representantes de los gobiernos de los estados miembros. Es responsable de formular los objetivos generales del Pacto Andino, adoptar las medidas necesarias y coordinar las políticas económicas de los estados miembros. Las decisiones de la Comisión tienen un efecto vinculante general y se aplican en la legislación de los Estados miembros sin necesidad de actos nacionales de aplicación (artículo 2 y 3 del Tratado del Tribunal de Justicia). Las decisiones del Tribunal de Justicia también tienen efecto directo y no requieren una declaración de ejecutoriedad en los Estados miembros (artículo 32 del Tratado del Tribunal de Justicia). Esto refleja claramente el modelo del derecho de la Unión Europea. El Pacto Andino debe seguir desarrollándose hasta convertirse en una unión aduanera. Se ha elaborado un plan gradual para el arancel exterior común. Mientras que los aranceles internos se han suprimido por completo, la unión aduanera sólo se ha realizado para el 90% del comercio exterior con terceros países.
- 36** Con el acuerdo de *Trujillo* en 1996, el Pacto Andino se elevó a un nuevo nivel y se transformó en la Comunidad Andina. El principal órgano político de la Comunidad Andina es el Consejo Andino de Presidentes, integrado por los jefes de Estado de los Estados miembros. El Consejo Andino de Ministros de Asuntos Exteriores se encarga de formular la política exterior en materia de integración subregional y de concluir los acuerdos internacionales de la Comunidad Andina. Los otros órganos principales de la Comunidad Andina son (como antes) la Comisión y el Tribunal de Justicia. También existen varios órganos subsidiarios consultivos. La anterior "Junta" del Pacto Andino ha sido sustituida por la Secretaría General de la Comunidad Andina.

c) MERCOSUR

- 37** El Mercado *Común del Sur* (*Mercado Común del Sur* - MERCOSUR; portugués: MERCOSUL)³³⁵ fue fundado en 1991 por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay en virtud del Tratado

334 ILM 28 (1989), p. 1165; *F. V. García Amador*, El ordenamiento jurídico andino, 1977 (inglés 1978); *R. Porra-ta-Doria Jr*, *Comunidad Andina de Naciones* (CAN), en: R. Wolfrum (ed.), MPEPIL Vol. I, 2012, p. 381 y ss.; *L. C. Sábica*, *Derecho Comunitario Andino*, 2ª ed. 1990; *F. Uribe Restrepo*, El Derecho De La Integración En El Grupo Andino, 1990. El Tratado de Creación del Tribunal del Mercado Común Andino aportó innovaciones significativas, ILM 18 (1979), p. 1203. El Pacto Andino se modificó significativamente con el Protocolo de Quito de 1987, ILM 28 (1989), p. 1165; véase *A. Zelada Castedo*, Las reformas del Acuerdo de Cartagena: la estructura institucional y el principio de no discriminación, *Integración Latinoamericana* n° 134 (1988), p. 14 y ss.

335 ILM 30 (1991), p. 1041 y ss. (1044); véase *K. Bodemer*, Von der Wirtschaftsgemeinschaft zur subregionalen Sicherheitsgemeinschaft - Eine Zwischenbilanz des MERCOSUR, *Friedenswarte* 75 (2000), p. 331 y ss.; *P. B. Cassella*, Legal features and institutional perspectives for the MERCOSUR, *VRÜ* 31 (1998), p. 523 y ss.; *F. Filho*, The Law of Mercosur, 2010; *R. Martins*, MERCOSUR: Der südamerikanische Gemeinsame Markt, *RIW* 1999, pp. 851 y ss.; *J. Samtleben*, Der Südamerikanische Gemeinsame Markt (MERCOSUR) und seine neue Verfassung, *WM* 1996, p. 1997 y ss.; *H.*

de Ascunción. Venezuela es ahora miembro de pleno derecho del MERCOSUR tras una larga y controvertida admisión, pero está suspendida permanentemente desde el 1 de diciembre de 2016. Bolivia está en proceso oficial de admisión desde el 7 de diciembre de 2012. Chile, Ecuador, Guyana, Colombia, Perú y Surinam son miembros asociados. El MERCOSUR se ha convertido en uno de los proyectos de integración regional más importantes de la historia gracias a los éxitos logrados hasta la fecha ante la pujanza económica de Argentina y Brasil. Ahora también se han sentado las bases para una unión aduanera (aún imperfecta). Se han suprimido los aranceles internos para una amplia gama de mercancías y ha entrado en vigor un arancel exterior común.

- 38** A diferencia de la Unión Europea o del Pacto Andino, por ejemplo, los Estados fundadores del MERCOSUR optaron inicialmente por un sistema institucional sencillo sin mecanismos complejos de toma de decisiones supranacionales. En su lugar, los estados miembros optaron por una gestión gradual de las asimetrías económicas a través de la coordinación intergubernamental. La política económica coordinada entre Argentina y Brasil tuvo que superar grandes dificultades, sobre todo en el sector monetario (debido al largo periodo de hiperinflación en Brasil). El MERCOSUR ha propiciado una importante revitalización del comercio entre los países miembros y un notable aumento del producto nacional bruto de los mismos.

La actual estructura orgánica del MERCOSUR se remonta al Protocolo de Ouro Preto de 1994³³⁶. Este protocolo también establece la personalidad jurídica del MERCOSUR como organización internacional. Los principales órganos del MERCOSUR son el Consejo del Mercado Común, el Grupo del Mercado Común, la Comisión de Comercio del MERCOSUR, la Comisión Parlamentaria Mixta, el Consejo Consultivo Económico y Social y la Secretaría Administrativa. El Consejo del Mercado Común es el órgano decisorio supremo. Está formado por los ministros de Asuntos Exteriores y de Economía de los Estados miembros. El Grupo Mercado Común es el órgano ejecutivo del MERCOSUR. Cada estado miembro está representado por cuatro miembros titulares y cuatro suplentes. El Grupo del Mercado Común cuenta con el apoyo de la Comisión de Comercio del MERCOSUR, que supervisa la aplicación de los instrumentos de la política comercial común, sigue el desarrollo del mercado común y presenta propuestas de reglamentación. Según el Protocolo de Ouro Preto, el MERCOSUR tiene personalidad jurídica en derecho internacional (Artículo 34) y en derecho privado (Artículo 35). Además del tratado constitutivo con sus protocolos y enmiendas, las fuentes jurídicas del MERCOSUR son los acuerdos internacionales del MERCOSUR, así como las decisiones del Consejo, las decisiones del Grupo Mercado Común y las directivas de la Comisión de Comercio. Los estados miembros están obligados a incorporar los actos jurídicos de los órganos del MERCOSUR - a la legislación nacional. El Protocolo de Brasilia de 1991³³⁷ regula la solución de diferencias en el seno del MERCOSUR. Según este protocolo, un tribunal de arbitraje de tres miembros decide sobre las disputas que no pueden resolverse de mutuo acuerdo entre los estados participantes. Sobre la base del Protocolo de Olivos de 2002, se creó el Tribunal Permanente de Apelación, encargado de revisar los laudos arbitrales; el Tribunal de Apelación también puede fallar en primera y última instancia bajo ciertas condiciones. Los procedimientos de arbitraje también pueden ser iniciados por particulares que se sientan agraviados por medidas adoptadas por un estado miembro en violación del tratado. La representación del respectivo estado de origen en

Sangmeister; MERCOSUR: Möglichkeiten und Grenzen der Integration, 1996; *J. P. Schmidt*, Neue Impulse durch institutionelle Reformen - Der Mercosur ist wieder auf Kurs, *EuZW* 2005, p. 139 ss.; *U. Wehner*, Der MERCOSUR, 1999.

336 *ILM* 34 (1995), P. 1244.

337 *ILM* 36 (1997), P. 691.

el Grupo Mercado Común puede presentar la queja ante el Grupo Mercado Común, que puede recabar la opinión de un grupo de expertos tras un examen preliminar. Si el grupo de expertos considera justificada la queja contra un Estado miembro, cualquier otro Estado miembro puede solicitar una reparación y, una vez transcurrido un plazo, iniciar un procedimiento de arbitraje entre Estados. En vista del nivel de integración alcanzado hasta la fecha, la falta de una jurisdicción institucionalizada se percibe ahora como una deficiencia. Una cláusula de salvaguardia permite a los Estados miembros establecer cuotas temporales de importación para determinadas mercancías si un aumento drástico de las importaciones amenaza con causar graves daños a su propio mercado.

- 39 El proyecto de la comunidad sudamericana *de naciones* (*Comunidad Suramericana de naciones*) formulado en la Declaración de Cuzco (2004) pretende vincular los dos bloques comerciales MERCOSUR y la Comunidad Andina para formar una gran zona de libre comercio continental. Mediante acuerdos bilaterales, los Estados miembros del Pacto Andino han formado cada uno una zona de libre comercio con los Estados miembros del MERCOSUR. A la inversa, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay son miembros asociados del Pacto Andino (Decisión del Consejo Andino n° 613 de 2005). Estas relaciones de libre comercio representan alrededor del 80% del comercio entre ambos bloques.

d) Libre comercio e integración económica en América Central y el Caribe

- 40 El Mercado *Común Centroamericano* (*Mercado Común Centroamericano*, MCCA) se ha transformado ahora en el Sistema *de Integración Centroamericana* (*Sistema de Integración Centroamericana*, SICA). Los miembros fundadores del Sistema de Integración Centroamericana son Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá. Belice fue admitido en 2000 y la República Dominicana en 2013. Sus órganos son la Corte Centroamericana de Justicia, a la que también pueden recurrir los particulares, la Asamblea de Presidentes de los Estados, el Consejo de Ministros de Asuntos Exteriores, el Parlamento Centroamericano, la Secretaría General, así como un Comité Ejecutivo y un Comité Consultivo.³³⁸

Bajo el paraguas de la Comunidad del Caribe (*Comunidad del Caribe*, CARICOM)³³⁹, se ha establecido el mercado común del Caribe (*Mercado Común del Caribe*). Este mercado pretende lograr un arancel exterior común y una coordinación cada vez más estrecha de las políticas de comercio exterior de los estados miembros. Los miembros son Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Haití, Jamaica, Montserrat, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Surinam y Trinidad y Tobago. Las Islas Vírgenes Británicas, las Islas Turcas y Caicos, Anguila, las Islas Caimán y las Bermudas son miembros asociados. Aruba, Curaçao, la República Dominicana, Colombia, México, Puerto Rico, San Martín y Venezuela tienen estatus de observadores. Además de su jurisdicción facultativa como máximo tribunal de apelación de los Estados contratantes, el Tribunal de Justicia del Caribe también se pronuncia sobre los litigios entre los Estados de la CARICOM, sobre las remisiones de los tribunales nacionales y las solicitudes de personas físicas o jurídicas. En el

338 B. Gallep, El proceso de integración centroamericana. Problemas e ilusiones, KAS Foreign Information 10/2004, p. 30 y ss.

339 D. Byron/C. Malcom, Comunidad del Caribe (CARICOM), en: R. Wolfrum (ed.), MPEPIL, Vol. I, 2012, p. 1125 y ss.

caso *Trinidad Cement Ltd. contra la Comunidad del Caribe*, el Tribunal autorizó una acción individual contra Caricom por supuesta violación del derecho internacional y subrayó el principio de "responsabilidad jurídica".³⁴⁰

6. Asociación de Estados del Sudeste Asiático (ASEAN)

- 41** La Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN) fue fundada en 1967 por Indonesia, Malasia, Filipinas, Singapur y Tailandia (originalmente con el objetivo de combatir la expansión comunista). Brunei Darussalam, Vietnam, Birmania, Laos y Camboya se unieron más tarde. Los estados "tigre" de Indonesia, Malasia, Filipinas, Singapur y Tailandia han alcanzado altas y mayores tasas de crecimiento a lo largo de los años. Desde un acuerdo de 1977, los estados miembros se han concedido mutuamente aranceles preferenciales. Un nuevo acuerdo sobre aranceles preferenciales prevé la supresión gradual de las barreras comerciales y la creación de una zona de libre comercio para los productos industriales (*ASEAN Free Trade Area, AFTA*). De vital importancia en este sentido es el "*Sistema de Arancel Preferencial Efectivo Común (SPEC)*", que pretende reducir significativamente los aranceles para un gran número de productos y eliminar las barreras comerciales no arancelarias. En ocasiones, varios países de la región de la ASEAN (Tailandia, Filipinas y Malasia) han sufrido considerables problemas monetarios. A esto hay que añadir la elevada deuda exterior de cada uno de los Estados miembros.

El 1 de enero de 2010 entró en vigor el acuerdo de libre comercio entre la ASEAN y China (*ASEAN-China Free Trade Agreement - ACFTA*), que supuso la eliminación de los aranceles sobre un buen 90% de los bienes. Inicialmente, sólo seis estados de la ASEAN (Brunei Darussalam, Indonesia, Malasia, Filipinas, Singapur y Tailandia) participaron en esta reducción arancelaria, y los demás estados de la ASEAN siguieron su ejemplo tras un periodo transitorio de cinco años. Con cerca de 1.900 millones de habitantes, el ACFTA es una de las mayores zonas de libre comercio del mundo en términos de población. Además del ACFTA, la ASEAN ha concluido acuerdos de libre comercio con Australia y Nueva Zelanda, India, Japón y Corea del Sur. En otoño de 2018, Estados Unidos y Corea del Sur también firmaron una versión revisada del acuerdo bilateral de libre comercio.

7. RCEP

- 42** El acuerdo *Regional Comprehensive Economic Partnership (RCEP)* es un acuerdo de libre comercio entre los estados de la ASEAN, la República Popular China, Japón, Corea del Sur, Australia y Nueva Zelanda. El acuerdo RCEP se negoció originalmente entre los estados de la ASEAN y Australia, la República Popular China, India, Japón y Nueva Zelanda. El producto interior bruto de los países socios del RCEP representaría alrededor de un tercio de la producción económica mundial. India se retiró del RCEP en 2019 debido a las tensiones con China. El acuerdo se firmó finalmente el 15 de noviembre de 2020.

³⁴⁰ *Trinidad Cemet Ltd. contra la Comunidad del Caribe*, [2009] CCJ 2 (DO), párrafo 32.

8. SAFTA

- 43 *El Acuerdo sobre la Zona de Libre Comercio de Asia Meridional (SAFTA)*³⁴¹ entre Afganistán, Bangladesh, Bután, India, Maldivas, Nepal, Pakistán y Sri Lanka, en vigor desde 2006, tiene como objetivo reducir gradualmente los aranceles y las barreras no arancelarias al comercio de bienes y servicios. En cuanto a la obligación de reducir los aranceles, el acuerdo distingue entre los estados contratantes que ya han alcanzado un mayor nivel de desarrollo (India, Pakistán y Sri Lanka) y los estados contratantes que aún pertenecen a la "países menos desarrollados" (Nepal, Bután, Bangladesh, Afganistán y las Maldivas).

9. Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC)

- 44 APEC (*Cooperación Económica Asia-Pacífico*) se fundó en 1989 para la región del Pacífico y tiene su sede en Singapur. Entre sus miembros se encuentran Australia, Brunei Darussalam, Canadá, Chile, China, Hong Kong, Indonesia, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Papúa Nueva Guinea, Perú, Filipinas, Rusia, Singapur, Corea del Sur, Taiwán, Tailandia, Estados Unidos y Vietnam. Los 21 Estados miembros de la APEC acordaron un amplio programa de liberalización en la conferencia que celebraron en Vancouver en noviembre de 1997. A diferencia de otros espacios económicos basados en tratados, la APEC se basa en acuerdos no vinculantes y siempre toma sus decisiones por consenso.

Un grupo de estados de la APEC negoció el acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP), que ha sido continuado por los demás estados miembros como el CPTPP (*Acuerdo Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico*) desde 2017 tras el rechazo de EEUU bajo la administración Trump.

10. Integración regional en África

- 45 Varios Estados de África Occidental (Benín, Burkina Faso, Costa de Marfil, Gambia, Ghana, Guinea, Guinea-Bissau, Cabo Verde, Liberia, Malí, Níger, Nigeria, Senegal, Sierra Leona y Togo) son miembros de la Comunidad Económica de África Occidental (*Communauté économique des états de l'Afrique de l'Ouest*, CEDEAO, en inglés: CEDEAO³⁴²), que forma una unión aduanera.³⁴³
- 46 Junto con otros 15 países, la República de Sudáfrica forma la *Comunidad para el Desarrollo del África Austral* (SADC³⁴⁴), concebida inicialmente como una zona de libre comercio y que acabará constituyendo un mercado común.

341 R. Islam, An Appraisal of the South Asian Free Trade Agreement and Its Consistency with the WTO Rules on Preferential Trade Agreements, JWT 44 (2010), p. 1187 y ss.

342 C. Gans, La CEDEAO: integración económica en África Occidental, Law and Politics in Africa, 2006.

343 J. E. Okolo, Régimen de cooperación regional de la CEDEAO, GYIL 32 (1989), p. 111 y ss.

344 J. Vogt, Die regionale Integration des südlichen Afrikas unter besonderer Betrachtung der Southern African Development Community (SADC), 2007.

- 47** El *Mercado Común del África Oriental y Meridional* (COMESA³⁴⁵) comprende 22 Estados miembros (Egipto, Etiopía, Burundi, Yibuti, Eritrea, Kenia, las Comoras, la República Democrática del Congo, Libia, Madagascar, Malawi, Mauricio, Ruanda, Somalia, las Seychelles, Sudán, Suazilandia, Túnez, Uganda, Zambia, Zimbabue y Djibouti). Además del programa generalmente acordado para reducir o eliminar los aranceles, varios estados del COMESA están negociando la eliminación de las barreras no arancelarias al comercio.
- 48** Borgoña, Kenia, Ruanda, Sudán del Sur, Tanzania, Uganda y la República Democrática del Congo forman la Comunidad del África Oriental (*Comunidad del África Oriental, CAO*³⁴⁶), cuyo objetivo es crear una unión aduanera. Además de los órganos formados por representantes de los estados miembros y la secretaría, la estructura institucional de la CAO también incluye un tribunal.³⁴⁷
- 49** El proyecto de Comunidad Económica Africana (*Comunidad Económica Africana, AEC*), al que dio vida el Tratado de Abuja de 1991³⁴⁸, sigue el modelo de la Unión Europea. El Tratado de la AEC pretende aplicarse por etapas a lo largo de un periodo de 34 años. Las alianzas económicas existentes en África deben integrarse en la AEC (Artículo 88 párr. 1 del Tratado de la AEC). La AEC mantiene una relación compleja con la Unión Africana.³⁴⁹ La AEC formará parte integrante de la Unión Africana (Artículo 98 párr. 1 del Tratado de la AEC). El Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos, que forma parte de la estructura institucional de la Unión Africana, también se encarga de los litigios entre los miembros de la CEA. Las relaciones entre la Unión Africana y las organizaciones económicas regionales de África se rigen por un protocolo de 2007.

Los estados miembros de la Unión Africana (a excepción de Eritrea) han firmado el *Acuerdo de Libre Comercio Continental Africano* (2018). Sobre la base de este acuerdo, la Zona de Libre Comercio Continental Africana (AfCFTA) entró en vigor inicialmente para más de treinta estados miembros a principios de 2021.

11. La Gran Zona Árabe de Libre Comercio (GAFTA)

- 50** Desde enero de 1998, la *Gran Zona Árabe de Libre Comercio* (GAFTA) ha establecido una zona de libre comercio para 18 países árabes, entre ellos Egipto, Irak, Qatar, Líbano, Marruecos, Omán, Palestina, Arabia Saudí, Sudán y los Emiratos Árabes Unidos. El acuerdo prevé reducciones arancelarias y la eliminación de barreras comerciales no arancelarias.

345 R. Akombe Kwamboka, *Regional Integration and the Challenge of Economic Development: The Case of the Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA)*, 2005.

346 A. Ajulu, *The Making of a Region: the Revival of the East African Community*, 2005.

347 Véase A. P. van der Mei, *Integración regional: la contribución del Tribunal de Justicia del TCE*, ZaöRV 69 (2009), p. 403 y ss.

348 Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Africana de 1991 (Tratado de Abuja) (1991) 30 ILM, p. 1241.

349 R. Oppong, *The African Union, African Economic Community and Africa's Regional Economic Communities: Untangling Complex Web*, AJICL 18 (2010), p. 92 y ss.

12. Nuevos acuerdos comerciales "megarregionales"

- 51** Los llamados acuerdos comerciales "megarregionales" representan una nueva etapa en el desarrollo de la liberalización del comercio internacional. Conectan grandes zonas económicas de distintas regiones y regulan enormes flujos comerciales y de inversión. En cuanto a su densidad reguladora, los megarregionales van mucho más allá de los acuerdos comerciales tradicionales. Además de la abolición de las restricciones comerciales, contienen disposiciones sobre la protección de las inversiones en particular y amplían la cooperación reglamentaria. Tienen el potencial de establecer normas mundiales para productos y servicios en el futuro. *Los megarregionales* incluyen el Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP) firmado en 2016 y el Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea (y sus Estados miembros) y Canadá (CETA). Tras largas negociaciones, la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI) entre la Unión Europea y Estados Unidos ha encontrado una gran resistencia (a ambos lados del Atlántico). El éxito de las negociaciones es incierto.

Los acuerdos megarregionales tienen que hacer frente a las críticas de todo el mundo. Por un lado, se teme que el orden comercial mundial se vea aún más invadido por regímenes especiales para grandes zonas económicas. Los países que quedan fuera de estos regímenes especiales se ven amenazados de marginación. El principio del trato de nación más favorecida de la legislación de la OMC se está viendo masivamente socavado por el aumento de la regionalización. También existe el temor de que se rebajen las normas sanitarias, medioambientales y de protección del consumidor. Además, existe una competencia entre el sistema de solución de diferencias de la OMC y los mecanismos de solución de diferencias de los *megarregionales* por el derecho a interpretar normas comparables en cuanto a su contenido. Sin embargo, también es posible que los megarregionales asuman un papel pionero y allanen el camino para una mayor liberalización del comercio bajo el paraguas de la OMC.

a) CETA

- 52** En octubre de 2016, la Unión Europea y Canadá firmaron el *Acuerdo Económico y Comercial Global* (CETA).³⁵⁰ Gran parte del acuerdo (en particular, la normativa comercial) es de aplicación provisional. Además de la eliminación de aranceles y otras restricciones comerciales (capítulos 2 a 7) y la protección de las inversiones (capítulo 8), el CETA regula, entre otras cosas, el reconocimiento de las cualificaciones profesionales extranjeras (capítulo 11), los servicios financieros y de telecomunicaciones (capítulos 13, 15), el comercio electrónico (capítulo 16), la competencia leal (capítulos 17, 18), la contratación pública (capítulo 19), la protección de la propiedad intelectual (capítulo 20) y la cooperación reglamentaria entre las partes contratantes (capítulo 21). El preámbulo del CETA inscribe la integración económica en un contexto político más amplio de desarrollo sostenible, protección del medio ambiente, democracia y Estado de derecho:

"Las Partes de este Acuerdo, resuelven:

[...]

REAFIRMANDO su firme adhesión a la democracia y a los derechos fundamentales tal y como se establecen en la Declaración Universal de los Derechos Humanos [...]; RECONOCIENDO la importancia de la seguridad internacional, la democracia, los derechos humanos y el Estado de Derecho para el desarrollo del comercio internacional y la cooperación económica;

[...] REAFIRMANDO su compromiso de promover el desarrollo sostenible y el desarrollo del comercio internacional de forma que contribuya al desarrollo sostenible en sus dimensiones económica, social y medioambiental;

[...]

IMPLEMENTAR este Acuerdo de forma coherente con la aplicación de sus respectivas legislaciones laboral y medioambiental y que mejore sus niveles de protección laboral y medioambiental, y basándose en sus compromisos internacionales en materia laboral y medioambiental."

b) AAE UE-Japón

- 53** El *Acuerdo de Asociación Económica* entre la Unión Europea y Japón (*Acuerdo de Asociación Económica UE-Japón - AAE*), que entró en vigor en 2019, reviste una gran importancia económica. Juntos, los dos socios económicos representan el 23% del comercio mundial.³⁵¹ Tras un periodo transitorio, el acuerdo supondrá una reducción radical de los aranceles.

c) TTIP

- 54** El comercio entre la UE y EE.UU. representa alrededor de un tercio del comercio mundial. Los derechos de importación siguen siendo elevados en algunos casos. Además, muchos sectores de la industria se ven afectados por el hecho de que la Unión Europea y EE.UU. establecen normas técnicas o sanitarias divergentes para los productos y los procesos de producción. La *Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión* (TTIP), que se está negociando desde 2013, debería facilitar la creación de normas armonizadas.³⁵² El futuro de esta propuesta de acuerdo (que la administración Trump rechazó y que también encontró una resistencia masiva en la Unión Europea) es incierto. Su fracaso podría promover un cambio en el equilibrio político y económico a favor de la región del Pacífico.

351 E. Sunesen/J. Francois/M. Thelle, Evaluación de las barreras al comercio y la inversión entre la UE y Japón, p. 18.

352 Información de la UE sobre el TTIP en http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/index_de.htm (consultado el 03 de enero de 2022).

d) CPTPP

55 A principios de 2016, doce países de la cuenca del Pacífico firmaron el acuerdo de *Asociación Transpacífica* (TPP)³⁵³ : Australia, Brunéi, Canadá, Chile, Estados Unidos, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam. Otros países, entre ellos Corea del Sur e Indonesia, ya han manifestado su interés por adherirse. La República Popular China no participa. Esto también refleja la preocupación por el posicionamiento de la República Popular China como potencia hegemónica regional. A principios de 2017, el gobierno estadounidense del presidente Trump declaró su retirada del TTP. En 2018, los once Estados signatarios restantes del TTP firmaron un tratado inspirado en el TTP, a saber, el *Acuerdo Integral y Progresista de Asociación Transpacífico* (CPTPP). El artículo 1 del CPTPP hace referencia al acuerdo del TTP, cuyas disposiciones, con algunas excepciones, forman parte del nuevo CPTPP. Además de la eliminación de las barreras comerciales (capítulos 1 a 8), el acuerdo CPTPP prevé la protección de las inversiones extranjeras (capítulo 9), la regulación de los servicios financieros (capítulo 11), los servicios de telecomunicaciones (capítulo 13), el comercio electrónico (capítulo 14), la contratación pública (capítulo 15), la competencia leal (capítulos 16, 17) y la protección de la propiedad intelectual (capítulo 18). En el acuerdo, los estados firmantes se comprometen a proteger los derechos laborales (sección 19), la protección del medio ambiente (sección 20), la protección de las pequeñas y medianas empresas (sección 24) y la lucha contra la corrupción (sección 26). Hasta el momento, el acuerdo ha entrado en vigor para Australia, Japón, Canadá, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam. El Reino Unido inició negociaciones sobre una posible adhesión al CPTPP en 2020. En septiembre de 2021, la República Popular China y después Taiwán presentaron solicitudes de adhesión.

e) IPEF

56 EEUU ha iniciado negociaciones con Australia, Brunei, India, Indonesia, Japón, Malasia, Nueva Zelanda, Filipinas, Singapur, Corea del Sur, Tailandia y Vietnam sobre el *Marco Económico Indo-Pacífico para la Prosperidad* (IPEF), que pretende ofrecer un marco para una cooperación más estrecha entre los países socios, por ejemplo en los ámbitos de la energía, las cadenas de suministro, la cooperación técnica y la lucha contra la corrupción. Como no se trata de un acuerdo vinculante en virtud del derecho internacional para dismantelar las barreras comerciales, es difícil evaluar el éxito del IPEF.

§ 13. Compraventa internacional y otros contratos

1. Consideraciones generales

Literatura:

M. Bridge, The International Sale of Goods, 4ª ed. 2017; *G.-P. Calliess*, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge. Rechtssicherheit und Gerechtigkeit auf dem elektronischen Weltmarktplatz, 2006; *Center for Transnational Law* (ed.), Law and Practice of Export Trade, 2001; *G. B. Czerwenka*, Recht-

353 El texto del acuerdo está disponible en <https://www.tpp.mfat.govt.nz> (consultado el 3 de enero de 2022).

sanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht, 1988; R. Gildeggen/A. Willburger, *Internationale Handelsgeschäfte*, 5ª ed. 2018; D. Güllemann, *Internationales Vertragsrecht*, 3ª ed. 2018; C. Murray/D. Holloway/D. Timson-Hunt, Schmitthoff: *The Law and Practice of International Trade*, 12ª ed. 2012; C. Reithmann/D. Martiny, *Internationales Vertragsrecht*, 9ª ed. 2021; O. Sandrock, *Handbuch der internationalen Vertragsgestaltung*, 2ª ed., 2 vols., 2002.

- 1 El derecho contractual es de vital importancia para las transacciones comerciales privadas internacionales. La incertidumbre con respecto a los derechos y obligaciones contractuales de los socios comerciales aumenta los costes de las transacciones comerciales.
- 2 Estas incertidumbres pueden surgir con respecto a la cuestión de qué legislación nacional se aplica a las relaciones contractuales. Se han celebrado varios tratados internacionales para armonizar las normas de conflicto de leyes en el ámbito del derecho contractual. Entre ellos, merece especial atención el Convenio CEE de 1980 sobre el Derecho de Obligaciones. El Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable a las Ventas Internacionales de Mercancías de 1955,³⁵⁴ al que sólo se han adherido unos pocos Estados, ha quedado sin mayor trascendencia. Va a ser sustituido por el Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable a las Ventas Internacionales de Mercancías de 1986.³⁵⁵ En muchos aspectos, este nuevo convenio sigue de cerca el modelo del Convenio de la CEE sobre el Derecho de Obligaciones, para cuyos Estados contratantes reviste menos interés que para otros países. Existen varios tratados entre países latinoamericanos para uniformizar el derecho internacional privado.³⁵⁶ En el marco de la Organización de Estados Americanos se ha elaborado la Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales.³⁵⁷
- 3 La mejora del marco normativo de las transacciones comerciales contractuales radica en la creación de reglas normalizadas sobre la existencia y el contenido de las reclamaciones contractuales. A ello contribuyen las prácticas comerciales internacionales, los principios contractuales generales y otras normas comerciales normalizadas, como las aplicadas por los tribunales internacionales de arbitraje. La mayor ganancia en seguridad jurídica la proporcionan los acuerdos internacionales sobre la normalización del derecho contractual, que son especialmente importantes para la compraventa internacional de mercancías. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías reviste especial importancia en este ámbito.
- 4 Las cláusulas estándar con un contenido reconocido internacionalmente se utilizan para especificar las obligaciones contractuales en las transacciones comerciales. La Cámara de Comercio Internacional publica una lista actualizada de los INCOTERMS (*International Commercial Terms*) y explica su significado. Hasta finales de 2010, los INCOTERMS siguen siendo válidos

354 Jayme/Hausmann, *Internationales Privat- und Verfahrensrecht*, 20ª ed. 2020, nº 76; véase G. Kegel/K. Schurig, *Derecho internacional privado*, 9ª ed. 2004, p. 253, 697 y ss.

355 Texto en: RabelsZ 51 (1987), p. 196; véase G. Kegel/K. Schurig, *Internationales Privatrecht*, 9ª ed. 2004, p. 699 y ss.

356 Por ejemplo, G. Parra-Aranguren, *Recent Developments of Conflict Laws Conventions in Latin America*, RdC 164 (1979 III), p. 55 y ss, *Codificación del Derecho Internacional Privado en América*, 1982; J. Samtleben, *Internationales Privatrecht in Lateinamerika*, *Der Código Bustamante in Theorie und Praxis*, Vol. I 1979; A. M. Villela, *L'unification du droit international privé en Amérique latine*, *Revue critique de droit international privé* 1984, p. 233 y ss.

357 ILM 33 (1994), p. 732 y ss.

en su versión del año 2000.³⁵⁸ A partir del 1 de enero de 2011, se aplicará la séptima revisión de este conjunto de normas, que se publicó en septiembre de 2010, por lo que se denominan INCOTERMS 2010.³⁵⁹ Los INCOTERMS son fórmulas modelo relativas a obligaciones contractuales como el destino, los costes de transporte y el transporte, la asignación de riesgos durante el transporte o los derechos de importación. Los INCOTERMS 2010 son similares en estructura y organización a los INCOTERMS 2000, aunque el número de cláusulas se ha reducido de 13 a 11. Las siguientes cláusulas se encuentran en los INCOTERMS 2010:

- **EXW** - Ex Works/AbWerk
- **FCA** - Transportista libre
- **FAS** - Libre a lo largo del buque
- **FOB** - Libre a bordo
- **CFR** - Coste y flete
- **CIF** - Coste, seguro y flete
- **CPT** - Transporte pagado hasta/carga pagada
- **CIP** - Transporte, seguro pagado a/mercancía pagada al asegurado
- **DAP** - Entregado en el lugar
- **DAT** - Entregado en la terminal/Entregado en la terminal
- **DDP** - Entregado derechos pagados/Entregado derechos pagados

Los INCOTERMS actúan como códigos para describir las obligaciones del vendedor frente al comprador en lo que respecta a las modalidades de transporte. Especifican las obligaciones organizativas y de diligencia debida, el riesgo de transferencia del riesgo y la asunción de los costes por los gastos incurridos en relación con la exportación quedan así aclarados entre las partes. Las partes pueden recurrir a una escala de programas de obligaciones tipificados en los INCOTERMS: éstos van desde una versión ampliamente favorable al vendedor (EXW, según la cual la obligación del vendedor se limita a la puesta a disposición en el lugar de la fábrica) hasta un programa de obligaciones esencial para el vendedor (DDP: aquí el lugar de entrega acordado está en el país importador, el vendedor asume los costes y el riesgo del transporte). Además de las disposiciones generales sobre las modalidades de transporte, los INCOTERMS también contienen una serie de normas especiales que sólo se aplican al transporte por vía marítima o fluvial (FAS, FOB, CFR, CIF).

358 Cf. a este respecto *J. Bredow/B. Seifel*, INCOTERMS 2000; *B. Piltz*, INCOTERMS 2000. La visión práctica, RIW 2000, p. 985 y ss.

359 *C. Graf von Bernstorff*, INCOTERMS 2010 de la Cámara de Comercio Internacional (CCI): Commentary for Practitioners, 2012; *B. Piltz*, Incoterms 2010, RSI 2011, p. 1.

Si la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías rige la relación jurídica entre las partes, los INCOTERMS podrán sustituir, modificar o complementar las disposiciones de la CISG (Artículo 6 y Artículo 9).³⁶⁰

2. Legislación de la UE: legislación aplicable a las obligaciones contractuales y a la compraventa

Literatura:

T. Pfeiffer, Neues Internationales Vertragsrecht, EuZW 2008, p. 622 y ss.; *K. Firsching*, Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (IPR-VertragsÜ) vom 11. 6. 1980, IPPrax 1981, p. 37 y ss.; *P. M. North* (ed.), Contract Conflicts, The E. E. C. Convention on the Law Applicable to Contractable Obligations: A Comparative Study, 1982; *R. Schulze* (ed.), Common European Sales Law (CESL), 2012; *W. Weitnauer*, Die rechtsvergleichende Darstellung des amerikanischen und deutschen Internationalen Vertragsrechts sowie des EWG-Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19. 6. 1980, 1981.

- 5 El Convenio (de Roma) de la CEE sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales (Convenio de Roma) de 1980³⁶¹ pretendía garantizar una mayor seguridad jurídica normalizando el conflicto de leyes dentro de la Comunidad Europea. En la actualidad, el Convenio ha sido sustituido en principio por la legislación de la UE.
- 6 El Reglamento (CE) n° 593/2008³⁶² sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales ("Roma I") moderniza el contenido del Convenio de Roma (por ejemplo, en el ámbito de la protección contractual de los consumidores) y sustituye al Convenio de Roma para los Estados miembros de la UE, con excepción de determinados territorios de ultramar (Artículo 24 (1)).
- 7 Las disposiciones de Roma I deben aplicarse a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil relacionadas con el derecho de diferentes países (Artículo 1 párrafo 1). Toda una serie de complejos jurídicos quedan excluidos del ámbito de aplicación del Convenio (Artículo 1 párr. 2). Se trata, en particular, de las relaciones jurídicas de derecho de familia, de derecho de valores, de derecho de sociedades, de algunas relaciones fiduciarias y de ciertos contratos de seguros.
- 8 El Reglamento se basa en la autonomía de las partes contratantes con respecto a la elección de la ley. En principio, un contrato se rige por la ley elegida por las partes (artículo 3 (1)). Si los hechos del caso se refieren exclusivamente a un solo país, las disposiciones legales imperativas de ese país no se verán afectadas por la libre elección de la ley por las partes (artículo 3 párrafo 3).
- 9 Si no hay elección de ley por las partes contratantes y los factores de conexión específicos no conducen a la aplicación de una ley en particular, el contrato se rige generalmente por la ley del

360 *B. Piltz*, en: Kröll/Mistelis/Viscasillas (eds.), Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, 2011, Artículo 30 párr. 30 y ss.

361 BGBl. 1986 II, p. 810; *Jayme/Hausmann*, Internationales Privat- und Verfahrensrecht, 20ª ed. 2020, n° 70.

362 DO 2008 L 177/6.

país con el que está más estrechamente vinculado (artículo 4 párrafo 4). Sin embargo, ciertos factores de conexión (como el lugar de residencia del vendedor o del prestador de servicios) tienen preferencia (artículo 4 párrafo 1), mientras que la residencia habitual de la parte que debe prestar el servicio "característico" ocupa un segundo lugar (artículo 4 párrafo 2).

- 10 Cabe señalar que la aplicación de una determinada ley nacional no depende de si se trata de la ley de un Estado miembro de la UE (artículo 2). Esto significa que también puede utilizarse la legislación de terceros países.
- 11 Bajo ciertas condiciones, el Reglamento Roma I establece que las disposiciones imperativas ("disposiciones imperativas de carácter general") de una ley nacional en el sentido del artículo 9 (1) pueden aplicarse aunque el propio contrato se rija por la ley de otro país ("conexión especial"). En consecuencia, pueden tenerse en cuenta las prohibiciones de importación y exportación extranjeras, las regulaciones de precios y divisas, las normas de la ley antimonopolio o la ley de protección del consumidor. La conexión especial es un instrumento importante para dotar a las normas de derecho mercantil de efecto "extraterritorial".³⁶³

La disposición precursora del artículo 7 párr. 1 del Convenio de Roma daba un alcance particularmente amplio a dicha conexión especial. Esta disposición permitía dar efecto a las disposiciones imperativas de la ley de un Estado "con el que los hechos del caso estén estrechamente vinculados" (lo que en sí mismo no es relevante), en la medida en que esta ley se aplique por sí misma a los hechos del caso. La conexión especial según el artículo 7 párrafo 1 fue extremadamente controvertida. Según el artículo 22 párr. 1 *lit. a*, los estados contratantes podían declarar una reserva a este respecto. La República Federal de Alemania hizo uso de esta opción. Sin embargo, los tribunales alemanes llegaron a menudo a un resultado similar utilizando la cláusula general del artículo 138 (1) BGB (delito contra la moralidad) como con un vínculo especial.³⁶⁴

El Reglamento Roma I sólo se refiere ahora a las disposiciones imperativas superiores "del Estado en el que deban cumplirse o se hayan cumplido las obligaciones derivadas del contrato [...] en la medida en que dichas disposiciones imperativas superiores hagan ilegal la ejecución del contrato" (artículo 9 párrafo 3 frase 1). Se trata de una decisión judicial discrecional. El Reglamento exige un análisis de impacto (artículo 9 párr. 3 frase 2).

Por ejemplo, en el caso de un contrato para la exportación de bienes culturales del estado B al estado A, un tribunal del estado A puede conceder validez a una prohibición de exportación del estado B aunque el contrato se rija por la ley del estado A. Desde un punto de vista jurídico, se puede considerar la nulidad del contrato o el supuesto de un incumplimiento como la imposibilidad legal de cumplimiento del contrato o la pérdida de la base de la transacción.

363 Véase más arriba, § 3, 5. b) y e).

364 Véase más arriba, § 3, 5. e).

- 12** En 2011, la Comisión Europea propuso una *normativa común de compraventa europea*.³⁶⁵ Se trata de un conjunto de normas opcionales diseñadas para facilitar el comercio transfronterizo a las pequeñas y medianas empresas. Al mismo tiempo, la normativa común de compraventa europea pretende garantizar un alto nivel de protección de los consumidores.

3. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

Literatura:

Ch. Brunner, UN-Kaufrecht - CISG Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf, 2ª ed. 2014; *L. A. Di Matteo/A. Janssen/U. Magnus/R. Schulze*, International Sales Law, 2016; *F. Ferrari*, International Sale of Goods, 1999; *S. Kröll/L. Mistelis/P. Perales Viscasillas* (eds.), Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG), 2ª ed. 2018; *M. Parmentier*, Uniform Sales Law, en: R. Wolfrum (ed.), MPEPIL, vol. X, 2012, p. 154 y ss.; *B. Piltz*, Internationales Kaufrecht, 2ª ed. 2008; *P. Schlechtriem/I. Schwenzer*, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 4ª ed. 2016; *dies.*, Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 7ª ed. 201; *P. Schlechtriem/U. G. Schroeter*, Internationales UN-Kaufrecht, 6ª ed. 2016.

Bases de datos:

<http://www.cisg-online.ch/>: amplia base de datos sobre el derecho de compraventa de la ONU. Algunas decisiones judiciales están [disponibles](#) en texto completo.

<http://www.uncitral.org>: Base de datos de la CNUDMI, donde puede consultarse el estado actual de ratificación y la "Jurisprudencia sobre textos de la CNUDMI" (CLOUT).

a) De la Convención de La Haya sobre la Compraventa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

- 13** La armonización jurídica reviste una importancia fundamental para la compraventa internacional de mercancías. A menudo, las partes contratantes no están suficientemente familiarizadas con el contenido de los ordenamientos jurídicos nacionales. El alcance de las reclamaciones y obligaciones contractuales resulta entonces difícil de evaluar. En algunos casos, las normativas nacionales no tienen suficientemente en cuenta las exigencias del comercio internacional. Estos problemas pueden paliarse creando una normativa de compraventa normalizada sobre la base de acuerdos internacionales.
- 14** El Convenio de La Haya relativo a una Ley Uniforme sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías de 1964³⁶⁶ y el Convenio de La Haya relativo a una Ley Uniforme sobre la Formación de Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1964³⁶⁷ pretenden unifor-

³⁶⁵ *P. Mankowski*, Der Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (CESL) und das Internationale Privatrecht. RIW 2012, p. 97 y ss.; *R. Schulze* (ed.), Common European Sales Law (CESL), 2012; *S. Whittaker* The Proposed 'Common European Sales Law': Legal Framework and the Agreement of the Parties, The Modern Law Review 2012, p. 578 y ss.

³⁶⁶ BGBl. 1973 II, p. 886.

³⁶⁷ BGBl. 1973 II, p. 919.

mizar el derecho sustantivo. Ambas convenciones sólo fueron moderadamente bien acogidas por la comunidad internacional.³⁶⁸ Por este motivo, la Convención (de Viena) de las Naciones Unidas de 1980 sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías³⁶⁹ (*Convención sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, CISG) se desarrolló en el marco de la CNUDMI.

- 15** La Convención de la ONU de 1980 "rige exclusivamente la celebración del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador que de él se derivan" (artículo 4 frase 1). La Convención se aplica a 94 Estados (entre ellos Alemania, Argentina, Australia, Austria, Canadá, Chile, China, Egipto, España, Estados Unidos, Hungría, Italia, Japón, México, Países Bajos, Suiza, Singapur, los Estados escandinavos, Turquía, Rusia y otros Estados sucesores de la Unión Soviética).³⁷⁰ Los Estados parte de la Convención de La Haya sobre la Compraventa Internacional de Mercancías de 1964 deben denunciarla antes de ratificar la Convención de la ONU (artículo 99 párr. 3 a párr. 6). Algunas naciones económicas importantes como el Reino Unido, India, Sudáfrica y Taiwán no han ratificado la Convención de la ONU sobre la Compraventa.
- 16** La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías regula en primer lugar su ámbito de aplicación y las disposiciones generales (Parte I), a continuación la celebración del contrato (Parte II) y después los derechos y obligaciones de las partes contratantes (Parte III). Según el apartado 1 del Artículo 7 de la Convención, su interpretación "tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover su aplicación uniforme y el mantenimiento de la buena fe en el comercio internacional".
- 17** Especialmente en lo que respecta a las obligaciones del vendedor y el comprador, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa ha sido durante mucho tiempo superior al régimen más engorroso de la legislación alemana (Código Civil alemán y Código de Comercio alemán) en términos de transparencia. Sin embargo, la reforma alemana del derecho de obligaciones ha conducido a un cierto grado de armonización. No obstante, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías sigue siendo mucho más favorable para el vendedor que el nuevo derecho alemán de obligaciones. La gran mayoría del comercio exterior alemán (casi el 80 %) implica ahora relaciones comerciales con países que son parte de la Convención de la ONU sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Sin embargo, las empresas alemanas suelen excluir la aplicabilidad de la Convención de la ONU sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. La razón de ello suele residir más en una afinidad tradicional con el derecho nacional conocido que en un análisis de las ventajas e inconvenientes en la relación contractual concreta.

368 Los Estados contratantes eran Alemania, Bélgica, Gambia, Israel, Italia, los Países Bajos, San Marino, Luxemburgo y el Reino Unido. Ambos acuerdos fueron rescindidos por la República Federal de Alemania; expiraron para Alemania el 1 de enero de 1991, BGBl. 1990 II, p. 1482.

369 BGBl. 1989 II, p. 588; *Jayme/Hausmann*, *Internationales Privat- und Verfahrensrecht*, 20ª ed. 2020, nº 77 (extracto).

370 Véase la lista completa de Estados Partes, incluidas las reservas declaradas por los distintos Estados, en https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=X-10&chapter=10&clang=_en (consultada el 10 de enero de 2022).

- 18** Más allá de su ámbito de aplicación, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías está cobrando importancia como posible modelo para nuevos esfuerzos de normalización de la legislación en el ámbito del derecho contractual.³⁷¹

b) Ámbito de aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa

- 19** La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías se aplica sin más desde el momento en que un contrato entra dentro de su ámbito de aplicación material y territorial. La Convención de la ONU (CISG) se aplica a los contratos de compraventa de mercancías entre partes de diferentes países. El requisito previo para la aplicación de la CISG es que las dos partes tengan cada una su establecimiento (residencia habitual)³⁷² en diferentes estados contratantes (artículo 1 párrafo 1 *lit.* a) o que las normas de derecho internacional privado conduzcan a la aplicación de la ley de un estado contratante (artículo 1 párrafo 1 *lit.* b).³⁷³ Esta alternativa siempre conduce a la aplicabilidad de la Convención de Compraventa de la ONU para los empresarios exportadores alemanes si las partes han acordado la aplicación de la ley alemana a través de una elección de ley o si las referencias de conflicto de leyes del artículo 28 EGBGB o del Artículo 4 párrafo 1 *lit.* a del Reglamento Roma I determinan la ley alemana como ley aplicable; esto se aplica independientemente de si el comprador está establecido en un estado contratante de la Convención de Compraventa de la ONU. Si existen varias sucursales, la que tenga "la conexión más estrecha con el contrato y su cumplimiento" (artículo 10 *lit.* a) es decisiva. A pesar del carácter internacional del contrato de compraventa, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías no se aplica si una de las partes contratantes asume la existencia de una transacción nacional porque la relación comercial de las partes no indica que estén establecidas en diferentes Estados contratantes (artículo 1 párr. 2). La aplicación del artículo 1 párr. 1 *lit.* b puede excluirse mediante una reserva de conformidad con el artículo 95, con la consecuencia de que entonces la Convención sólo cubre los contratos entre partes que tienen su establecimiento en diferentes estados contratantes.³⁷⁴ La República Federal de Alemania opina jurídicamente que la aplicación del artículo 1 párr. 1 *lit.* b queda excluida en relación con los estados que hayan formulado la correspondiente reserva.³⁷⁵

371 Véase a este respecto con más referencias *Schlechtriem/Schwenzer*; Comentario a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, 7ª ed. 2019, Introducción III.

372 Véase el Artículo 10 de la Convención de la ONU sobre el concepto de establecimiento.

373 *H. Pünder*; Das Einheitliche UN-Kaufrecht - Anwendung kraft kollisionsrechtlicher Verweisung nach Artículo 1 Abs. 1 *lit.* b UN-Kaufrecht, RIW 1990, p. 869 ss.

374 La República Popular China, Singapur, la República Eslovaca, la República Checa y EE.UU. han declarado tal reserva. Según el Artículo 2 de la Ley sobre la Convención de la ONU (Gaceta de Derecho Federal 1989 II, p. 586), el Artículo 1 párr. 1 *lit.* b de la Convención no se aplicará en la República Federal de Alemania si las normas de derecho internacional privado conducen a la aplicación de la ley de un estado que haya hecho una declaración en virtud del Artículo 95 de la Convención.

375 "El Gobierno de la República Federal de Alemania sostiene la opinión de que las Partes en la Convención que han formulado una declaración en virtud del artículo 95 de la Convención no se consideran Estados contratantes en el sentido del apartado a) b) del artículo 1 de la Convención. En consecuencia, no hay obligación de aplicar - y la República Federal de Alemania no asume ninguna obligación de aplicar - esta disposición cuando las normas de derecho internacional privado conduzcan a la aplicación de la ley de una Parte que haya hecho una declaración en el sentido de que no estará vinculada por el subpárrafo (1) (b) del artículo 1 de la Convención. A reserva de esta observación, el Gobierno de la República Federal de Alemania no formula ninguna declaración en virtud del artículo 95 del Convenio."

- 20** En cuanto a su ámbito de aplicación material, la Convención de la ONU cubre los contratos de compraventa de mercancías (artículo 1 párrafo 1). El término "mercancías", que debe interpretarse de forma autónoma, sólo abarca los bienes muebles corporales.³⁷⁶ Por lo tanto, los contratos de compraventa de títulos de crédito o de bienes inmuebles no están sujetos a la Convención. Por el contrario, es probable que los programas informáticos se consideren mercancías en el sentido del Convenio.³⁷⁷
- 21** El artículo 2 excluye una serie de negocios jurídicos especiales, como la compra de bienes para uso personal (lit. a) y la compra de valores o medios de pago (*lit. d*) o de buques y aeronaves (*lit. e*). Los contratos para el suministro de piezas individuales para los buques y aeronaves mencionados en el artículo 2 lit. e (por ejemplo, turbinas) probablemente estén sujetos a la Convención de la ONU.³⁷⁸ La excepción del artículo 2 lit. e no puede limitarse (en contra de la opinión generalizada) a la entrega de unidades completas y funcionales de acuerdo con el significado y la finalidad de la disposición, sino que también debe incluir las entregas parciales que contengan esencialmente el potencial de perturbación del funcionamiento típico de los vehículos exentos (por ejemplo, la entrega del casco de un barco con motores).
- 22** Los contratos de suministro de bienes que han de fabricarse o producirse (contratos de obra y materiales) se tratan de la misma manera que los contratos de venta, a menos que el propio cliente tenga que proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios (artículo 3 párr. 1). Los contratos que se caracterizan esencialmente por elementos de servicio no están cubiertos (artículo 3 párr. 2). Los contratos de suministro que también prevean obligaciones de montaje, formación o mantenimiento no afectan a la aplicabilidad de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías si estas obligaciones sólo desempeñan un papel subordinado.³⁷⁹

Un laudo arbitral de la Cámara de Comercio Internacional consideró aplicable la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías en un litigio entre una empresa austriaca y un cliente yugoslavo (croata) relativo a la entrega y montaje de materiales de instalación para la construcción de un hotel en Praga.³⁸⁰ El tribunal arbitral sometió el contrato de suministro a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías en virtud del apartado 1 del artículo 3 de la Convención, ya que el valor del material entregado era significativamente superior al valor de los trabajos de instalación.

- 23** Además, la descripción de las obligaciones de prestación del vendedor y del comprador (artículo 30 y ss. y artículo 53 y ss.) determina indirectamente si existe un contrato de compraventa en el sentido de la Convención. En consecuencia, la Convención no cubre las transacciones de trueque,³⁸¹ los acuerdos de franquicia ni los acuerdos de distribución. En el caso de las tran-

376 OLG Colonia, RIW 1994, 970.

377 Por ejemplo, *M. Brandi-Dohrn*, Das UN-Kaufrecht, Computer und Recht 1991, p. 705 y ss. (708); *B. Piltz*, NJW 1994, p. 1102; *Ferrari* diferenciador, en: Schlechtriem/Schwenzer (eds.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 7ª ed. 2019, Artículo 1 párr. 38.

378 *B. Piltz*, NJW 1994, p. 1102 con más referencias.

379 *Ferrari*, en: Schlechtriem/Schwenzer (eds.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 7ª ed. 2019, Artículo 3 párr. 17.

380 Laudo arbitral n° 7153/1992 de la Cámara de Comercio Internacional, JDI 119 (1992), p. 1005.

381 *B. Piltz*, New Developments in UN Sales Law, NJW 2011, p. 2261 (2262).

sacciones de compensación, sin embargo, debe examinarse si realmente existe un acuerdo de intercambio o dos acuerdos de compra separados. En el caso de los acuerdos de distribuidores operativos, el convenio se extiende a las transacciones de compra individuales concluidas para su aplicación.³⁸² La aplicabilidad a los acuerdos de venta a plazos y de leasing es controvertida.³⁸³

- 24** Con su limitado objeto (artículo 4: celebración de contratos de compraventa y los consiguientes derechos y obligaciones de las partes), el régimen de la Convención de la ONU no está concebido para regular exhaustivamente las relaciones jurídicas entre las partes contratantes. En particular, la validez del contrato o de las disposiciones contractuales individuales (artículo 4 frase 2 *lit.* a) y el efecto del contrato sobre la propiedad de los bienes vendidos (artículo 4 frase 2 *lit.* b) quedan fundamentalmente excluidos del ámbito de regulación.
- 25** La valoración de acuerdos especiales o cuestiones dentro del ámbito de un contrato de compraventa que van más allá de las disposiciones específicas del contrato de compraventa es problemática. Se discute hasta qué punto la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías regula cuestiones como la carga de la prueba, el incumplimiento positivo del contrato o *culpa in contrahendo*.

Un Tribunal Federal de Distrito de EE.UU. se ha pronunciado sobre la admisibilidad de un acuerdo de arbitraje en un contrato de compraventa en virtud de la Convención de la ONU.³⁸⁴ Es probable que esta ampliación de la Convención de la ONU en virtud de la simple accesoriidad vaya demasiado lejos, sobre todo porque la Convención sólo pretende regular las obligaciones específicas de un contrato de compraventa (Artículo 4 frase 1). Por ello, el Tribunal Regional Superior de Fráncfort del Meno ha basado la admisibilidad de un acuerdo accesorio de derecho de la competencia (acuerdo de exclusividad) contenido en un contrato de venta en el derecho de la competencia aplicable en virtud del conflicto de leyes alemán.³⁸⁵ La cuestión de la validez de la Convención de la ONU para este tipo de acuerdos accesorios tiene relevancia práctica, por ejemplo en el ámbito de los requisitos formales. La Convención de la ONU normaliza el principio de libertad de forma para los contratos de compraventa (artículo 11). Por el contrario, los acuerdos de derecho de la competencia suelen requerir una forma escrita en los ordenamientos jurídicos nacionales. Las normas de la Convención de la ONU se adaptan a las obligaciones del comprador y del vendedor típicas de los contratos de compraventa. Por lo tanto, las disposiciones de la Convención no pueden aplicarse a cláusulas adicionales que no regulen ese objeto típico de un contrato de compraventa.

- 26** Las cuestiones relativas a la capacidad jurídica, la representación, las consecuencias de los vicios de la voluntad, pero también las posibles infracciones del derecho nacional y la prescripción están sujetas al derecho nacional que se determinará por el conflicto de leyes del Estado del foro o entran en el ámbito de aplicación de acuerdos especiales. En este contexto, cabe mencionar la Convención de la ONU (Nueva York) sobre la prescripción en materia de

382 OLG Koblenz, RIW 1993, p. 934 (936).

383 M.w.Nachw. Ferrari, en: Schlechtriem/Schwenzer (eds.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, 7ª ed. 2019, Artículo 1 párr. 27 f.

384 United States District Court, Southern District of New York, *Filanto, S. p. A. v. Chilewich Intern. Corp.*, 789 F. Supp. 1229 (1237).

385 OLG Frankfurt, NJW 1992, p. 633 y ss. (635).

compraventa internacional de mercaderías de 1974³⁸⁶ y la Convención de Ginebra sobre la representación en materia de compraventa internacional de mercaderías de 1983³⁸⁷. En la Conferencia de Viena de 1980, la Convención sobre la Prescripción se adaptó a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías mediante un protocolo.³⁸⁸ La Convención sobre la Prescripción entró en vigor en 1988 en la versión modificada por el Protocolo; sin embargo, su importancia es limitada, ya que no ha sido ratificada por los países industrializados más importantes.³⁸⁹ La República Federal de Alemania no se ha adherido a la Convención de la ONU sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías. La Ley alemana de Contratos de la Convención de la ONU sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías prevé la aplicación correspondiente de las disposiciones sobre garantía del Código Civil alemán para la limitación de las reclamaciones del comprador por falta de conformidad de la mercancía.³⁹⁰

c) Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa y acuerdos sobre la elección de la ley aplicable

- 27** La Convención de la ONU sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías se aplica automáticamente si se cumplen las condiciones establecidas en el artículo 1 párrafo 1 de la CISG. Las partes del contrato de compraventa pueden renunciar total o parcialmente a la aplicación de la Convención de la ONU (artículo 6).³⁹¹ Sin embargo, si las partes renuncian a la Convención de la ONU sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y no llegan a ningún otro acuerdo sobre la ley aplicable, se aplicarán las normas generales del derecho internacional privado.
- 28** Pueden surgir problemas si las partes acuerdan aplicar el sistema jurídico de un Estado contratante. Tal acuerdo no significa necesariamente que las partes hayan excluido implícitamente la aplicación de la Convención de la ONU. Más bien, la jurisprudencia alemana considera que la Convención de la ONU sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías forma parte de la legislación alemana debido a su incorporación por la Ley de Consentimiento alemana. En consecuencia, la simple referencia a la "legislación alemana" conduce regularmente a la aplicabilidad de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (y no, por ejemplo, a la aplicabilidad del Código Civil alemán y sus leyes auxiliares), a menos que existan indicios adicionales de una exclusión intencionada de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Sin embargo, las empresas alemanas suelen excluir la aplicabilidad de la CISG en su práctica contractual.

Con respecto a la Convención de La Haya sobre la Compraventa, el Tribunal Federal de Justicia ha asumido que el acuerdo de la ley alemana conduce generalmente a la aplicabilidad de

386 Texto en *RabelsZ* 39 (1975), p. 342.

387 Texto en *Revue de droit uniforme (Revista de Derecho uniforme)* 1983 I-II, p. 133.

388 Reimpreso con discusión en: Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, 1981, p. 191 y ss., 434 y ss.

389 Para los Estados contratantes, véase *ZEuP* 1993, p. 161.

390 Artículo 3 de la Ley sobre la Convención de la ONU.

391 Por ejemplo, *R. Holthausen*, *Vertraglicher Ausschluss des UN-Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge*, *RIW* 1989, p. 513 y ss.

una ley de compraventa uniforme, ya que la ley de compraventa estandarizada se ha convertido en ley nacional con la (ahora derogada) Ley Uniforme sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías de 1973 (a menos que existan indicios de una intención diferente de las partes).³⁹² La jurisprudencia más reciente del Tribunal Federal de Justicia aplica ahora de forma general (es decir, salvo indicios de una intención contraria de las partes) la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías cuando se remite a la legislación alemana. En consecuencia, "la remisión... conduce generalmente a la aplicabilidad de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, que, como componente del derecho alemán y del derecho especial para la compraventa internacional de mercaderías, prevalece sobre la no unificada Convención alemana sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías".³⁹³

Si las partes desean evitar esta consecuencia jurídica, deberán acordar con suficiente claridad la elección de la ley alemana no uniforme (por ejemplo, sólo del BGB y del HGB) excluyendo la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

- 29** Si las partes de un contrato de compraventa internacional acuerdan la aplicación de una determinada ley nacional, esta elección de ley no sólo es importante para la posible exclusión de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías según el Artículo 6 de la CISG. En algunos casos, la elección de la ley de un Estado contratante puede dar lugar a que se aplique en primer lugar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Según el artículo 1 párr. 1 *lit.* b CISG, la Convención puede cubrir las ventas internacionales de mercancías incluso si las dos partes no tienen cada una su establecimiento en un estado contratante: concretamente bajo la condición alternativa de que se aplique la ley de un estado contratante de acuerdo con las normas del derecho internacional privado. Por lo tanto, el alcance de los acuerdos sobre la elección de la ley por las partes en la práctica contractual merece una evaluación cuidadosa.

La importancia de los acuerdos sobre la elección de la ley para la aplicabilidad de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías puede ilustrarse con un caso resuelto por el Tribunal Regional Superior de Düsseldorf.³⁹⁴ El caso se refería a una reclamación de un vendedor turco que había entregado una gran cantidad de verduras a una empresa comercial alemana. Como Turquía aún no era Estado contratante de la Convención de la ONU en aquel momento (adhesión el 1 de agosto de 2011), la Convención de la ONU sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías no podía aplicarse de conformidad con el Artículo 1 párr. 1 *lit.* a. Durante el procedimiento en curso ante un tribunal regional alemán, las partes contratantes habían acordado que debía aplicarse la legislación alemana. Por lo tanto, el Tribunal Regional Superior llegó a la conclusión de que las normas del derecho internacional privado alemán (de conformidad con el Artículo 27 EGBGB) conducen a la aplicación de la ley de un estado contratante (a saber, la República Federal de Alemania) y que, por lo tanto, era aplicable la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de conformidad con el Artículo 1 párr. 1 *lit.* b de la Convención.

392 BGHZ 96, 313 (322).

393 Así BGH, NJW 1999, 1259 y ss. (1260).

394 OLG Düsseldorf, IPRax 93, p. 412; véase *U. Magnus*, Zum räumlich-internationalen Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts und zur Mängelrüge, IPRax 1993, p. 390 y ss. (391) con más referencias.

Si las partes desean excluir la Convención de la ONU sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías mediante un acuerdo en las Condiciones Generales, éstas deberán haber pasado a formar parte del contrato de forma efectiva. Para la evaluación de esta cuestión, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías vuelve a ser decisiva, independientemente de la cláusula de exclusión.³⁹⁵

- 30** La tendencia a considerar el acuerdo de la ley de un Estado contratante como una referencia a la Convención de la ONU sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías puede a veces no hacer justicia a la intención real de las partes. Por ejemplo, la simple referencia a "*derecho interno suizo*" no es suficiente para excluir la Convención de la ONU sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.³⁹⁶ Esto hace que sea aún más importante manejar con cuidado las cláusulas de elección de ley en la práctica contractual. Cualquiera que acepte la aplicación de la "ley alemana" en una compra internacional debe esperar enfrentarse a las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

d) La celebración de contratos de comoraventa y las obligaciones precontractuales

- 31** La celebración de un contrato de compraventa está regulada en el Artículo 14 y siguientes de la CISG. El requisito previo para ello es la aceptación efectiva de una oferta (artículo 23). Una oferta también puede ser aceptada implícitamente por el comportamiento del destinatario, que expresa su consentimiento a la oferta (artículo 18 párrafo 1 frase 1). El mero silencio o la inactividad por sí solos no conducen a la aceptación de la oferta (artículo 18 párr. 1 frase 2). Esta norma también se aplica a una carta comercial de confirmación.³⁹⁷ La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías se aparta así del derecho mercantil alemán, que considera el silencio del destinatario en una carta de confirmación para la conclusión de negociaciones contractuales como un consentimiento entre comerciantes y da por concluido el contrato con el contenido de la carta de confirmación, incluso en caso de posibles desviaciones de las negociaciones contractuales, si el remitente es honesto y el destinatario no se opone inmediatamente.³⁹⁸ Sin embargo, incluso bajo la ley de compraventa de la ONU, el silencio puede ser calificado como aceptación en casos individuales. Esto puede resultar, por ejemplo, de un uso comercial internacional que cubre los contratos del tipo celebrado entre las partes (artículo 9 párrafo 2 de la Convención de la ONU). Además, el silencio en respuesta a una contestación declarando la aceptación de una oferta con desviaciones insignificantes puede constituir la aceptación de esta contraoferta (artículo 19 párr. 2). Por último, la aceptación puede inferirse del silencio si las circunstancias particulares del caso concreto requieren el rechazo expreso de una oferta de buena fe.

395 *Tribunal de Comercio del Cantón de San Gall*, decisión de 15 de junio de 2010, http://ww2.gerichte.sg.ch/home/dienstleistungen/rechtsprechung/kantonsgericht/entscheide_2010/hg_2009_164.html (consultado el 03 de enero de 2022).

396 Véase Arbitraje CCI, Caso n° 12365.

397 Por ejemplo, *R. Herber/B. Czerwenka*, *Internationales Kaufrecht*, 1991, Artículo 18 apdo. 7; sobre la carta de confirmación comercial como prueba de la celebración del contrato OLG Köln, RIW 1994, p. 972.

398 BGH, NJW 1972, P. 820; BGHZ 61, 282 (286).

- 32** En este sentido se pronunció un Tribunal Federal de Distrito de EE.UU. en un caso en el que, tras largas negociaciones preliminares, una de las partes no se había opuesto a la inclusión de una determinada cláusula en la declaración de aceptación que se apartaba de la oferta en un plazo razonable, aunque la otra parte había empezado a cumplir el contrato.³⁹⁹ El caso se refería a las negociaciones contractuales entre un fabricante italiano de zapatos como vendedor y una empresa comercial estadounidense como compradora, que deseaba incluir una cláusula de arbitraje en el contrato y ya había abierto una carta de crédito a favor del vendedor tras largas negociaciones. El tribunal también consideró las negociaciones previas entre las partes y el comportamiento posterior del vendedor (que asumió la existencia de un contrato) como circunstancias relevantes para la evaluación de las intenciones de las partes en el sentido del artículo 8 párr. 3 de la Convención de la ONU.
- 33** Según el artículo 11 de la Convención de la ONU, la celebración de contratos de compraventa no está sujeta a ningún requisito formal. Del mismo modo, un contrato puede, en principio, modificarse o anularse de manera informal por mero acuerdo de las partes (artículo 29 párrafo 1). Sin embargo, esto no se aplica si el contrato se ha celebrado por escrito y contiene una disposición que exija la forma escrita para cualquier modificación o anulación (artículo 29 párr. 2). Además, los Estados contratantes pueden excluir las disposiciones de la Convención sobre la libertad de forma de los contratos mediante una declaración (artículo 12, 96 de la Convención). Argentina, Chile, China, Estonia, Letonia, Lituania, Rusia, Ucrania, Hungría y Bielorrusia han declarado dicha reserva a favor de los requisitos formales.
- 34** Al igual que en Alemania (Sección 150 (2) BGB), la aceptación de una oferta con adiciones u otros cambios constituye un rechazo combinado con una contraoferta (artículo 19 (1)). Según el Artículo 16, una oferta ya recibida puede revocarse hasta que se celebre el contrato (a diferencia de la legislación alemana, véase el Artículo 145 BGB). En principio, la celebración del contrato requiere la aceptación expresa o implícita de esta contraoferta. Sin embargo, el mero silencio de la otra parte contratante a una aceptación modificada puede conducir a la celebración de un contrato si los cambios no representan una desviación significativa de la oferta original y la parte oferente no presenta inmediatamente una contraoferta. Si no se presenta tal contraoferta, los términos de la oferta con los cambios contenidos en la aceptación pasan a formar parte del contrato (artículo 19 párrafo 2).
- 35** La Convención de la ONU no contiene ninguna disposición expresa sobre la responsabilidad por incumplimiento de los deberes precontractuales de protección durante las negociaciones del contrato (*culpa in contrahendo*). Es muy dudoso hasta qué punto el principio de buena fe reconocido en el artículo 7 párrafo 1 de la CISG puede utilizarse para derivar responsabilidad antes de la celebración del contrato, por ejemplo por la terminación abrupta de las negociaciones contractuales poco antes del acuerdo,⁴⁰⁰ sobre todo teniendo en cuenta que los sistemas jurídicos angloamericanos permiten una amplia libertad de negociación.⁴⁰¹ Cabe señalar que,

399 United States District Court, Southern District of New York, *Filanto, S. p. A. v. Chile wick Intern. Corp.*, 789 F. Supp., 1229 (1240): "Un destinatario de la oferta que, sabiendo que el oferente ha comenzado la ejecución, no notifica al oferente sus objeciones a los términos del contrato dentro de un plazo razonable se considerará, en determinadas circunstancias, que ha asentido a dichos términos."

400 Por ejemplo, *M. J. Bonell*, *Vertragsverhandlungen und culpa in contrahendo nach dem Wiener Kaufrechtsübereinkommen*, RIW 1990, p. 693 y ss.

401 Véase para el debate *F. Ferrari*, en: *Schlechtriem/Schwenzer* (eds.), *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht*, 7ª ed. 2019, Artículo 4 párr. 46.

según el Artículo 4, la Convención de la ONU regula exclusivamente la celebración del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones derivados del mismo (artículo 4 frase 1). Los daños a personas o bienes en el curso de las negociaciones del contrato (por ejemplo, al hacer una demostración de una máquina) no están cubiertos. Cualquier reclamación derivada de ello se regirá por la legislación nacional.

e) Obligaciones del vendedor

- 36** Las obligaciones del vendedor están reguladas en el artículo 30 y ss. CISG. Sujeto a acuerdos especiales, el vendedor debe entregar la mercancía, entregar los documentos asociados y transferir la propiedad de la mercancía (artículo 30 CISG). En términos de lugar, el Artículo 30 especifica la obligación de entrega del vendedor. La determinación contractual del lugar de entrega tiene prioridad. El principio es que el vendedor debe entregar la mercancía en el lugar donde ésta se entrega al primer transportista (artículo 31 *lit.* a CISG) con la consecuencia de que el destino ulterior de la mercancía queda fuera de la responsabilidad del vendedor ("obligación de entrega"). El acuerdo de la cláusula de "libre domicilio" significa probablemente que el lugar de entrega es el lugar de cumplimiento y no sólo una venta por expedición.⁴⁰² Sin embargo, en la práctica judicial, cláusulas como "libre..." se entienden de forma incoherente como un acuerdo sobre el lugar de cumplimiento o como una mera norma sobre la asunción de costes.⁴⁰³ La práctica contractual evita las incertidumbres sobre el significado de las cláusulas no estandarizadas especificando las obligaciones de entrega y el lugar de entrega mediante los INCOTERMS.
- 37** La cantidad, la calidad y el tipo, así como el embalaje o el contenedor de las mercancías a entregar deben ajustarse a la norma acordada contractualmente (artículo 35 párr. 1 CISG). Salvo acuerdos especiales, las mercancías sólo se consideran conformes al contrato si, entre otras cosas, son adecuadas para los fines para los que se utilizan habitualmente (artículo 35 párr. 2 *lit.* a CISG). El vendedor no está obligado a probar la calidad contractual de las mercancías. Más bien, el comprador debe probar la falta de conformidad de la mercancía después de recibirla sin reservas.⁴⁰⁴ En principio, el vendedor no es responsable de garantizar que la mercancía cumpla con la normativa legal sobre productos del país del comprador.⁴⁰⁵ Sin embargo, esto no se aplica con respecto a las normas que existen tanto en el país del vendedor como en el del comprador.⁴⁰⁶
- 38** De gran importancia práctica son las obligaciones que se aplican al comprador en caso de cumplimiento no conforme por parte del vendedor: la obligación de inspeccionar y la obligación de notificar los defectos. A ambas obligaciones se aplican plazos diferentes. En primer lugar, el comprador debe inspeccionar o hacer inspeccionar las mercancías "en un plazo tan breve como lo permitan las circunstancias" (artículo 38, apdo. 1). Si el contrato exige que las mercan-

402 OLG Düsseldorf, sentencia de 21 de noviembre de 2008, caso nº I-16 U 39/08, párrafo 16.

403 B. Piltz, *New Developments in UN Sales Law*, NJW 2011, p. 2261 y ss. (2263 f.).

404 B. Piltz, *Neue Entwicklungen im UN-Kaufrecht*, NJW 2005, p. 2126 y ss. (2129); Tribunal Federal, IHR 2004, 205; Tribunal Federal, IHR 2004, 215; Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Norte de Illinois, División Este, IHR 2004, 156.

405 B. Piltz, *New Developments in UN Sales Law*, NJW 2011, p. 2261 et seq. (2263 y §). B. Piltz, *New Developments in UN Sales Law*, NJW 2005, p. 2126 y ss. (2129); OLG Munich, NJW-RR 2003, p. 849.

406 Tribunal de distrito de Zwolle, decisión de 9 de diciembre de 2009, 145652 - HA ZA 08-635. ECLI:NL:RBZLY:2009:BL0104.

cías sean transportadas, la inspección puede posponerse hasta después de que las mercancías hayan llegado a su destino (artículo 38 párr. 2).⁴⁰⁷ El alcance de la inspección que incumbe al comprador depende de las desviaciones de la calidad contractual que sean reconocibles en las circunstancias del caso concreto.⁴⁰⁸ En principio, el comprador sólo puede invocar una falta de conformidad de la entrega si notifica los defectos a tiempo y especifica la falta de conformidad con más detalle (artículo 39 párr. 1). La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías no exige la notificación inmediata de los defectos (a diferencia, por ejemplo, del artículo 377 del Código de Comercio alemán o de la Convención de La Haya). Más bien, sólo exige que el comprador notifique los defectos "dentro de un plazo razonable a partir del momento en que los haya o debiera haberlos descubierto" (artículo 39 párr. 1).⁴⁰⁹ La notificación debe permitir al vendedor formarse una idea fiable de la falta de conformidad y adoptar las medidas necesarias. Frases superficiales y poco informativas en la reclamación, como "defectos significativos en el vehículo" o que el motor "no fue reparado profesionalmente", no son suficientes según la jurisprudencia.⁴¹⁰ El vendedor no puede invocar las obligaciones del comprador en caso de entrega no conforme si conocía o debería haber conocido los hechos que dieron lugar al defecto y no los comunicó al comprador (artículo 40).

39 Si el comprador no notifica a tiempo y de forma suficientemente específica la falta de conformidad de la mercancía, deberá pagar íntegramente el precio de compra acordado. Esto también se aplica si la entrega se desvía de la cantidad acordada. Esto se debe a que la obligación del comprador de notificar los defectos tiene por objeto proporcionar al vendedor una rápida claridad sobre las posibles objeciones a la reclamación del precio de compra.⁴¹¹ El comprador pierde el derecho a reclamar a más tardar si no notifica al vendedor la falta de conformidad en un plazo de dos años a partir de la entrega de la mercancía, a menos que se haya acordado un periodo de garantía más largo (artículo 39 párrafo 2).

40 Los remedios del comprador por incumplimiento de contrato por parte del vendedor se rigen por los Artículo 45 y ss. CISG están dedicados a los remedios del comprador por incumplimiento del contrato por parte del vendedor. Hay que distinguir entre los incumplimientos "materiales" del contrato en el sentido del Artículo 25 de la Convención y otros incumplimientos del vendedor. Según el artículo 25, un incumplimiento de contrato es material,

"si resulta en un perjuicio tal para la otra parte que ésta pierde sustancialmente lo que debería haber esperado en virtud del contrato, a menos que la parte incumplidora no previera esa consecuencia y una persona razonable de la misma clase no la hubiera previsto en las mismas circunstancias".

El Tribunal Federal de Justicia impone requisitos estrictos sobre la existencia de un incumplimiento "material" del contrato debido a las consecuencias jurídicas de gran alcance (posible anulación del contrato y rescisión como "último recurso").⁴¹²

407 Sobre esto y sobre los acuerdos de partes divergentes OLG Düsseldorf, IPRax 1993, p. 412 (413).

408 Véase, por ejemplo, BGH, NJW 2004, p. 1032 y ss. (1033).

409 Sobre la jurisprudencia -a veces bastante estricta- de los tribunales alemanes *U. Magnus*, Aktuelle Fragen des UN-Kaufrechts, ZEuP 1993, p. 79 ss. (88); *B. Piltz*, NJW 2000, p. 553 s. (557 y s.).

410 BGH, NJW-RR 2000, p. 1361 y ss. (1362); OLG-Hamm, NJW-RR 2010, p. 708 y ss. (710).

411 OLG Düsseldorf, IPRax 1993, p. 412 (414).

412 Sobre la *entrega aliud* como incumplimiento "material" del contrato, BGHZ 132, 290 y ss.; véase también Tri-

Si se entregan mercancías no conformes con el contrato, el comprador puede exigir que se subsane el defecto (artículo 46). En el caso de mercancías no conformes, la Convención de la ONU no distingue entre cumplimiento defectuoso y entrega incorrecta. El comprador sólo tiene derecho a una entrega de reemplazo si la falta de conformidad constituye también un incumplimiento material del contrato y la entrega de reemplazo se solicita junto con la notificación de los defectos o dentro de un plazo razonable (artículo 46 párrafo 2). El derecho de rectificación está limitado en la medida en que no sea razonable para el vendedor (artículo 46 párrafo 3). En determinadas circunstancias, el vendedor también puede subsanar la falta de conformidad después de la fecha de entrega (artículo 48). El comprador puede declarar resuelto el contrato si se produce un incumplimiento material del contrato por parte del vendedor (artículo 49 párr. 1 lit. a) o si el vendedor no entrega la mercancía dentro de un plazo de gracia establecido o declara por adelantado que no la entregará dentro de dicho plazo de gracia (artículo 49 párr. 1 lit. b). Esto demuestra que la Convención de la ONU tiene como objetivo, en la medida de lo posible, asegurar la existencia del contrato de compraventa. Si el vendedor ha entregado la mercancía, el derecho de rescisión del comprador debe ejercerse en un plazo razonable (artículo 49 párr. 2). Si la mercancía no se entrega de conformidad con el contrato, el comprador puede reducir el precio de compra (artículo 50). Por último, el comprador tiene derecho a una indemnización en caso de incumplimiento del contrato por parte del vendedor (artículo 45 párr. 1 lit. b en relación con el artículo 74 y siguientes). Los daños y perjuicios pueden reclamarse acumulativamente con otras reclamaciones (artículo 45 párr. 2). Cabe señalar que la responsabilidad de una parte contratante por daños y perjuicios no se aplica si puede demostrarse que el incumplimiento de una obligación contractual no puede atribuirse a la parte porque escapa a su control (artículo 79). La jurisprudencia interpreta la disposición de forma restrictiva para no socavar la distribución contractual del riesgo.⁴¹³ En este sentido, el Tribunal Federal de Justicia se pronuncia, por ejemplo, en relación con la obligación de aprovisionamiento asumida por el vendedor:⁴¹⁴

"La posibilidad de exoneración en virtud del artículo 79 de la CISG no conlleva un cambio en la asignación contractual del riesgo. Según la Convención Uniforme de Compraventa, la razón de la responsabilidad del vendedor reside en el hecho de que se ha comprometido a proporcionar al comprador mercancías conformes con el contrato. Si el comportamiento del proveedor o proveedores contrario al contrato es un impedimento en el sentido del artículo 79 CISG, es en principio uno que el vendedor debe evitar o superar según el contenido del contrato de compraventa. Esto corresponde al sentido típico de tal contrato [...]. Desde el punto de vista del comprador, es indiferente que el vendedor fabrique él mismo las mercancías - con la consecuencia de que el incumplimiento se encuentra en principio dentro de su esfera de influencia real, por lo que generalmente se excluye una exoneración en virtud del artículo 79 párrafo 1 CISG - o que las obtenga de subproveedores. Al igual que el vendedor es responsable en el caso de deudas genéricas de la entrega puntual que le haga su proveedor [...], también es responsable de la entrega sin defectos que le haga su proveedor. A este respecto, la Ley Uniforme sobre la Compraventa no distingue entre la entrega tardía y la entrega de mercancías no conformes con el contrato. El mismo estándar de responsabilidad se aplica a ambos incumplimientos de contrato. [...]"

bunal Supremo Federal, IHR 2010, 27 (28).

413 P. Huber, en: Münchener Kommentar zum BGB, vol. IV, 8ª ed. 2019, Artículo 79 párr. 1.

414 BGH, NJW 1999, p. 2440 y ss. (2241).

Según el artículo 79 de la CISG, el vendedor sólo puede quedar liberado de las consecuencias de la falta de conformidad de la mercancía con el contrato - si es que existe [...] - si ésta ya no puede atribuirse a su esfera de influencia".

La indemnización se pagará por la pérdida sufrida por la otra parte como consecuencia del incumplimiento del contrato, incluido el lucro cesante (artículo 74 frase 1). Sin embargo, la indemnización se limitará a las consecuencias previsibles para la parte responsable en el momento en que se celebró el contrato (artículo 74 frase 2).

f) Obligaciones del comprador

- 41** Las obligaciones del comprador se establecen en el artículo 53 y ss. CISG. El comprador está obligado a pagar el precio de compra acordado y a recibir la mercancía (artículo 53). Salvo acuerdos especiales, si el pago debe efectuarse contra entrega de la mercancía o de los documentos, el comprador debe pagar el precio de compra simultáneamente en el lugar de entrega (artículo 57 párr. 1 *lit.* b). En caso contrario, el precio de compra deberá pagarse en el establecimiento del vendedor (artículo 57 párr. 1 *lit.* a). Al establecer una deuda auténtica que debe pagarse en el lugar de cumplimiento, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías se aparta de la legislación alemana en favor del vendedor (véanse los artículos 270 (4) y 269 del BGB). El favorecimiento del vendedor en la regulación del lugar de pago no sólo tiene un efecto sobre el riesgo y los costes de la transferencia de dinero, sino que también favorece al vendedor con respecto a un fuero interno, que está vinculado al lugar de cumplimiento (como anteriormente artículo 5 N° 1 Convenio de Bruselas⁴¹⁵) o (en el caso de una sucursal del vendedor en Alemania) según la Sección 29 ZPO. Desde este punto de vista, es aconsejable para los compradores alemanes, por ejemplo, acordar un lugar de pago en Alemania o la jurisdicción de un tribunal alemán. Sin embargo, el Reglamento [UE] n° 1215/2012 (hasta 2015 Reglamento (CE) 44/2001) relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil - EuGVVO - contiene su propia definición del lugar de cumplimiento a efectos procesales para los contratos de compraventa, que es más favorable para el comprador (artículo 7 n° 1 *lit.* b EuGVVO nueva versión; Artículo 5 n° 1 *lit.* b EuGVVO versión antigua).⁴¹⁶ El Convenio de Bruselas ha sido sustituido en gran medida por el Reglamento Bruselas I.
- 42** El vendedor puede declarar resuelto el contrato si se produce un incumplimiento material del contrato por parte del comprador (por ejemplo, una negativa injustificada a aceptar la entrega) (Artículo 64 párr. 1 *lit.* a) o si el comprador no cumple con su obligación de pagar el precio de compra dentro de un plazo de gracia razonable fijado por el vendedor o declara por adelantado que no cumplirá con dicho plazo (artículo 64 párr. 1 *lit.* b). Es importante que el vendedor pueda reclamar daños y perjuicios si el precio de compra no se paga a tiempo (Artículo 61 párr. 1 *lit.* b en relación con el Artículo 74 y siguientes). Además, el vendedor puede reclamar intereses si el precio de compra no se paga a tiempo (artículo 78). La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías no especifica con más detalle la cuantía de la reclamación de intereses. A este respecto, depende de las prácticas comerciales pertinentes en virtud del artículo 9 y de la legislación nacional aplicable.

415 BGH, EuZW 1992, p. 518 y ss. (520); véase también TJCE, asunto C-288/92, EU:C:1994: 268 - *Custom Made Commercial*.

416 Véase más arriba § 9, 3.

- 43 A diferencia de la legislación alemana, el vendedor también puede hacer valer reclamaciones por incumplimiento de contrato sin previo aviso si el comprador incumple. Esto tiene importancia práctica en el caso de reclamaciones por daños y perjuicios o intereses, por ejemplo.
- 44 Si las mercancías se pierden o dañan después de que el riesgo se haya transmitido al comprador, éste debe pagar, en general, el precio de compra, a menos que el vendedor sea responsable de la pérdida o el daño (artículo 66). En principio, el riesgo se transfiere al comprador en el lugar de la entrega (artículo 67 y siguientes).

g) Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos

- 45 La relación entre la Convención de la ONU sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y la responsabilidad por daños causados por productos defectuosos según la legislación nacional no está muy clara.⁴¹⁷ Según el artículo 5, la Convención de la ONU no se aplica a "la responsabilidad del vendedor por muerte o lesiones corporales causadas por las mercancías". El derecho contractual y extracontractual nacional se aplica a estas lesiones a la vida y a la integridad física causadas por la defectuosidad de las mercancías, que están explícitamente excluidas de la Convención de la ONU. Además, la Convención de la ONU sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías no afecta a la responsabilidad del fabricante de la mercancía, que es distinto del vendedor. Además, la relación entre la Convención de la ONU sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y las normas nacionales sobre responsabilidad por los productos es controvertida. Un argumento a favor de sustituir las normas del derecho contractual y extracontractual nacional en el ámbito de la responsabilidad por productos defectuosos es que los requisitos previos para la responsabilidad del vendedor por entrega no conforme (como la notificación a tiempo de los defectos) no deben verse socavados por reclamaciones concurrentes del comprador en virtud de la legislación nacional. Por otra parte, el hecho de que la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías guarde silencio sobre el deber general de diligencia del vendedor para la protección de los intereses legales del comprador habla en contra de un efecto de bloqueo global de la Convención de Viena. Además, la responsabilidad extracontractual por productos defectuosos es generalmente obligatoria según la ley de los estados contratantes, mientras que las partes pueden llegar a acuerdos que se aparten de sus disposiciones según el Artículo 6 de la CISG.
- 46 En lo que respecta a la Directiva de la Unión Europea sobre responsabilidad por productos defectuosos⁴¹⁸ y a los reglamentos promulgados por los Estados miembros de la UE para aplicar esta directiva, el problema de la competencia se ve mitigado significativamente por el Artículo 90 de la CISG. Según esta disposición, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías no sustituye a los tratados internacionales con el mismo objeto, siempre que las partes tengan su establecimiento en Estados contratan-

417 A este respecto, véase más referencias *I. Saenger*, en: Ferrari/Kieninger/Mankowski et al, *Internationales Vertragsrecht*, 3ª ed. 2018, Artículo 5 párr. 5 y ss.

418 Directiva 85/374/CEE, DO 1985 L 210/29.

tes de dicho tratado. Aunque la Directiva de Responsabilidad por Productos Defectuosos de la Unión Europea no constituye un tratado internacional, la obligación de transponerla a la legislación nacional surge del TFUE como acuerdo internacional en el sentido del Artículo 90 de la CISG (véase el Artículo 288 párrafo 3 del TFUE). Es esta base de validez del tratado internacional la que es relevante para el Artículo 90 CISG. Por lo tanto, la responsabilidad en virtud de la legislación alemana sobre responsabilidad por productos defectuosos, que sirve para aplicar la Directiva, también se aplica además de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

4. Comercio electrónico (*electronic commerce*)

Literatura:

A. Albrecht, Rechtsprobleme des E-Commerce, en: Tagung der DACH (23), 2001; Ch. Von Bernsdorff, Ausgewählte Rechtsprobleme im Electronic Commerce, RIW 2000, p. 14 y ss.; U. Draetta, Internet et Commerce Électronique en Droit International Des Affaires, RdC 314 (2005); T. Hoeren, Informationspflichten im Internet - im Lichte des neuen UWG, WM 2004, p. 2461 y ss.; P. Mankowski, Das Internet im internationalen Vertrags- und Deliktsrecht, RabelsZ 63 (1999), p. 203 y ss.; C. Reed, Making Laws for Cyberspace, 2012; R. H. Weber, E-Commerce und Recht: Rechtliche Rahmenbedingungen elektronischer Geschäftsformen, 2ª ed. 2010.

- 47 El comercio electrónico a través de Internet desempeña un papel cada vez más importante en la venta internacional de mercancías. Las transacciones transfronterizas por Internet dan lugar a una gran cantidad de problemas jurídicos (como la cuestión de la ley aplicable, cuestiones de celebración de contratos, requisitos para las declaraciones legales). En 1996, la CNUDMI presentó una ley modelo sobre comercio electrónico (Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico). La Ley Modelo se basa en los principios de no discriminación (de comercio electrónico frente a otras transacciones comerciales), neutralidad tecnológica (en la regulación) y equivalencia funcional (en relación con las tecnologías tradicionales). Además, la CNUDMI adoptó en 2001 una ley modelo sobre firmas electrónicas (Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas). En 2005, la Asamblea General adoptó la *Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales)*.⁴¹⁹

Hasta ahora, sólo la ley modelo sobre comercio electrónico ha servido de base a la legislación nacional de un gran número de países.⁴²⁰

- 48 En el seno de la Unión Europea, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptaron en su día el Reglamento (UE) nº 910/2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y la Directiva 2000/31/CE relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).⁴²¹

419 https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-04970_ebook.pdf con enmiendas de 1998 (consultado el 03 de enero de 2022).

420 Véase el resumen de la situación en https://uncitral.un.org/en/texts/ecommerce/modellaw/electronic_commerce/status (consultado el 03 de enero de 2022).

421 UN GA Res. 60/21 del 23 de noviembre de 2005, UN Doc. A/RES/60/21

§ 14. Áreas de servicios individuales

1. Consideraciones generales

Literatura:

P. Delimatsis, International Trade in Services and Domestic Regulations, 2007; *I. Lianos/O. Odudu* (eds.), Regulating Trade in Services in the EU and the WTO, 2012; *A. Mattoo*, A Handbook of International Trade in Services, 2007; *P.-C. Müller-Graff*, Dienstleistungsfreiheit und Erbringungsformen grenzüberschreitender Dienstleistungen, Festschrift für Rudolf Lukes zum 65. Geburtstag, 1989, p. 473 y ss.

- 1 El comercio internacional de servicios es cada vez más importante (actualmente representa más del 20 % del comercio mundial). Sin embargo, la liberalización del comercio de servicios ha ido hasta ahora considerablemente a la zaga del desmantelamiento de las restricciones a la circulación de mercancías. Sin embargo, cada vez se es más consciente del futuro potencial del sector servicios y de la necesidad de eliminar las barreras nacionales al comercio transfronterizo de servicios. Durante mucho tiempo, los servicios no se incluyeron en el programa de liberalización del GATT. Al final de las negociaciones de la ronda *Uruguay*, se negoció un tratado sobre la eliminación de gran alcance de las restricciones al comercio internacional de servicios en forma del AGCS. La liberalización del comercio de servicios es la que más ha avanzado dentro de la Unión Europea.⁴²² Los acuerdos comerciales bilaterales (*Acuerdos Comerciales Preferenciales*) son de gran importancia para la liberalización del comercio de servicios. Los acuerdos celebrados por EE.UU. pretenden abrir en gran medida los mercados de servicios, siempre que se excluyan los ámbitos de una lista negativa. Los acuerdos de la UE con México, Chile y Corea del Sur, por ejemplo, liberalizan el comercio de servicios en determinados sectores (lista positiva).
- 2 Además de los servicios transfronterizos, el comercio internacional de servicios también incluye la circulación transfronteriza del destinatario o del prestador de servicios, así como la circulación de los factores de producción en relación con la prestación de servicios. La movilidad del prestador de servicios tiene una importancia práctica considerable en lo que respecta a la posibilidad de ofrecer servicios a clientes en el extranjero, por ejemplo a través de una sucursal. Los distintos países suelen supeditar la prestación de servicios a la existencia de una sucursal nacional para tener en cuenta la protección de los consumidores u otras razones de supervisión económica estatal. Este requisito desempeña un papel especialmente importante en el caso de los seguros y los servicios financieros. El vínculo entre la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento se hace aquí evidente.
- 3 Las áreas especialmente importantes del comercio internacional de servicios son el transporte, los seguros y los servicios bancarios, así como los servicios postales y de telecomunicaciones. Aquí se describirá brevemente el desarrollo en estas áreas.

⁴²² Véase el resumen de la situación en https://uncitral.un.org/en/texts/ecommerce/modellaw/electronic_commerce/status (consultado el 03 de enero de 2022).

2. Transporte

Literatura:

R. Abeyratne, Regulation of Air Transport: The Slumbering Sentinels, 2013; *J. Basedow*, Der Transportvertrag, 1987; *S. Braekhus*, Choice of Law Problems in International Shipping (Recent Developments), RdC 164 (1979 III), p. 254 y ss.; *A. Chircop*, The Regulation of International Shipping: International and Comparative Perspectives: Essays in Honour of Edgar Gold, 2012; *M. Clarke*, Contracts of Carriage by Land and Air, 2ª ed. 2008; *M. Clarke*, International Carriage of Goods by Road: CMR, 6ª ed. 2014; *B. Eder*, Scrutton on Charterparties and Bills of Lading, 24ª ed., 2014. 2021; *E. Gjemulla*, Traffic and Transport, International Regulation, en: R. Wolfrum (ed.), MPEPIL, vol. IX, 2012, p. 1001 y ss.; *ders./R. Schmid/N. Ehlers*, Warsaw Convention, 2000; *R. Herber*, Das internationale Seefrachtrecht der neunziger Jahre, Transportrecht 1990, p. 173 y ss.; *D. Lucas* (ed.), Shipping & International Trade Law, 2ª ed. 2013; *I. Koller*, Transportrecht (Kommentar zu Spedition und Straßentransport), 10ª ed. 2020; *G. Ott*, Die Luftfrachtbeförderung im nationalen und internationalen Bereich, 1990; *L. Tomas*, Air Law, en: R. Wolfrum (ed.), MPEPIL, Vol. I, 2012, p. 233 y ss.; *este.*, Air Transport Agreements, Regulation of Liability, en: R. Wolfrum (ed.), MPEPIL, Vol. I, 2012, p. 242 y ss.; *G. W. Wenglorz*, Die Deregulierung des Linienluftverkehrs im Europäischen Binnenmarkt, 1992.

- 4 El crecimiento del movimiento internacional de mercancías conlleva necesariamente un aumento del transporte transfronterizo. Por ello, la eliminación de las barreras al transporte internacional es cada vez más importante. La liberalización de la circulación de mercancías debe ir acompañada de una reglamentación intergubernamental del transporte transfronterizo. Sin libertad de transporte transfronterizo, no puede haber circulación internacional de mercancías. En el ámbito del derecho del transporte, se han celebrado varios acuerdos internacionales que sirven para alcanzar este objetivo.

- 5 Los acuerdos bilaterales se centran en la cooperación en el ámbito del transporte para promover el transporte transfronterizo de mercancías y el uso racional de las rutas de transporte. Los acuerdos multilaterales sirven sobre todo para normalizar el derecho privado mediante la creación de un derecho internacional uniforme. Dado que el transporte de mercancías no suele ser realizado por las partes del contrato de compraventa, sino por un transportista o un transitario, las particularidades de esta relación tripartita hacen especialmente deseable una normalización del derecho de los contratos de transporte.

- 6 El derecho internacional del transporte está muy fragmentado entre sectores. Cada uno de los medios de transporte -vehículo de motor, ferrocarril, barco y avión- requiere una reglamentación especial. No obstante, hay una serie de similitudes estructurales en los acuerdos multilaterales sobre los distintos medios de transporte en lo que respecta al derecho privado asociado al contrato de transporte (celebración del contrato, responsabilidad, jurisdicción internacional). Además, existen normativas especiales para determinadas mercancías. Entre ellas se encuentran, por ejemplo, el Acuerdo Europeo sobre *Transporte Internacional de Mercancías Peligrosas por Carretera* de 1957 (*European Agreement concerning the International Carriage of Dangerous Goods by Road*, ADR)⁴²³ y el Reglamento *relativo al Transporte Internacional Ferroviario de Mercancías Peligrosas* (*Règlement concernant le transport international ferroviaire des marchandises dangereuses*, RID)⁴²⁴ así como el Convenio Europeo sobre Responsa-

423 BGBl. 1969 II, p. 1491; BGBl. 1987 II, p. 502.

424 Nueva versión del RID 2007 de 16 de mayo de 2008 (BGBl. II p. 475 con volumen anexo).

bilidad por Daños durante el Transporte de Mercancías Peligrosas por Carretera, Ferrocarril y Vías Navegables de 1989 (CRTD)⁴²⁵.

Para el transporte de mercancías por mar, se han negociado las llamadas *Reglas de Rotterdam*⁴²⁶ de 2009, que pretenden sustituir a las llamadas *Reglas de Hamburgo* de 1978. Este nuevo conjunto de normas tiene en cuenta principalmente las cuestiones jurídicas relacionadas con el transporte moderno de contenedores y los acuerdos electrónicos sobre el transporte de mercancías.⁴²⁷

- 7 Las organizaciones internacionales intergubernamentales como la *Organización de Aviación Civil Internacional* (OACI) tienen una importancia considerable para el sector del transporte internacional, la *Organización Marítima Internacional* (OMI) y la *Oficina Internacional de Ferrocarriles* así como una serie de organizaciones internacionales no gubernamentales como la *Unión Internacional de Ferrocarriles* (UIC), la *Unión Internacional de Transporte por Carretera* (IRU), la *Asociación Internacional de Transporte Aéreo* (IATA) y la *Federación Internacional de Asociaciones de Transportistas* (FIATA).
- 8 En el marco de la Unión Europea, la integración de los mercados del transporte y la eliminación de las distorsiones de la competencia en el sector del transporte forman parte de la realización del mercado interior europeo. Los artículos 90 y ss. del TFUE crean las bases de una política común de transportes, inicialmente para el transporte por ferrocarril, carretera y vía navegable (Artículo 100 (1) TFUE). A continuación, las disposiciones sobre la política común de transportes se aplican también al transporte marítimo y aéreo, en la medida en que se haga uso de la autorización del Artículo 100, apdo. 2 del TFUE. Durante mucho tiempo, el Consejo tardó en liberalizar el transporte de pasajeros y mercancías en estos ámbitos.⁴²⁸ Entretanto, se han adoptado una serie de actos jurídicos para el sector del transporte terrestre.⁴²⁹ Entre ellos se incluyen, por ejemplo, reglamentos sobre el acceso al mercado de las empresas de transporte no residentes para el transporte dentro del mercado interior (el llamado cabotaje),⁴³⁰ sobre reglamentos técnicos normalizados para vehículos comerciales o periodos de descanso para los conductores. El objetivo es armonizar las disposiciones fiscales (como el impuesto sobre los vehículos o la recaudación de peajes). El Consejo liberalizó en gran medida el transporte aéreo en tres etapas, en 1987, 1990 y 1992, mediante un conjunto de varios actos jurídicos y lo abrió gradualmente a la competencia.⁴³¹ Las normas se revisaron exhaustivamente por última vez en

425 TransportR 1990, p. 83.

426 Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo.

427 M. Sturley/T. Fujita/G. J. van der Ziel, *Las Reglas de Rotterdam: El Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo*, 2010.

428 Véase la condena del Consejo por el TJCE por incumplimiento del Tratado en la política común de transportes, TJCE, asunto 13/83, EU:C:1985 : 220 - *Parlamento ./ Consejo*

429 Véase el resumen en *D. Boeing/T. Maxian Rusche* en E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim, *El Derecho de la Unión Europea*, Vol. II (TUE/TFUE), Art. 100 TFUE párr. 56 y ss.

430 Reglamento CEE 93/3118 por el que se establecen las condiciones de admisión de transportistas no residentes en los transportes nacionales de mercancías por carretera en un Estado miembro, DO 1993 L 279/1; derogado y regulado de nuevo por el Reglamento (CE) 1072/2009 por el que se establecen normas comunes de acceso al mercado del transporte internacional de mercancías por carretera.

431 Véase la descripción detallada de *D. Boeing/T. Maxian Rusche* en: E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim, *Das Recht der Europäischen Union*, Bd. II (EUV/AEU), Art. 100 TFUE párr. 101 y ss.; sobre la tercera fase *T. Jestaedt/K.-S. Hohenstatt*, *Das Dritte Maßnahmenbündel zur Liberalisierung des Luftverkehrs*, EuZW 1992, p. 115 y ss.

2008. Como resultado, se han introducido cambios de gran calado en el transporte aéreo con vistas a la realización del mercado interior.

- 9 Sin otros actos jurídicos, tiene efecto directo la obligación de statu quo de los Estados miembros en virtud del artículo 92 del TFUE, que prohíbe, sin perjuicio de la normativa de la Unión, una modificación de las normas de tráfico en perjuicio de los usuarios de la carretera de otros Estados miembros. La introducción de peajes en las autopistas para los vehículos pesados por parte de la República Federal de Alemania con una reducción simultánea de impuestos para los vehículos nacionales infringió la disposición del artículo 92 del TFUE.⁴³²
- 10 La Unión también contribuye al desarrollo de las redes europeas, incluso en el ámbito de las infraestructuras de transporte (artículo 170 y ss. del TFUE).
- 11 El derecho del transporte ferroviario se ha regulado con especial detalle en el marco de acuerdos internacionales.⁴³³ El más importante de ellos es el Convenio *relativo a los Transportes Internacionales por Ferrocarril* de 1980 (*Convention relative aux transports internationaux ferroviaires*, COTIF),⁴³⁴ que fue revisado en 1999 (COTIF 1999).⁴³⁵ Este convenio también incluye las Reglas uniformes relativas al contrato de transporte internacional de viajeros y equipajes por ferrocarril (CIV)⁴³⁶ y las Reglas uniformes relativas al contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril (ER/CIM).⁴³⁷ El COTIF ha sido ratificado por casi todos los Estados europeos y varios Estados del norte de África y Oriente Medio. La UE se adhirió al COTIF con efecto a partir del 1 de julio de 2011, sin sustituir completamente a los miembros de la UE en el marco del COTIF.
- 12 En el derecho del transporte por carretera, el Convenio *relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera* de 1956 (*Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route*, CMR)⁴³⁸ ha supuesto una amplia armonización jurídica para la mayoría de los países europeos. El CMR se aplica a los contratos de transporte de mercancías por carretera en vehículos a título oneroso si el lugar de recepción de las mercancías y el lugar previsto de entrega se encuentran en dos Estados diferentes, de los cuales al menos uno es un Estado contratante. El Convenio contiene principalmente derecho internacional uniforme; sin embargo, también contiene disposiciones sobre conflictos de leyes. Dentro de su ámbito de aplicación, el Convenio contiene normas obligatorias de las que las partes del contrato de transporte no pueden apartarse. Sin embargo, el CMR no regula de forma concluyente el transporte transfronterizo de mercancías por carretera, sino que se limita a las cuestiones más importantes del derecho de transporte de mercancías. La responsabilidad del transportista ocupa un lugar central. También es importante la regulación de la competencia judicial internacional de los tribunales (artículo 31 CMR).

El derecho internacional del transporte aéreo se basa inicialmente en acuerdos interguberna-

432 TJCE, Asunto C-195/90, EU:C:1992 : 219 - *Tasa por vehículos pesados*.

433 A este respecto, *D. Lost-Sieminska*, *Railway Transport, International Regulation*, en: R. Wolfrum (ed.), *MPE-PIL*, vol. VIII, 2012, p. 621 y ss.

434 BGBl. 1985 II, p. 125.

435 BGBl. 2002 II, p. 2140

436 Apéndice A del COTIF 1999, BGBl. 2002 II, p. 2190.

437 Apéndice B del COTIF 1999, BGBl. 2002 II, p. 2221.

438 BGBl. 1961 II, p. 1119; BGBl. 1962 II, p. 12.

mentales sobre el uso del espacio aéreo. En el caso de los derechos de transporte y sobrevuelo establecidos contractualmente en el marco de la aviación civil, hay que distinguir entre los servicios aéreos regulares y el resto de la aviación civil (que a su vez se subdivide en servicios de pago y no de pago). En el contexto del tráfico aéreo regular internacional (comercial), se habla de las llamadas "cinco libertades del aire":

- a. el derecho a sobrevolar el territorio de otro Estado sin aterrizar,
- b. el derecho a aterrizar en un Estado con fines no comerciales,
- c. el derecho a dejar pasajeros, carga y correo del estado de origen de la aeronave en otro Estado,
- d. el derecho a recoger pasajeros, carga y correo en un Estado para transportarlos al Estado de origen de la aeronave,
- e. el derecho a recoger pasajeros, carga y correo en un Estado para dejarlos en un tercer Estado o a dejar pasajeros, carga y correo procedentes de un tercer Estado en otro Estado.

13 El Convenio de Chicago sobre Aviación Civil Internacional de 1944⁴³⁹ sirve para facilitar el tráfico aéreo internacional. El Convenio sólo prevé derechos de entrada y sobrevuelo para los vuelos no regulares (artículo 5). Para los vuelos regulares, el convenio mantiene el requisito de autorización previa, sujeto a acuerdos especiales (artículo 6). La concesión recíproca de derechos de sobrevuelo y aterrizaje se rige por los dos acuerdos complementarios de 1944: el Acuerdo sobre Tránsito Aéreo Internacional⁴⁴⁰ y el Acuerdo sobre Transporte Internacional.⁴⁴¹

En la práctica, la concesión de libertades aéreas para el tráfico aéreo operativo y regular depende de acuerdos bilaterales. En 1946, EE.UU. y Reino Unido concluyeron un acuerdo bilateral de transporte aéreo ("Acuerdo de las Bermudas"), que posteriormente sirvió de modelo para otros numerosos acuerdos de transporte aéreo. Estos acuerdos se refieren principalmente a la regulación de los derechos concedidos a las aeronaves de un Estado por el otro. La atención se centra en los acuerdos sobre el establecimiento de compañías aéreas y la utilización asociada del espacio aéreo y los aeropuertos con reglamentos sobre franjas horarias para despegues y aterrizajes ("*franjas horarias*"). En el caso de la Unión Europea y Estados Unidos, el acuerdo de "cielos abiertos" de 2007⁴⁴² regula los derechos de tráfico aéreo de las compañías aéreas de las partes contratantes. Este acuerdo sustituye a los acuerdos bilaterales de transporte aéreo. Permite a cualquier compañía aérea de la Unión Europea y de EE.UU. volar a cualquier ciudad del territorio de las partes contratantes sin restricciones (artículo 3). Se aplican disposiciones especiales al control necesario de una compañía aérea por parte de EE.UU., un Estado miembro de la UE o sus nacionales (artículo 5, Anexo 4).

439 UNTS 15, p. 295; Gaceta de Derecho Federal 1971 II, p. 985; Gaceta de Derecho Federal 1972 II, p. 257; Gaceta de Derecho Federal 1978 II, p. 500; Gaceta de Derecho Federal 1983 II, p. 763; véase *L. Tomas*, Convenio de Chicago (1944), en: R. Wolfrum (ed.), MPEPIL, Vol. II, 2012, p. 117 y ss.

440 UNTS 84, p. 389; BGBl. 1956 II, p. 442.

441 UNTS 171, P. 387.

442 ILM 46 (2007), P. 467.

- 14** El Convenio de Chicago creó la Organización de Aviación Civil Internacional (*Organización de Aviación Civil Internacional*, OACI) (artículo 43 y siguientes del Convenio). La OACI es una organización especializada de las Naciones Unidas para todos los asuntos relacionados con la aviación civil. Su tarea consiste en desarrollar la aviación civil internacional, especialmente en lo que se refiere a las normas de seguridad y a la eficacia económica del transporte aéreo.
- 15** El derecho privado de la aviación se rige por una extensa red de convenios internacionales. El Convenio de Varsovia para la Unificación de Ciertas Reglas Relativas al Transporte Aéreo Internacional de 1929,⁴⁴³ que se aplica a la mayoría de los países, es de especial importancia para el derecho internacional del transporte aéreo de mercancías. El Convenio de Varsovia cubre todo el transporte internacional de mercancías por vía aérea a cambio de una remuneración (Artículo 1, apdo. 1). Representa uno de los intentos más exitosos de armonización jurídica. Sin embargo, no es una regulación exhaustiva del transporte contractual de mercancías por vía aérea, sino que sólo se aplica a ámbitos especialmente importantes como la responsabilidad de la compañía aérea. El acuerdo también contiene disposiciones sobre jurisdicción internacional. De los acuerdos que modifican y complementan el Convenio, el Protocolo de Enmienda de La Haya de 1955⁴⁴⁴ es especialmente importante. Sin embargo, varios Estados miembros del Convenio de Varsovia no han ratificado este Protocolo de Enmienda. El Convenio de Varsovia está complementado por el Convenio adicional para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional efectuado por un transportista distinto del transportista contratante de 1961 (Convenio de Guadalajara).⁴⁴⁵ La Asociación de Transporte Aéreo Internacional (IATA) desempeña un papel importante en la práctica del transporte aéreo. Las principales compañías aéreas han unido sus fuerzas en esta organización internacional no gubernamental para lograr una estructura tarifaria uniforme y normalizar las condiciones generales de los contratos de transporte.
- 16** En el ámbito del derecho del transporte marítimo, el Convenio Internacional para la Normalización de las Reglas en Materia de Conocimientos de Embarque de 1924⁴⁴⁶ (las llamadas "Reglas de La Haya") sirve para armonizar aspectos importantes del contrato de transporte marítimo. El conocimiento de embarque es un título valor con el que el transportista certifica la recepción de las mercancías transportadas y se compromete a entregarlas al destinatario legítimo por el documento. Es el documento más importante del derecho del transporte marítimo. Las enmiendas a las Reglas de La Haya se recogen en un protocolo de enmienda de 1968 ("*Visby-Rules*").
- 17** Existen disposiciones individuales para el llamado transporte multimodal, es decir, el transporte de mercancías utilizando diferentes medios de transporte, en varios acuerdos. El Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Multimodal Internacional de Mercancías de 1980⁴⁴⁷ sólo ha sido ratificado hasta ahora por unos pocos países.

443 LNTS 137, p. 1; RGBl. 1933 II, p. 1039.

444 UNTS 478, p. 371; BGBl. 1958 II, p. 312

445 UNTS 500, p. 31; BGBl. 1963 II, p. 1159; también están los Protocolos de Enmienda de Guatemala y Montreal.

446 RGBl. 1939 II, p. 1049.

447 TransportR 1981, p. 67.

3. Seguros

Literatura:

J. Richter, Internationales Versicherungsvertragsrecht, 1980; *A. Ronen*, Economics of Insurance Law - A Primer, CILJ, 19; *W.-H. Roth*, Internationales Versicherungsvertragsrecht, 1985; *A. K. Schnyder*, Europäisches Banken- und Versicherungsrecht, 2005.

- 18** En el ámbito del derecho de seguros hasta ahora sólo se ha logrado una armonización significativa de las disposiciones sobre derecho contractual y supervisión estatal de los seguros dentro de la Unión Europea. El derecho derivado de la UE se basa en las disposiciones sobre la libertad de establecimiento (artículo 53 (2) TFUE) y la libre prestación de servicios (artículo 62 TFUE). La realización de un mercado interior uniforme para los servicios de seguros ha resultado ser tan laboriosa como importante debido a las normativas, a veces muy diferentes, en materia de derecho civil, de competencia y de supervisión en los Estados miembros.
- 19** Durante mucho tiempo, las compañías de seguros de la Unión Europea sortearon los obstáculos existentes a la prestación transfronteriza de servicios prestando servicios de seguros a través de sus propias sucursales extranjeras. Por este motivo, la libertad de establecimiento eclipsó inicialmente durante mucho tiempo la importancia de la libertad de prestación de servicios en el sector de los seguros. En muchos casos, la legislación de supervisión de seguros de los Estados miembros estandarizó un requisito de establecimiento para las compañías de seguros extranjeras. Esto daba lugar a la aplicabilidad de la legislación nacional a los contratos de seguros; la cuestión de la ley aplicable no se planteaba a este respecto. Una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en 1986 sobre la obligación de establecimiento para las pólizas de seguro directo en virtud de la legislación alemana supuso un movimiento a favor de una mayor armonización y liberalización.⁴⁴⁸

El TJUE consideró que la obligación de tener una sucursal (salvo algunas excepciones, como en el caso de los seguros obligatorios) constituía una violación de la libre prestación de servicios. En consecuencia, las aseguradoras de otros Estados miembros pueden ahora ofrecer sus servicios en Alemania incluso sin contar con un establecimiento en el país. Con esta jurisprudencia, la armonización de la ley de supervisión de seguros y el conflicto de leyes ha cobrado especial actualidad.

- 20** Un gran número de directivas del Consejo sirven para armonizar la legislación sobre seguros.⁴⁴⁹ Además de las Directivas 73/240/CEE (supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento), 78/473/CEE (coaseguro a escala comunitaria) y 87/344/CEE (seguro de defensa jurídica), reviste especial importancia la Directiva 73/239/CEE sobre el acceso a la actividad de seguro y su ejercicio. Desde entonces ha sufrido varias modificaciones.⁴⁵⁰ En este contexto, cabe destacar especialmente la segunda Directiva del Consejo, de 22 de junio de 1988, sobre

448 TJCE, asunto 205/84, EU:C:1986 : 463 - *Comisión contra Alemania*.

449 Para una visión general, véase *A. K. Schnyder*, Europäisches Versicherungs- und Bankenrecht, 2005, p. 11 y ss.

450 Directivas 84/641/CEE (asistencia turística), 87/343/CEE (seguro de crédito y caución), 88/357/CEE (ejercicio de la libre prestación de servicios), 2002/13/CE (margen de solvencia de las empresas de seguros distintos del seguro de vida), 90/618/CEE (seguro de responsabilidad civil de vehículos automóviles), 92/49/CEE (coordinación de las legislaciones sobre seguro directo), 95/26/CE (supervisión reforzada) y 2000/64/CE (intercambio de información con terceros países).

coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios y por la que se modifica la Directiva 73/239/CEE.⁴⁵¹ La Directiva establece normas de conflicto de leyes uniformes (Artículo 7 y 8) y contribuye así de forma significativa a la normalización del derecho internacional privado de los contratos de seguros. En consecuencia, se aplica principalmente la ley del país en el que el tomador del seguro tiene su residencia habitual y en el que se sitúa el riesgo asegurado (artículo 7). Si la residencia habitual del tomador del seguro y la ubicación del riesgo remiten a sistemas jurídicos diferentes, es posible una elección de ley por las partes (artículo 7 párr. 1 *lit. a y lit. b*). A falta de elección de la ley por las partes, se aplica en principio la ley del país con el que la relación contractual tenga una vinculación más estrecha; en este caso, se aplica una presunción a favor del país en el que se localiza el riesgo (artículo 7 apdo. 1 *lit. h*). El artículo 7 apdo. 2 de la Directiva CEE 88/357 permite a los Estados miembros aplicar una conexión especial a pesar de la elección de la ley por las partes y aplicar aquellas disposiciones "que regulen la situación sin tener en cuenta la ley aplicable". La Directiva 2002/83/CE sobre el seguro de vida contiene normas especiales de conflicto de leyes⁴⁵² (artículo 32).

- 21** Las directivas de tercera generación para los seguros no de vida y de vida representaron un paso importante hacia la realización del mercado interior de seguros.⁴⁵³ Entretanto, las directivas para los seguros de vida se han fusionado y desarrollado en la Directiva 2002/83/CE sobre el seguro de vida⁴⁵⁴. El principio básico es la autorización única por parte del Estado de origen. En consecuencia, las autoridades del Estado de origen son responsables de la autorización de una empresa de seguros y de la supervisión posterior de sus actividades sobre la base de normas armonizadas (Artículo 6 de la Directiva 73/239/CEE sobre el seguro no de vida; artículo 4 y siguientes, 10 y siguientes de la Directiva 2002/83/CE sobre el seguro de vida). La autorización concedida a una empresa de seguros en un Estado miembro es efectiva para toda la Unión Europea. Esta concentración de la supervisión de las actividades de seguros en toda la UE en una sola autoridad nacional aumenta la responsabilidad de los Estados miembros y sus organismos.
- 22** En vista de esta facilitación del acceso a todo el mercado interior de seguros (el segundo mayor mercado de seguros del mundo después del norteamericano), se plantea la cuestión del acceso al mercado de las compañías de terceros países (véase, por ejemplo, el artículo 51 y siguientes de la Directiva 2002/83/CE sobre el seguro de vida). Una compañía de seguros de un tercer país sólo tiene pleno acceso al mercado interior si establece una filial en un Estado miembro y ésta puede operar en toda la UE mediante una autorización única. Para las compañías de terceros países que sólo deseen establecer una sucursal o una agencia, el Estado miembro de acogida respectivo puede conceder la autorización a su discreción en determinadas condiciones; no existe ningún derecho a la autorización. Estas disposiciones pueden desviarse en el marco de un acuerdo entre la UE y terceros países en el sentido de una obligación de obtener autorización.

El artículo 7 del Reglamento (CE) n° 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales ("Roma I") contiene disposiciones para los contratos de seguros que cubren grandes riesgos o riesgos localizados en el territorio de los Estados miembros de la UE.

451 Directiva 88/357/CEE, DO 1988 L 172/1.

452 DO 2002 L 345/1.

453 Véase, por ejemplo, la Directiva 92/49/CEE sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE (tercera Directiva de seguros distintos del seguro de vida), DO 1992 L 228/1.

454 DO 2002 L 345/1.

23 El proyecto legislativo "Solvencia II" (directiva marco y disposiciones de aplicación) pretende estabilizar de forma duradera el sector de los seguros y armonizar plenamente la legislación de supervisión de los seguros a escala de la UE.⁴⁵⁵ Al igual que el endurecimiento de las normas de adecuación del capital para los bancos, "Solvencia II" se basa en un modelo de tres pilares:

- Pilar 1: requisitos cuantitativos más estrictos para los fondos propios,
- Pilar 2: requisitos cualitativos para la gestión de riesgos e instrumentos reguladores, y
- Pilar 3: Transparencia del mercado mediante obligaciones de publicación frente a las autoridades supervisoras y los participantes en el mercado.

4. Banca y protección de los inversores

Literatura:

J.-H. Binder/C. V. Gortsos, The European Banking Union: A Compendium, 2016; *D. Busch/E. Avgouleas/G. Ferrarini*, Capital Markets Union in Europe, 2018; *P. Derleder/K.-O. Knops/H. G. Bamberger*, Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2.^a ed. 2009; *I. Erturk*, The Routledge Companion to Banking Regulation and Reform, 2016; *M. Giovanoli*, The Reform of the International Financial Architecture after the Global Crisis, 42 NYUJIntlL&Pol (2009-2010), p. 81 y ss.; *W. Groß*, Kapitalmarktrecht, 8.^a ed., 2021. ed. 2021; *H. Hartig*, Die Befugnisse von EZB und ESRB auf dem Gebiet der Finanzsystemstabilität, EuZW 2012, p. 775 ¶§; *A. Haynes*, The Law Relating to International Banking, 2010; *M. Herdegen*, Europäische Bankenunion: Wege zu einer einheitlichen Bankenaufsicht, WM 2012, p. 1889 y ss.; *A. Kämmerer*, ¿Bahn frei der Bankenunion? Die neuen Aufsichtsbefugnisse der EZB im Lichte der EU-Kompetenzordnung, NVwZ 2013, p. 830 ¶§; *N. Kohtamäki*, Die Reform der Bankenaufsicht in der Europäischen Union, 2012; *N. Moloney*, EU Securities and Financial Markets Regulation, 2014; *D. Mügge* (eds), Europe and the Governance of Global Finance, 2014; *C. Proctor*, The Law and Practice of International Banking, 2^a ed. 2015; *H. Schulte-Mattler/T. Manns*, CRD IV regulatory package to strengthen the resilience of the banking sector, WM 2011, p. 2069 y ss.; *H. S. Scott/A. Gelpern*, International Finance: Law and Regulation, 3.^a ed. 2012; *M. Wundenberg*, Europäisches Bankenaufsichtsrecht, 2022.

24 Para los bancos en particular, la oferta de servicios en el extranjero desempeña un papel clave en su competitividad internacional. Las transacciones bancarias transfronterizas no han dejado de aumentar en diversidad. Se extienden mucho más allá del negocio de los préstamos internacionales y de la financiación del comercio exterior, que todavía pueden gestionar los bancos corresponsales. Además del negocio de depósitos, incluyen la ejecución de pagos sin efectivo y transacciones de facturas (negocio de giros), la administración y custodia de valores (negocio de custodia) y la "compra" de letras de cambio o cheques (negocio de descuento). Un papel importante en el comercio exterior lo desempeñan las cartas de crédito documentarias, en virtud de las cuales un banco asume la obligación de pagar el precio de compra al vendedor simultáneamente contra el documento que representa la mercancía exportada (o contra otros documentos). Como norma general, se utilizan las "Reglas y Usos Uniformes para Créditos Documentarios ERA 600" de la CCI⁴⁵⁶ como términos y condiciones generales.⁴⁵⁷

455 Véase *M. Dreher/M. Lange*, La plena armonización de la supervisión de seguros a través de Solvencia II, VersR 2011, p. 825

456 Cámara de Comercio Internacional, Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios (RUU) (Revisión de 2007) Publicación n° 600.

457 Véase en general *J. Nielsen*, Guidelines for Documentary Credits, 3^a ed. 2008.

- 25** Cualquier regulación internacional debe hacer justicia a la posición prominente del sector bancario en el proceso económico general. El papel del sistema bancario como prestamista está estrechamente vinculado a las exigencias de la economía real. Un sistema bancario estable es de vital importancia para el desarrollo económico. La crisis financiera internacional que comenzó en 2007 ha agudizado sobre todo la conciencia sobre la "relevancia sistémica" de las instituciones individuales y los efectos de las interdependencias transfronterizas en los mercados de capitales, pero también sobre las normas adecuadas para los fondos propios de los bancos y su gestión del riesgo.
- 26** Los requisitos legales para el establecimiento de bancos y la autorización de transacciones bancarias están regulados de forma diferente en cada país. Existe una considerable necesidad de coordinación a nivel internacional. En 2008, la crisis financiera mundial dio especial urgencia a los esfuerzos por alcanzar un acuerdo sobre las normas de supervisión del sector financiero y la cooperación transfronteriza.
- 27** El Banco de Pagos Internacionales (BPI) desempeña un papel central en la arquitectura financiera internacional.⁴⁵⁸
- El BPI, fundado como sociedad anónima de derecho suizo con sede en Basilea y con un estatuto especial de derecho internacional (acuerdo de sede con Suiza), cuenta con el apoyo de los bancos centrales de numerosos países europeos y no europeos (incluidos los países industrializados más importantes). Por ejemplo, apoya a los bancos centrales mediante la concesión de préstamos ("Banco para los Bancos Centrales"). Además, el BPI concede préstamos puente hasta que los concedan el Fondo Monetario Internacional y el Grupo del Banco Mundial. Además, el BPI opera como un banco comercial normal.
- 28** El Comité de Supervisión Bancaria de Basilea tiene su sede en el BPI. Se trata de una cooperación informal de los gobernadores de los bancos centrales y los presidentes de las autoridades de supervisión bancaria del G-10⁴⁵⁹ así como de Argentina, Australia, Brasil, China, Hong Kong, India, Indonesia, Luxemburgo, México, Rusia, Arabia Saudí, Singapur, Sudáfrica, Corea del Sur, España, Turquía y la Unión Europea. El BPI también contribuye al desarrollo de la supervisión bancaria internacional presentando propuestas. En este marco se creó el llamado "Concordato de Basilea" de 1975 (revisado en 1983).⁴⁶⁰ Se trata de un acuerdo sobre la supervisión de las filiales extranjeras de las entidades de crédito. Según este acuerdo, las autoridades supervisoras del país matriz son las principales responsables de controlar la solvencia de las sucursales. En el caso de las filiales, se prevé una supervisión conjunta por parte de las autoridades del país de acogida y del país de origen.
- 29** Los acuerdos elaborados por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea sobre los préstamos concedidos por los bancos (Acuerdos de Basilea) tienen una gran importancia práctica. Estos acuerdos no son vinculantes en virtud del derecho internacional. Sin embargo, las recomendaciones que contienen influyen directamente en la legislación de un gran número de países. En

458 M. Jacob, Banco de Pagos Internacionales (BPI), en: R. Wolfrum (ed.), MPEPIL, Vol. I, 2012, p. 821 y ss.

459 Véase más arriba, § 4, párrafo 53.

460 Texto reimpresso en: ZIP 1983, p. 1145; ILM 22 (1983), p. 901. Sobre las deficiencias de la supervisión bancaria internacional de las instituciones financieras que operan a escala mundial en relación con el caso del *Banco de Crédito y Comercio Internacional R. Dale*, Banking Regulation after BCCI, Journal of International Banking Law 1993, p. 8 y ss.

sus estatutos de la primavera de 2013, el Comité de Basilea destaca su papel como "principal organismo normativo mundial para la regulación prudencial de los bancos" y como "foro de cooperación en materia de supervisión bancaria".⁴⁶¹

30 El Acuerdo de Capital de Basilea de 1988 (*Acuerdo de Capital de Basilea*, Basilea I) ha sido adoptado por más de 100 países y por la Unión Europea (con la Directiva de Adecuación del Capital y la Directiva de Solvencia). Según "Basilea I", las entidades de crédito deben respaldar al menos el 8 % del volumen de crédito con fondos propios como garantía frente a los riesgos de impago y de mercado. En junio de 2004, el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea adoptó el nuevo Acuerdo de Capital de Basilea (Basilea II), tras profundos debates y estudios sobre el impacto de las normas de adecuación del capital consideradas⁴⁶². "Basilea II" establece una mayor diferenciación en función de los riesgos específicos que entrañan los préstamos (en particular, la solvencia del prestatario) y también responde al desarrollo de nuevos instrumentos financieros.⁴⁶³ Las normas de Basilea II se endurecieron entre 2009 y 2011.

31 Las normas de "Basilea II" se basan en tres "pilares":

- Requisitos mínimos de capital (*requisitos mínimos de capital*) en función de la solvencia individual del deudor y del riesgo de impago,
- Un proceso de revisión supervisora (*proceso de revisión supervisora*) con procedimientos internos y reglamentarios para determinar la capitalización adecuada, y
- Disciplina de mercado (*disciplina de mercado*) mediante la publicación de información sobre la estructura de capital y los riesgos asumidos por las entidades de crédito.

La mayor relevancia de la solvencia del prestatario individual se refleja directamente en el tipo de interés específico del respectivo préstamo.

32 Las normas provisionales sobre la adecuación del capital en el sector bancario ("Basilea III")⁴⁶⁴ se elaboraron en septiembre de 2010 en respuesta a la crisis financiera desencadenada en 2007 y al problema de la insuficiente provisión para riesgos debido a la falta de fondos propios de alta calidad. Las normas de Basilea III se finalizaron y endurecieron aún más en 2017 (Basilea IV).⁴⁶⁵ También incluyen una norma internacional mínima para la provisión de liquidez (*ratio de cobertura de liquidez y normas de seguimiento del riesgo de liquidez*). Las normas de Basilea III endurecen los requisitos mínimos de capital para los bancos. El segmento de "capital básico duro" (*core tier*), que asciende al 7% de los activos ponderados en función del riesgo,

461 https://www.bis.org/bcbs/charter_de.pdf (consultado el 03 de enero de 2022).

462 *Comité de Supervisión Bancaria de Basilea*, Convergencia internacional de la evaluación de la adecuación del capital y los requisitos de capital (Acuerdo marco revisado), junio de 2004; véase *Deloitte* (ed.), *Basel II - Handbuch zur Umsetzung des neuen Bankenaufsichtsrechts*, 2005; *Jungmichel*, *Basel II und die möglichen Folgen*, WM 2003, p. 1201 y ss.; *T. Volkenner/K.-F. Walter*, *Die Endfassung der neuen Baseler Eigenkapitalvereinbarung (Basel II)*, DStR 2004, p. 1399 y ss.

463 *Comité de Supervisión Bancaria de Basilea*, *Overview of the New Basel Capital Accord*, enero de 2001.

464 http://www.bis.org/press/p100912_de.pdf (consultado el 03 de enero de 2022).

465 Deutsche Bundesbank, Informe mensual de enero de 2018, p. 77 y ss.

se ha introducido recientemente como elemento del capital propio obligatorio. Existen 14 criterios para su categorización como capital básico; entre ellos se incluye, en particular, que en caso de liquidación, el instrumento de capital respectivo debe constituir el crédito más subordinado de la institución y que debe ser entregado sin límite de tiempo y sólo reembolsado en caso de liquidación. La capitalización exigida por las normas de Basilea III asciende al 10,5% de los activos ponderados en función del riesgo. Estas nuevas normas de capital deben aplicarse gradualmente de aquí a 2019.

Un problema sin resolver de las normas de adecuación del capital de Basilea es que el riesgo de impago de los bonos del Estado se reconoce como cero y, debido a esta ponderación cero, los bancos no tienen que mostrar ningún capital para dichos bonos. Esto, a su vez, repercute en los tipos de interés de los bonos del Estado y fomenta los riesgos de agrupación en los bancos.

- 33** En la Unión Europea se ha logrado una amplia armonización de la legislación en materia de supervisión bancaria con el objetivo de liberalizar el mercado bancario.⁴⁶⁶ La regulación del inicio de actividades y la supervisión de las entidades de crédito es de vital importancia para la realización de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios en virtud del TFUE. Las disposiciones clave de la Directiva bancaria 2006/48/CE⁴⁶⁷ y de la Directiva sobre requisitos de capital 2006/49/CE⁴⁶⁸ fueron sustituidas el 1 de enero de 2014 por una combinación de la directiva⁴⁶⁹ y el reglamento⁴⁷⁰ (DRC IV/RRC - Directiva sobre requisitos de capital IV/Reglamento sobre requisitos de capital). El nuevo paquete normativo de la DRC IV y el RRC tiene como objetivo aplicar las normas de Basilea III en la legislación de la UE y armonizar los requisitos de capital. El aumento de los requisitos de capital pretende permitir a los bancos compensar las pérdidas inesperadas. En comparación con la normativa anterior, el paquete regulador de la UE endurece los requisitos tanto para la cantidad como para la calidad del capital propio. Los requisitos de capital aumentan en proporción a los riesgos inherentes a los activos.
- 34** Se mantiene el principio de una autorización única de las entidades de crédito (sobre la base de condiciones armonizadas) (véanse los arts. 8 y siguientes de la DRC IV). Las entidades de crédito autorizadas en un Estado miembro pueden llevar a cabo las actividades bancarias descritas con más detalle en la Directiva en cualquier otro Estado miembro, tanto a través de sucursales como mediante la prestación de servicios (Artículo 33 ¹⁸). La supervisión por parte del Estado miembro en el que la entidad tiene su domicilio social (Estado miembro de origen) se extiende, en principio, a todas las actividades bancarias de la entidad en toda la Unión (Artículo 49). El Estado miembro de acogida conserva la responsabilidad de supervisar la liquidez en cooperación con el Estado miembro de origen (Artículo 156, apdo. 1), así como la plena responsabilidad de las medidas de política monetaria, incluso contra las sucursales de bancos

466 Para una visión general de los reglamentos y directivas sobre la legislación bancaria europea, véase *J.-H. Binder/C. Gortsos*, *La Unión Bancaria Europea*, 2016.

467 DO 2006 L 177/1; derogada por la Directiva 2013/36/UE de 26 de junio de 2013, DO 2013 L 176/338.

468 DO 2006 L 177/201; derogada por la Directiva 2013/36/UE de 26 de junio de 2013, DO 2013 L 176/338.

469 Directiva 2013/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a la supervisión prudencial de las entidades de crédito y las empresas de inversión, por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE y se derogan las Directivas 2006/48/CE y 2006/49/CE, DO 2013 L 176/338.

470 Reglamento (UE) 575/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los requisitos prudenciales de las entidades de crédito y las empresas de inversión y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 646/2012, DO 2013 L 176/1.

extranjeros (Artículo 156, apdo. 2). A diferencia de las sucursales de bancos domiciliados en la Unión, las filiales jurídicamente independientes están sujetas a la supervisión del Estado de origen respectivo. Sin embargo, la supervisión de las entidades de crédito que pertenecen a un grupo de empresas se lleva a cabo sobre una base consolidada con el fin de coordinar la recopilación de información, las actividades de supervisión y la cooperación con las autoridades responsables de las filiales (Artículo 111 y siguientes). La autoridad responsable de la sociedad matriz y, por tanto, de todo el grupo (autoridad de supervisión consolidada) trabaja conjuntamente con las autoridades responsables de las entidades de crédito individuales (filiales) sobre una base individual.

35 El principio rector de la normativa CRD IV/CRR es la creación de un mecanismo eficaz de provisión de riesgos. La DRC IV y el RRC van más allá de la mera aplicación de Basilea III en aspectos clave. Mientras que las normas de Basilea III sólo son aplicables a los bancos con actividad internacional, la autorización uniforme de las entidades de crédito en toda la UE obliga a aplicar las normas a todas las entidades de crédito europeas. El Reglamento CR crea un marco normativo uniforme con ayuda del cual se estandariza el derecho sustantivo de supervisión bancaria ("Single Rule Book"). La legislación sobre requisitos de capital está dividida: La Directiva RRC IV deja a las autoridades nacionales competentes un margen de maniobra en lo que respecta a los procedimientos que rigen el acceso a la actividad de capital. El Reglamento CRR, como reglamento de efecto directo, logra la máxima armonización. Se limitan los poderes discrecionales nacionales. Con ello se pretende aumentar la seguridad jurídica y evitar incoherencias normativas en el mosaico reglamentario existente hasta ahora. Además de regular la cooperación en materia de supervisión, se formularán nuevas normas de adecuación del capital. El Reglamento CR establece requisitos para los fondos propios, normas sobre grandes riesgos, requisitos de liquidez y obligaciones de información y divulgación (Artículo 1). Además de un mayor coeficiente de capital básico, el reglamento introduce un "colchón de capital anticíclico" y requisitos de capital adicionales para los bancos de importancia sistémica. Por otra parte, el aumento de la transparencia con respecto a los beneficios, los impuestos y las sucursales en otros Estados miembros pretende reforzar la alicaída confianza del público en el sector bancario.

36 La Unión Europea ha creado una compleja estructura de supervisión de los mercados financieros.⁴⁷¹ En el Sistema Europeo de *Supervisores Financieros* (*European System of Financial Supervisors* - ESFS), las autoridades europeas colaboran con las autoridades nacionales para supervisar las entidades de crédito, las compañías de seguros y las sociedades de valores:

- La Autoridad Bancaria Europea (*Autoridad Bancaria Europea* - EBA -),
- La Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación (*Autoridad Europea de Seguros y Pensiones de Jubilación* - EIOPA -) y
- La Autoridad Europea de Valores y Mercados (*Autoridad Europea de Valores y Mercados* - ESA -).

⁴⁷¹ Véase, por ejemplo, el Reglamento (UE) nº 1093/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea una Autoridad Europea de Supervisión (Autoridad Bancaria Europea), DO 2010 L 331/12; sobre las nuevas estructuras de supervisión, N. Moloney, EU Financial Market Regulation after the Global Financial Crisis: "More Europe" or More Risk?, CMLRev. 47 (2010), p. 1317 y ss.; sobre las cuestiones fundamentales de la supervisión bancaria en la Unión Europea, M. Herdegen, Bankenaufsicht im Europäischen Verbund/Supervisión bancaria en la Unión Europea, 2010.

Las nuevas autoridades europeas de supervisión deciden sobre las divergencias entre las autoridades nacionales y desempeñan un papel importante en la concretización de las normas de la directiva.

- 37** Además de las normas materiales armonizadas a través del "código normativo único", la Unión Europea está estableciendo gradualmente una "Unión Bancaria Europea" con una nueva estructura institucional para el sector bancario de la eurozona (con la opción de que otros Estados miembros se adhieran). Esto incluye una supervisión uniforme por parte del Banco Central Europeo, especialmente para los bancos de importancia sistémica (*Mecanismo Único de Supervisión, MUS*)⁴⁷² y un mecanismo uniforme de reestructuración y resolución (*Mecanismo Único de Resolución*)⁴⁷³. Estos nuevos avances están alcanzando los límites de las competencias de la Unión Europea.

La ampliación del Banco Central Europeo como autoridad única de supervisión de los bancos importantes ha suscitado serias preocupaciones.⁴⁷⁴ El TFUE (Artículo 127 párrafo 6) no proporciona una base competencial suficiente para ello. Además, las precauciones institucionales para garantizar la independencia del BCE están determinadas únicamente por su mandato de política monetaria con la obligación de garantizar la estabilidad de los precios y no pueden ampliarse arbitrariamente a otras funciones delegadas con auténticos poderes de intervención.

- 38** En el ámbito de la protección de los inversores, se ha logrado una armonización considerable en la admisión a cotización de valores, la regulación de las denominadas "operaciones con información privilegiada" y la distribución de participaciones en fondos de inversión.⁴⁷⁵ La Directiva 2014/65/UE (MiFID II) reviste una importancia fundamental para la negociación de valores, incluidos los nuevos instrumentos financieros.⁴⁷⁶ Esta directiva se complementa con el Reglamento (UE) n° 600/2014 (MiFIR).⁴⁷⁷ La MiFID II regula la negociación de valores mobiliarios y otros instrumentos financieros como los instrumentos del mercado monetario, las participaciones en organismos de inversión colectiva, las opciones y los contratos de futuros. El principio fundamental es la supervisión por parte del Estado miembro de origen sobre la base

472 Reglamento (UE) n° 1024/2013 del Consejo, de 15 de octubre de 2013, por el que se confieren funciones específicas al Banco Central Europeo en relación con políticas relativas a la supervisión prudencial de las entidades de crédito, DO 2013 L 287/63; Reglamento (UE) n° 468/2014 del Banco Central Europeo, de 16 de abril de 2014, por el que se establece un marco de cooperación entre el Banco Central Europeo y las autoridades nacionales competentes dentro del Mecanismo Único de Supervisión (Reglamento Marco del MUS), DO 2014 L 141/1, de abril de 2014 por el que se establece un marco de cooperación entre el Banco Central Europeo y las autoridades nacionales competentes dentro del Mecanismo Único de Supervisión (Reglamento marco del MUS), DO 2014 L 141/1; véase también *H. Berger*, Der einheitliche Aufsichtsmechanismus (SSM) - Bankenaufsicht im europäischen Verbund, WM 2015, p. 501 y ss.

473 Reglamento (UE) n° 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y determinadas empresas de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y por el que se modifica el Reglamento (UE) n° 1093/2010, DO 2014 L 225/1; véase también *C. Calliess/C. Schoenfleisch*, La unión bancaria, el MEDE y la recapitalización de los bancos, JZ 2015, p. 113 y ss. (119 y ss.); *K.-P. Wojcik/J. Ceysens*, Der einheitliche EU-Bankenabwicklungsmechanismus: Vollendung der Bankenunion, Schutz des Steuerzahlers, EuZW 2014, p. 893 ss.; *G. S. Zavvos/S. Katsouni*, The Single Resolution Mechanism in the European Banking Union: Legal foundation, governance structure and financing, en: M. Haentjens/B. Wessels (eds.), Research Handbook on Crisis Management in the Banking Sector, 2015, p. 117 y ss.

474 A este respecto, *M. Herdegen*, WM 2012, p. 1889 y ss. (1893 ss.); *J. A. Kämmerer*, NVwZ 2013, p. 830 y ss.; *C. Waldhoff/P. Dieterich*, EWS 2013, p. 72 y ss. (75).

475 Véase *M. Parmentier*, EuZW 2016, p. 45; *T. Pötzsch*, WM 2015, p. 357.

476 DO 2014, L 173/349.

477 DO 2014, L 173/84.

de condiciones de autorización armonizadas (Artículo 5 y ss., 21 y ss.). La Directiva 2014/49/UE tiene por objeto establecer una norma a escala de la UE para los sistemas nacionales de garantía de depósitos.⁴⁷⁸

El sistema europeo de seguro de depósitos previsto por la Comisión Europea es objeto de un controvertido debate.⁴⁷⁹ Por un lado, están los Estados que ven en la comunitarización del capital de protección y en un mecanismo de cobertura para toda la zona euro una importante contribución a la estabilidad de los mercados financieros. Por otro lado, están los Estados que temen la distorsión de las diferencias de riesgo y cuya voluntad de solidaridad se ha erosionado en gran medida.

- 39** Para la valoración de derecho privado de las transacciones bancarias, sigue siendo decisivo el respectivo conflicto de leyes del Estado del foro. Dentro de la Unión Europea, debe observarse el Artículo 4 del Reglamento CE nº 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales ("*Roma I*")⁴⁸⁰. Por regla general, la ley aplicable se basa en el lugar donde se presta el servicio bancario como objeto relevante del contrato (véase el artículo 4 (2) del Reglamento). Surgen particularidades en el caso de relaciones contractuales que comprenden varias transacciones individuales. El derecho contractual para las transacciones bancarias está ampliamente armonizado en la Unión Europea.⁴⁸¹ Esto se aplica, por ejemplo, a los contratos de crédito al consumo,⁴⁸² la venta a distancia de servicios financieros⁴⁸³ y los servicios de pago.⁴⁸⁴ De relevancia para las transacciones bancarias son las normativas sobre divisas, cuyo cumplimiento se exige en particular por la disposición del artículo VIII sección 2 *lit. b* del Acuerdo sobre el Fondo Monetario Internacional.
- 40** Los conflictos normativos en la aplicación extraterritorial de la ley pueden surgir en relación con el secreto bancario cuando se trata de hacer cumplir las obligaciones de divulgación en el extranjero.⁴⁸⁵ Los acuerdos internacionales sobre asistencia administrativa proporcionan una estrecha base para la cooperación intergubernamental. Por ejemplo, el convenio de doble imposición entre Suiza y EE.UU. estipula la obligación de proporcionar información "para la prevención de delitos de fraude y similares que estén relacionados con un impuesto cubierto por el convenio" (Artículo 26).⁴⁸⁶ El Tribunal Administrativo Federal suizo ha dictaminado que

478 DO 2014, L 173/149.

479 *M. Herdegen*, La propuesta de reglamento de la Comisión de la UE sobre la creación de un sistema europeo de seguro de depósitos: evaluación desde una perspectiva de derecho europeo y constitucional, WM 2016, p. 1857 y ss.; p. 1905 y ss.

480 Véase más arriba, § 13, 2.

481 Véase *H. Schimansky/H.-J. Bunte/H. J. Lwowski* (eds.), *Bankrechts-Handbuch*, 5ª ed. 2017, Sección 28 párr. 8 y ss.

482 Directiva 2008/48 relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102, DO 2008 L 133/66.

483 Directiva 2002/65 relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE, DO 2002 L 271/16.

484 Directiva (UE) 2015/2366 sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE, DO 2015 L 337/35.

485 Sobre el derecho a negarse a facilitar información en virtud de la legislación alemana en conflicto con las obligaciones de divulgación estadounidenses LG Kiel, IPRax 1984, p. 146; LG Kiel, IPRax 1984, p. 147; véase *U. Bosch*, *Das Bankengeheimnis im Konflikt zwischen US-Verfahrensrecht und deutschem Recht*, IPRax 1984, p. 127 y ss.

486 Véase en http://www.irs.gov/file_source/pub/irs-trty/swiss.pdf (consultado el 03 de enero de 2022).

los estrictos principios sobre asistencia jurídica mutua internacional también deben aplicarse al intercambio de información.⁴⁸⁷

- 41** En el marco de la OMC, el quinto protocolo del AGCS de 1998 creó las bases para una mayor liberalización de los servicios financieros.⁴⁸⁸ Esto implica diversas medidas para la liberalización del mercado. Entre las amplias medidas para facilitar el acceso al mercado se incluye la elevación de los límites (que varían de un país a otro) de las participaciones permitidas de bancos y compañías de seguros en empresas nacionales. EE.UU. (el país con el mayor mercado financiero) ha aceptado someterse al principio de la nación más favorecida para los servicios financieros.
- 42** Las agencias de calificación desempeñan un papel central en la evaluación de la solvencia de las instituciones deudoras; los mercados de capitales se guían por la categorización de las principales agencias de calificación. Las calificaciones van de AAA (solvencia especialmente alta) a D (insolvente). Las agencias de calificación son empresas privadas con ánimo de lucro; todas las principales agencias están afiliadas a empresas estadounidenses.⁴⁸⁹ En el ámbito de la Unión, el Reglamento de Calificación (CE) n° 1060/2009⁴⁹⁰ es fundamental. El artículo 14 exige el registro de las agencias. La Autoridad Europea de Valores y Mercados (AEVM) tiene la responsabilidad exclusiva del registro y la supervisión de las agencias de calificación crediticia desde 2011.⁴⁹¹
- 43** *La Sociedad para las Telecomunicaciones Financieras Interbancarias Mundiales (SWIFT)* es de suma importancia para las transacciones de pago internacionales. Esta organización con sede en Bélgica gestiona una red de comunicación mundial especialmente segura para el intercambio de información sobre transacciones financieras de forma estandarizada. Mientras que SWIFT proporciona la infraestructura técnica para la transmisión de mensajes a los bancos, las transferencias se contabilizan a través de sistemas de transacciones de pago o cuentas de corresponsalía que las instituciones implicadas en una transacción mantienen entre sí.

Tras la invasión rusa de Ucrania, los Estados occidentales decidieron desconectar a los bancos rusos de la red SWIFT, con excepciones para los pagos del sector energético, excluyendo así en gran medida a Rusia del acceso a los mercados internacionales de capitales. Esta medida ha golpeado duramente el presupuesto nacional y la economía de Rusia.

487 Tribunal Administrativo Federal Suizo, sentencia de 5 de abril de 2012, Ref. A-737/2012.

488 DO 1999 L 20/53; BGBl. 1999 II, p. 314.

489 Las agencias dominantes son *Standard & Poors, Moody's y Fitch*.

490 DO 2009, L 302/1.

491 Reglamento (UE) n° 513/2011 por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 1060/2009 sobre las agencias de calificación crediticia (Reglamento de modificación), DO L 145/30.

5. Servicios postales

Literatura:

P. Badura/T. von Danwitz/M. Herdegen/J. Sedemund/K. Stern, Beck'scher PostG-Kommentar, 2ª ed. 2004; R. Bratspies, Unión Postal Universal (UPU), en: R. Wolfrum (ed.), MPEPIL, vol. X, 2012, p. 576 y ss.; M. Burri-Nenova, Postal Communications, International Regulation, en: R. Wolfrum (ed.), MPEPIL, vol. VIII, 2012, p. 380 y ss.; R. Zhang, Liberalisation of Postal and Courier Services: ¿Listos para el reparto?" en: J Marchetti/M Roy (eds.) Opening Markets for Trade in Services; Countries and Sectors in Bilateral and WTO Negotiations, 2008.

- 44 La cooperación internacional en el tráfico postal y de telecomunicaciones se estableció muy pronto sobre la base del derecho internacional. La Unión Postal Universal (*Universal Postal Union*) se fundó en 1874⁴⁹² y es una organización especial de las Naciones Unidas desde el final de la Segunda Guerra Mundial. El sistema de tratados de la Unión Postal Universal incluye el Convenio Postal Universal, el Convenio relativo a los paquetes postales, el Convenio relativo a los giros postales y cheques de viaje y el Convenio relativo a las remesas postales. El término "administración postal" lo define cada Estado miembro por sí mismo en relación con los derechos y obligaciones derivados del Convenio Postal Universal (UPU) y de otros tratados de la UPU. Deutsche Post AG ejerce estos derechos y obligaciones en nombre de la República Federal de Alemania; otras empresas también pueden ser autorizadas a ejercer estos derechos y obligaciones contractuales previa solicitud (artículo 4 (1) frase 1 y (2) de la Ley Alemana de Aprobación de los Tratados de la Unión Postal Universal de 1999). El Convenio Postal Universal prevé los denominados "gastos terminales" para el transporte y la entrega de envíos procedentes del extranjero (artículo 47 y ss. del Convenio UPU de 1999). Varios proveedores europeos de servicios postales han concluido un acuerdo que aproxima los gastos terminales a las tarifas nacionales. Además, el derecho comercial mundial del AGCS contiene normas que también pueden aplicarse a los servicios postales.⁴⁹³

El aprovechamiento de las diferencias de precios en el sistema postal internacional puede plantear problemas particulares. Los diferentes precios de los servicios postales en cada uno de los Estados miembros de la Unión Postal Universal son la base del llamado "reenvío". La manifestación más importante de este fenómeno es el envío de envíos para destinatarios nacionales a una empresa postal extranjera por parte de remitentes masivos (el llamado "reenvío ABA"). Hay que distinguir entre, por un lado, la transferencia de envíos terminados al extranjero con posterior franqueo en el servicio postal extranjero (reenvío "físico") y, por otro, la transmisión de datos en formato electrónico a proveedores de servicios en el extranjero con posterior procesamiento en un envío escrito (reenvío "no físico"). El Convenio Postal Universal de 1999 contiene normas sobre la defensa contra los envíos que los remitentes nacionales entregan o hacen entregar a través de países extranjeros (artículo 43);⁴⁹⁴ esto incluye, por ejemplo, la posibilidad de exigir al remitente el pago de los gastos nacionales en determinadas condiciones (artículo 43 párrafo 3 UPU de 1999). Según la jurisprudencia del TJUE en el asunto *Deutsche Post AG*, la

492 Convenio Postal Universal en la versión de 1999, BGBl. 2002 II, p. 1446. Sobre los derechos y obligaciones derivados del Convenio Postal Universal, con más referencias. M. Herdegen, en: P. Badura/T. v. Danwitz/M. Herdegen/J. Sedemund/K. Stern (ed.), Beck'scher PostG-Kommentar, 2ª ed. 2004, § 3 párr. 10 y ss. El Convenio Postal Universal de 2004 aún no ha sido ratificado por la República Federal de Alemania.

493 Véase M. Burri-Nenova, Postal Communications, International Regulation, en: R. Wolfrum (ed.), MPEPIL, Vol. VIII, 2012, p. 380 y ss., párr. 14 y ss. Véase sobre el AGCS más arriba en § 10, 10.

494 Por ejemplo, BGHZ 152, 198 y ss.

legislación de la UE en materia de competencia (es decir, la prohibición de abusar de una posición dominante en el mercado en virtud del Artículo 102 del TFUE) establece límites al uso de las opciones de defensa. En particular, la aplicación de una tasa incrementada (tasa nacional), que es posible en virtud del Convenio Postal Universal, no debe dar lugar a una recuperación excesiva y abusiva de los costes con respecto a los gastos terminales a los que tiene derecho el servicio postal nacional.⁴⁹⁵

- 45** En la Unión Europea, la Directiva de Servicios Postales 97/67/CE⁴⁹⁶ ha abierto progresivamente los mercados postales a la competencia restringiendo los derechos de monopolio (servicios reservables) (Artículo 7). Además, los servicios reservables están permitidos en la medida necesaria para mantener el servicio universal (Artículo 7 párrafo 1 frase 1). Al mismo tiempo, la Directiva exige a los Estados miembros que garanticen la prestación a escala nacional de servicios postales de cierta calidad a precios asequibles para todos los usuarios (el llamado "servicio universal") (Artículo 3). Además, deben garantizarse ciertos principios para las tarifas de los distintos servicios universales (Artículo 12 y ss.). Entre ellos se incluyen la no discriminación y la transparencia cuando los proveedores de servicios universales ofrezcan tarifas especiales (Artículo 12, quinto guión).⁴⁹⁷

6. Telecomunicaciones

Literatura:

M. C. E. J. Bronckers/P. Larouche, Telecommunications Services and the World Trade Organization, JWT 31 (1997), p. 5 y ss.; *D. Campbell*, International Telecommunications Law (Vol. 1), 2008; *K. W. Grewlich*, Konflikt und Ordnung in der globalen Kommunikation, 1997; *ders.*, Konstitutionalisierung des "Cyberspace", 2001; *J. Krystofiak*, WTO und Telekommunikation, 2008; *C. D. Long*, Telecommunications - Law and Practice, 3ª ed. 2000; *J. Lüdemann*, Internationales Kommunikationsrecht (Telekommunikations- und Postrecht), en: C. Tietje (ed.), Internationales Wirtschaftsrecht, 3ª ed. 2021, p. 509 y siguientes; *P. Nihoul*, Telecommunications and Broadcasting Networks under EC Law, 2000; *E.-J. Mestmäcker* (ed.), Law and Economics of Transborder Telecommunications, 1987; *J. M. Smits*, Legal Aspects of Implementing International Telecommunication Links, 1991; *I. Walden* (ed.), Telecommunications Law and Regulation, 2012; *D. Westphal*, International Telecommunication Union (ITU), en: R. Wolfrum (ed.), MPEPIL, Vol. VI, 2012, p. 166 y ss.; *M. Wissmann*, Telekommunikationsrecht - Telecommunications Law, 2006.

- 46** La Unión Internacional de Telecomunicaciones (*Union Internationale des Télécommunications*) es una de las organizaciones intergubernamentales más antiguas. Se remonta al Convenio Telegráfico Internacional de 1865 y encuentra su base en el derecho internacional en la Constitución y el Convenio de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, que fueron revisados en 1992 y modificados de nuevo en 1994.⁴⁹⁸ La Unión de Telecomunicaciones es uno de los organismos especializados de las Naciones Unidas.

Para crear un nuevo marco jurídico para los servicios de telecomunicaciones, la Unión Internacional de Telecomunicaciones convocó la Conferencia Administrativa Internacional de Telecomunicaciones (WATTC-88) en Melbourne en 1988. Como resultado de esta conferencia, se

495 TJCE, ver. C-147/97 y C-148/97, EU:C:2000:74, párr. 56 y ss. - *Deutsche Post*.

496 DO 1998 L 15/14, modificada por la Directiva 2008/6/CE, DO 2008 L 52/3.

497 Sobre la estructura arancelaria de los denominados consolidadores TJCE, ver. C-287/06 a C-292/06, EU:C:2008:141, párr. 27 y ss. - *Deutsche Post*.

498 BGBl. 1996 II, p. 1308 y ss., 1340 y ss., 1410 y ss., 1415 y ss.

concluyó el tratado para los servicios y redes integrados de telecomunicaciones internacionales (*Reglamento de Telecomunicaciones Internacionales*). El acuerdo estipula que los Estados contratantes (de conformidad con la legislación nacional) también pueden autorizar los servicios de telecomunicaciones de operadores privados (Artículo 1 Párr. 7).

Desde hace algún tiempo, los avances técnicos han hecho que otras organizaciones de telecomunicaciones compitan con la Unión Internacional de Telecomunicaciones. Por ejemplo, el proceso *Voice over IP* (telefonía a través de ordenador en lugar de redes telefónicas) afecta al área funcional de la ICANN.⁴⁹⁹

La Conferencia Europea de Administraciones de Correos y Telecomunicaciones (CEPT), fundada en 1959, es una de las muchas organizaciones internacionales de telecomunicaciones. Está abierta a todas las administraciones postales y de telecomunicaciones de los Estados miembros de la Unión Postal Universal o de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (actualmente 48 miembros). La organización constituye un foro para la "elaboración de posiciones comunes" en el sector postal y de las comunicaciones (Artículo 4 n° 2, tercer guión del acuerdo de la CEPT) y promueve la armonización jurídica europea (Artículo 4 n° 2, tercer guión).

Las organizaciones internacionales EUTELSAT (*Organización Europea de Telecomunicaciones por Satélite*), INTELSAT (*Organización Internacional de Telecomunicaciones por Satélite*) e INMARSAT (*Organización Marítima Internacional por Satélite*) se fundaron para la explotación conjunta de satélites de telecomunicaciones. Entretanto, la explotación de satélites se ha transferido a empresas privadas en forma de sociedades anónimas. Las organizaciones de satélites EUTELSAT, IMSO (*Organización Internacional de Telecomunicaciones Móviles por Satélite*, antes INMARSAT) e ITSO (*Organización Internacional de Telecomunicaciones por Satélite*, antes INTELSAT) desempeñan funciones de supervisión y, en particular, garantizan la no discriminación en el acceso a los satélites.

- 47 El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) contiene un "Anexo sobre Telecomunicaciones" especial, que regula el acceso a las redes y servicios públicos de telecomunicaciones.⁵⁰⁰ La interacción de las excepciones especiales al principio del trato de nación más favorecida (Artículo II: 2 AGCS), los compromisos específicos en materia de acceso al mercado y trato nacional (Artículo XVI: 2 *lit. f* AGCS) y los compromisos adicionales (Artículo XVIII AGCS) da lugar a una compleja red de diferentes obligaciones de liberalización. El documento de referencia de 1996 sobre telecomunicaciones reviste especial importancia.⁵⁰¹ El Cuarto Protocolo del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) de 1997 prevé una amplia liberalización de los servicios básicos de telecomunicaciones.⁵⁰² El protocolo pretende, en particular, reducir las restricciones de acceso al mercado y la igualdad de trato de los nacionales. Para la Unión Europea, el protocolo contiene la obligación de impedir las prácticas contrarias a la competencia (como las subvenciones cruzadas anticompetitivas) por parte de los proveedores con una posición dominante en el mercado. Los proveedores dominantes de

499 Véase más arriba § 3, 4.

500 Informe del Grupo Especial *México - Medidas que afectan a los servicios de telecomunicaciones*, WT/DS204/R (2004).

501 http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/telecom_e/tel23_e.htm (consultado el 03 de enero de 2022).

502 ILM 36 (1997), p. 154 y ss. Véase *P. L. Spector*, *The World Trade Organisation's Agreement on Telecommunications*, *International Lawyer* 32 (1998), p. 217 y ss.; *Y. Zhao*, *The Commercial Use of Telecommunications under the Framework of GATS*, *Air & Space Law* 24 (1999), p. 304 y ss.

redes públicas de telecomunicaciones o de servicios de telecomunicaciones en la Unión Europea deben garantizar la interconexión con su red en cualquier punto técnicamente viable en condiciones no discriminatorias.

- 48** La existencia de monopolios estatales ha sido durante mucho tiempo un gran obstáculo para la apertura de los mercados de las telecomunicaciones. Como parte de la realización de la libertad de prestación de servicios en el mercado interior, los actos jurídicos de la Unión Europea han abierto el mercado de las telecomunicaciones a los proveedores privados. Las empresas estatales de telecomunicaciones deben enfrentarse cada vez más a la competencia de las empresas privadas. También es importante mantener una clara separación entre las funciones de supervisión soberana y las actividades comerciales de las empresas públicas de telecomunicaciones.⁵⁰³
- 49** Varias directivas de la CE pretenden abrir el sector de las telecomunicaciones a la competencia desmantelando los monopolios estatales y abriendo el acceso a las redes telefónicas existentes, entre otras medidas.⁵⁰⁴ Como resultado de estas medidas, el sector de las telecomunicaciones en el mercado único europeo se ha liberalizado en gran medida.

7. Radiodifusión

Literatura:

P. Achilleas (ed.), *Droit de l'espace: Télécommunication, Observation, Navigation, Défense, Exploration*, 2009; *J. Delbrück*, *Direkter Satellitenrundfunk und nationaler Regelungsvorbehalt*, 1982; *C. Engel*, *Das Völkerrecht des Telekommunikationsvorgangs*, *RabelsZ* 49 (1985), p. 90 y ss.; *J. Harrison/L. Woods*, *European Broadcasting Law and Policy*, 2007; *F. Lyall*, *Broadcasting, International Regulation*, *R. Wolfrum* (ed.), *MPEPIL*, Vol. I, 2012, p. 1059 y ss.; *M. E. Price*, *Media and Sovereignty: The Global Information Revolution and Its Challenge to State Power*, 2002.

- 50** Las emisiones transfronterizas de radio y televisión se basan en el principio de libertad de emisión. Sin embargo, existe la obligación de tener en cuenta la integridad territorial de los países extranjeros (*diligencia debida*), especialmente en el caso de la televisión directa por satélite.⁵⁰⁵ La asignación de frecuencias de radiodifusión se ha regulado en varias conferencias internacionales. La Unión Internacional de Telecomunicaciones (*Unión Internacional de Telecomunicaciones* [UIT]) mantiene un mecanismo de asignación y registro. La Constitución de la UIT reconoce las frecuencias como un recurso natural limitado (Artículo 44):

"Al utilizar las bandas de frecuencias para los servicios de radio, los Estados miembros tendrán en cuenta que las radiofrecuencias y las órbitas asociadas, incluida la órbita de los satélites

503 Véase, por ejemplo, la Directiva 2002/77/CE relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, DO 2002 L 249/21.

504 Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, DO 2002 L 108/7; Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, DO 2002 L 108/21; Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, DO 2002 L 108/33; Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, DO 2002 L 108/51. Véase *C. Koenig/A. Bartosch/J.-D. Braun*, *EC Competition and Telecommunications Law*, 2002; *J. Scherer*, *Telecommunications Law in Europe*, 6ª ed. 2013.

505 Cf. Art. 45 Constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones.

geoestacionarios, son recursos naturales limitados y que deben utilizarse de forma racional, eficiente y económica, de conformidad con las disposiciones del Reglamento de Radiocomunicaciones, para que los países o grupos de países puedan tener un acceso equitativo a dichas órbitas y frecuencias, teniendo en cuenta las necesidades especiales de los países en desarrollo y la situación geográfica de determinados países."

Los esfuerzos internacionales dirigidos contra el dominio de los países industrializados sobre los flujos de información y que reclaman la nacionalización de la radiodifusión (*Nuevo Orden Internacional de la Información* (NIIO), *Nuevo Orden Mundial de la Información y la Comunicación* (NWICO) no han tenido éxito.⁵⁰⁶ Las disputas en torno al NIIO provocaron la retirada temporal de Estados Unidos (que se reincorporó en 2003) y el Reino Unido (que se reincorporó en 1997) de la UNESCO en 1984. Algunos tratados de derechos humanos restringen el control estatal del contenido de los medios audiovisuales al proteger la libertad de comunicación. La jurisprudencia del TEDH considera que el Estado es el "garante último del pluralismo" y justifica así la prohibición de la publicidad política electoral, incluso contra las organizaciones no gubernamentales.⁵⁰⁷

La directiva comunitaria sobre los servicios de medios audiovisuales reviste una especial importancia para el organismo de radiodifusión.⁵⁰⁸ Su objetivo es abrir los mercados nacionales a los proveedores de programas de televisión. Según el Artículo 3 (1) de la Directiva, "los Estados miembros garantizarán [...] la libertad de recepción y no impedirán la retransmisión en su territorio de servicios de medios audiovisuales procedentes de otros Estados miembros por motivos relacionados con ámbitos coordinados por la presente Directiva" (como la protección de menores o las restricciones a la publicidad televisiva). La supervisión de los prestadores de servicios de medios es responsabilidad del Estado de radiodifusión (principio del Estado de radiodifusión, Artículo 2 Párr. 2). Los requisitos de contenido que la Directiva impone a la programación en términos de regulación de cuotas son controvertidos (Artículo 16 y 17 de la Directiva). Por ejemplo, al menos el 50% del programa principal debe reservarse a producciones europeas. Además de coartar la libertad de expresión y de emisión, esto representa un grado considerable de proteccionismo motivado por la política económica y cultural. Además de la Directiva comunitaria sobre servicios de medios audiovisuales, el Convenio de Televisión del Consejo de Europa de 1989⁵⁰⁹ pretende armonizar la normativa europea sobre medios de comunicación.⁵¹⁰

506 F. Lyall, Radiodifusión, regulación internacional, en: R. Wolfrum (ed.), MPEPIL, Vol. I, 2012, p. 1059 y ss., párr. 8.

507 TEDH (Gran Sala), sentencia de 22 de abril de 2013, *Caso de Animal Defenders International contra Reino Unido*, reclamación nº 48876/08, párrafo 101.

508 Directiva 89/552/CEE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, DO 1989 L 298/23; modificada por la Directiva 97/36/CE, DO 1997 L 202/60; la Directiva 2007/65/CE, DO 2007 L 332/27 y la Directiva 2010/13/UE, DO 2010 L 95/1.

509 Convenio europeo sobre la televisión transfronteriza, BGBl. 1994 II, p. 639; ILM 28 (1989), p. 857.

510 Véase B. Möwes/M. Schmitt-Vockenhausen, Europäische Medienordnung im Lichte des Fernsehübereinkommens des Europarats und der EG-Fernsehrichtlinie 1989, EuGRZ 1989, p. 121 y ss.

§ 15. Protección internacional de la propiedad intelectual

Literatura:

F. Abbott/T. Cottier/F. Gurry, El sistema internacional de propiedad intelectual, 1999; *C. Correa*, Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, 2007; *D. Gervais*, Intellectual Property, Trade and Development, 2ª ed. 2014; *T. Cottier/P. Véron* (eds.), Concise International and European IP Law, 3.ª ed. 2014; *P. W. Grubb/P. R. Thomsen*, Patents for Chemicals, Pharmaceuticals and Biotechnology, 6.ª ed. 2016; *H.-P. Götting*, Gewerblicher Rechtsschutz, 11.ª ed. 2020, p. 351 y ss.; *L. R. Helfer/K. J. Alter/M. F. Guerzovich*, Islands of Effective International Adjudication: Constructing an Intellectual Property Rule of Law in the Andean Community, AJIL 103 (2009), p. 1 y ss.; *I. Niemann*, Geistiges Eigentum in konkurrierenden völkerrechtlichen Vertragsordnungen, 2006.

1. Visión general

- 1 La protección de las realizaciones intelectuales en el ámbito industrial y de otros derechos de propiedad intelectual se caracteriza por su referencia territorial. Esto se aplica a los derechos exclusivos de uso y explotación de patentes y marcas, así como de modelos de utilidad y diseños. Por lo general, la protección termina en la frontera nacional. Esto reduce el incentivo para que el titular del derecho de propiedad industrial exporte la propiedad intelectual si ésta no está también protegida en el país de destino.

- 2 En el ámbito de la protección de la propiedad industrial se han celebrado numerosos acuerdos internacionales con el fin de coordinar y armonizar los sistemas jurídicos nacionales.⁵¹¹ De particular importancia es el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1883.⁵¹² Las actividades del Convenio de París se extienden a las patentes, los modelos de utilidad, los dibujos y modelos industriales, las marcas de fábrica o de comercio, las marcas de servicio, los nombres comerciales y las indicaciones de procedencia o denominaciones de origen, así como a la represión de la competencia desleal (Artículo 1 párrafo 2 del Convenio). El objetivo no es armonizar las normas de protección, sino tener en cuenta los principios establecidos en las legislaciones nacionales. El principio central del Convenio es la igualdad de trato de los nacionales (principio de asimilación, Artículo 2). Según este principio, los nacionales de un Estado miembro y aquellos que tengan su lugar de residencia o establecimiento comercial en un Estado miembro reciben, bajo ciertas condiciones, el mismo trato que los nacionales de otros Estados contratantes. Otro principio importante es el principio de prioridad (prioridad de la Unión, Artículo 4 A del Convenio). Esto significa que el privilegio de prioridad, del que goza el solicitante de una patente u otra prestación protegible dentro de un plazo determinado (para el examen de la protegibilidad y la utilizabilidad), debe aplicarse en todos los Estados miembros de la Unión en el caso de una solicitud adecuada. Los acuerdos más importantes en el ámbito de los derechos de autor son el Convenio de Berna (revisado) para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886⁵¹³ y la Convención Universal sobre Derechos de Autor (revisada) de 1952.⁵¹⁴ Otros temas actuales de protección de la propiedad industrial a nivel in-

511 Véase, por ejemplo, el resumen en *G. Kegel/K. Schurig*, Internationales Privatrecht, 9ª ed. 2004, p. 85 y ss.

512 BGBl. 1970 II, p. 293, 391, 1073.

513 BGBl. 1973 II, p. 1071.

514 BGBl. 1973 II, p. 1111.

ternacional son la protección de los circuitos integrados y la protección de las bases de datos.⁵¹⁵ El proyecto de directiva comunitaria sobre la protección mediante patente de las invenciones implementadas en ordenador ha fracasado por el momento en el Parlamento Europeo.

- 3 El Convenio de Estocolmo de 1967 por el que se establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual⁵¹⁶ creó una organización internacional con sede en Ginebra: la *Organización Mundial de la Propiedad Intelectual* (OMPI). Sus tareas son la promoción de la propiedad intelectual mediante la creación de un foro intergubernamental y la cooperación con otras organizaciones internacionales (Artículo 3).
- 4 Sobre la base del Convenio de Múnich sobre Concesión de Patentes Europeas (Convenio sobre la Patente Europea) de 1973 (actualmente en vigor en la versión del Acta de Revisión de 2000)⁵¹⁷, la Oficina Europea de Patentes (como órgano de la Organización Europea de Patentes) concede patentes europeas que son reconocidas en todos los Estados contratantes (véase el Artículo 2 (1) del Convenio). Se trata de una concentración del procedimiento de concesión sin normalización del derecho sustantivo de patentes. La "patente europea" agrupa las patentes nacionales y otorga al titular en cada Estado contratante el mismo estatus legal que una patente concedida en ese Estado (Artículo 2 párrafo 2 de la Convención). La Organización Europea de Patentes se compone de la Oficina Europea de Patentes y de un Consejo de Administración (Artículo 4 párr. 2). El Consejo de Administración, que está formado por los representantes de los Estados contratantes y sus suplentes (Artículo 26), puede adoptar ciertas enmiendas al propio CPE sin necesidad de ratificación especial por parte de los Estados miembros (Artículo 33).
- 5 En la Unión Europea, los prolongados esfuerzos por crear una patente unitaria desembocaron en diciembre de 2012 en dos reglamentos para crear una patente europea con efecto unitario como parte de la cooperación reforzada entre la mayoría de los Estados miembros de la UE.⁵¹⁸ La patente unitaria creada por los reglamentos (véase el Artículo 3 del Reglamento [UE] n° 1257/2012) otorga al titular el mismo estatus jurídico en la mayoría de los Estados miembros de la UE y sustituye así a la anterior "patente agrupada", que en última instancia no era más que un conglomerado de derechos de propiedad nacionales. La patente es concedida por la Oficina Europea de Patentes. El Tribunal Unificado de Patentes (con un tribunal de primera instancia y un tribunal de apelación), creado sobre la base de un acuerdo especial, se encarga de los litigios. El Acuerdo sobre el Tribunal Unificado de Patentes entró en vigor en 2022 (tras ser ratificado por 13 Estados miembros de la UE, entre ellos Alemania, Francia e Italia).

Para los Estados contratantes del Convenio sobre la Patente Europea que no pertenecen a la

515 Directiva 87/54/CEE sobre la protección jurídica de las topografías de los productos semiconductores, DO 1987 L 24/36; Directiva 2009/24/CE sobre la protección jurídica de programas de ordenador, DO 2009 L 111/16; Directiva 96/9/CE sobre la protección jurídica de bases de datos, DO 1996 L 77/20. Véase también el Tratado de Washington sobre la Propiedad Intelectual respecto a los Circuitos Integrados de 1989, ILM 28 (1989), p. 1477, que no ha entrado en vigor.

516 Gaceta de leyes federales 1970 II, p. 295; UNTS 828, p. 3.

517 BGBl. 1976 II, p. 649, 826; Ley de 29 de noviembre de 2000 por la que se revisa el Convenio sobre la Concesión de Patentes Europeas, BGBl. 2007 II, p. 1082.

518 Reglamento (UE) n° 1257/2012 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de protección mediante una patente unitaria, DO 2012 L 361/1; Reglamento (UE) n° 1260/2012 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de protección mediante una patente unitaria con respecto a las disposiciones aplicables en materia de traducción, DO 2012 L 361/89.

Unión Europea (como Noruega, Suiza y Turquía), sigue vigente la actual "patente agrupada", lo que puede suponer una desventaja competitiva. A raíz de una remisión de España, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha ocupado del Reglamento sobre la patente unitaria europea en dos casos y ha rechazado las quejas de España.⁵¹⁹

- 6 El Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (*Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales*, UPOV)⁵²⁰ regula los derechos del obtentor con respecto a la utilización del material de reproducción o de multiplicación de las variedades protegidas (Artículo 14 y siguientes). En el Artículo 15 párr. 2, el Convenio permite restricciones en favor de los agricultores que utilicen el material cosechado en sus propias explotaciones (privilegio del agricultor, *privilegio del agricultor*). El *Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura* (*Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura*, "Tratado de Semillas" de la FAO)⁵²¹ prevé la protección de los conocimientos tradicionales de los cultivos por parte de los estados contratantes en el marco de los llamados *derechos de los agricultores* (Artículo 9 párr. 2 *lit. b*). El tratado crea las bases para un sistema multilateral de acceso facilitado a los recursos fitogenéticos para fines alimentarios y agrícolas (Artículo 10 y ss.). Los usuarios no deben poder invocar derechos de propiedad intelectual (Artículo 12 párr. 3 *lit. d*). Los beneficios de la utilización deben regularse en un denominado *Acuerdo de Transferencia de Material* (ATM) (Artículo 12 párr. 4).

2. El Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionadas con el Comercio (ADPIC)

Literatura:

F. M. Abbott, Toward a New Era of Objective Assessment in the Field of TRIPS and Variable Geometry for the Preservation of Multilateralism, *European Journal of International Economic Law* 8 (2005), p. 77 y ss.; , The WTO Medicines Decision: World Pharmaceutical Trade and the Protection of Public Health, *AJIL* 99 (2005), p. 317 y ss.; *C. M. Correa/A. Yusuf* (eds.), *Intellectual Property and International Trade: The TRIPS Agreement*, 1998; *R. Duggal*, *TRIPS-Übereinkommen und internationales Urheberrecht*, 2001; *D. Gervais*, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, 5ª ed. 2021; *Ch. Herrmann*, *TRIPS, Patent Protection for Medicines and Public Health Policy: Sufficient Flexibility?* *EuZW* 2002, p. 37 y ss.; *R. Kampf*, *¿Patentes frente a pacientes?* *AVR* 40 (2002), p. 90 ¶; *C. v. Kraack*, *TRIPS oder Patentschutz weltweit*, 2005; *G. P. Hestermeyer*, *Human Rights and the WTO*, 2007; *N. Pires de Carvalho*, *The TRIPS Regime of Patent Rights*, 2002; *A. Staehlin*, *Das TRIPS-Abkommen*, 1999; *J. Straus*, *Bedeutung des TRIPS für das Patentrecht*, *GRURInt.* 1996, p. 179 y ss.

- 7 El GATT trata los derechos de propiedad industrial sólo de forma marginal. Según el Artículo XX *lit. d* del GATT, las medidas relativas a los derechos de propiedad industrial son permisibles si no se utilizan de forma discriminatoria o como restricción encubierta del comercio. Durante las negociaciones de la ronda *Uruguay-*, prevaleció la demanda de los países industria-

519 TJCE, asunto C-146/13, EU:C:2015 : 298 - *España ./ Parlamento y Consejo* y TJCE, asunto C-147/13, EU:C:2015 : 299 - *España ./ Consejo*.

520 BGBl. 1998 II, p. 258.

521 *C. Fowler*, *Plant Genetic Resources for Food and Agriculture - Developments in International Law and Politics*, *Bio-Science Law Review* 7 (2004/2005), p. 53 y ss.; *T. Stoll*, *The FAO "Seed Treaty" - New International Rules for the Conservation and Sustainable Use of Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*, *Journal of International Biotechnology Law* 1 (2004), p. 239 y ss.

lizados de un régimen especial de tratados para la protección de la propiedad intelectual: Los acuerdos multilaterales de la OMC incluyen el *Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio* (*Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio*, Acuerdo sobre los ADPIC).⁵²²

Los principios básicos del Acuerdo incluyen el trato nacional (Artículo 3) y el trato de nación más favorecida (Artículo 4). El objetivo del acuerdo se establece en el Artículo 7. La concesión y el alcance de la protección de los derechos de autor y derechos afines (Artículo 9 y ss.), las marcas (Artículo 15 y ss.), las indicaciones geográficas (artículo 22 y ss.), los dibujos y modelos industriales (artículo 25 y ss.), las patentes (artículo 27 y ss.) y los derechos sobre topografías de circuitos integrados (artículo 35 y ss.), la protección de la información no divulgada (artículo 39 y ss.) y las prácticas anticompetitivas en materia de licencias (artículo 40 y ss.) se regulan con más detalle. De considerable relevancia práctica son las disposiciones sobre la aplicación efectiva de la protección de los derechos de propiedad intelectual (artículo 41 y ss.), incluidas las medidas de protección jurídica provisional (artículo 50).⁵²³

Se aplican disposiciones especiales a los países en desarrollo y a los países en transición (artículo 65 párr. 2 a 5 ADPIC; véase también el artículo 67 ADPIC). Para los países menos desarrollados, los ADPIC prevén un régimen transitorio (artículo 66 párr. 1 ADPIC), del que la mayoría de los países en desarrollo no han hecho uso.

8 La disposición del artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC sobre la materia objeto de la protección de patente que debe concederse reviste una importancia capital:

"1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del presente artículo, se preverá la concesión de patentes para las invenciones en todos los campos de la tecnología, tanto para los productos como para los procedimientos, siempre que sean nuevos, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial.⁵²⁴ A reserva de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 65, en el apartado 8 del artículo 70 y en el apartado 3 del presente artículo, las patentes estarán disponibles y los derechos de patente podrán ejercerse sin discriminación en cuanto al lugar de la invención, el campo de la tecnología o el hecho de que los productos sean importados o fabricados en el país.

(2) Los Miembros podrán excluir las invenciones de la patentabilidad si la prevención de su explotación comercial en su territorio es necesaria para proteger el orden público o la moralidad, incluida la protección de la vida o la salud humana, animal o vegetal, o para prevenir daños graves al medio ambiente, siempre que dicha exclusión no se haga únicamente porque la explotación esté prohibida por su legislación.

(3) Los miembros también pueden excluir de la patentabilidad

522 ILM 33 (1994), P. 81.

523 Por ejemplo, TJCE, asunto C-53/96, EU:C:1998 : 292 - *Hermès*; TJCE, verb. C-300/98 y C-392/98, EU:C:2000 : 688 - *Christian Dior*.

524 A efectos del presente artículo, un miembro podrá considerar los términos "actividad inventiva" y "aplicable industrialmente" como sinónimos de los términos "no evidente" y "útil", respectivamente.

- a. procedimientos diagnósticos, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de personas o animales;
- b. las plantas y los animales, con excepción de los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales, con excepción de los procedimientos no biológicos y microbiológicos. No obstante, los Miembros preverán la protección de las obtenciones vegetales mediante patentes o mediante un sistema eficaz sui generis o mediante una combinación de ambos. Las disposiciones del presente apartado se revisarán cuatro años después de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC."

Según el artículo 27 párr. 1 del Acuerdo sobre los ADPIC, las invenciones en todos los campos técnicos son, en principio, patentables. La disposición *ordre public* del Artículo 27 párr. 2 del acuerdo sólo contempla una exclusión de la patentabilidad si *todo* la utilización comercial es contraria al orden público o a las buenas costumbres.

- 9 El Artículo 31 del Acuerdo sobre los ADPIC establece una restricción importante con la posible concesión de licencias obligatorias. Una licencia obligatoria de este tipo permite, por ejemplo, fabricar un producto patentado sin el consentimiento del titular de la patente. La disposición del artículo 31 del Acuerdo sobre los ADPIC impone una serie de condiciones a la concesión de una licencia obligatoria, como la utilización del objeto de la patente principalmente para el abastecimiento del mercado nacional del miembro respectivo (artículo 31 *lit. f* ADPIC) o el pago de una remuneración adecuada al titular del derecho (artículo 31 *lit. h* ADPIC). Se aplican condiciones menos estrictas en caso de "emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia" (artículo 31 *lit. b* frases 2 y 3 ADPIC).

Un Protocolo de Enmienda del Acuerdo sobre los ADPIC de 2005 prevé una amplia exención de la restricción del artículo 31 *lit. f* (Artículo 31 *a* ADPIC) para la concesión de licencias obligatorias para el suministro de productos farmacéuticos a los miembros cualificados para dichas importaciones (incluidos cada uno de los países menos desarrollados).

El Acuerdo sobre los ADPIC no prevé una exclusión de la patentabilidad por la utilización de recursos genéticos obtenidos ilegalmente en el marco del proceso de invención.

- 10 Existen fuertes conflictos de intereses entre los países industrializados y los países en desarrollo en relación con la protección de patentes de sustancias activas que desempeñan un papel en la lucha contra las enfermedades epidémicas. En este caso, la protección de las patentes puede convertirse en una barrera de costes difícil de superar para los sectores más pobres de la población.⁵²⁵ El Acuerdo sobre los ADPIC tiene en cuenta estas preocupaciones existenciales en el Artículo 8. Según el apartado 1 del Artículo 8 del acuerdo, los miembros no podrán

"[...] al elaborar o enmendar sus leyes y reglamentos, adoptarán las medidas que sean necesa-

525 C. Herrmann, TRIPS, Patent Protection for Medicines and National Health Policy: Sufficient Flexibility?, EuZW 2002, p. 37 y ss.; H. Hestermeyer, Human Rights and the WTO, 2007; S. Joseph, Pharmaceutical Corporations and Access to Drugs: The "Fourth Wave" of Corporate Human Rights Scrutiny, Human Rights Quarterly 25 (2003), p. 425 y ss.

rias para proteger la salud pública y la nutrición y para promover el interés público en sectores vitales para su desarrollo socioeconómico y tecnológico, pero tales medidas deberán ser compatibles con el presente Convenio."

- 11** La Declaración de la Conferencia Ministerial de Doha sobre el Acuerdo ADPIC y la Salud Pública de noviembre de 2001 concede a los miembros un margen de maniobra considerable en el ámbito de la tensión entre los derechos de propiedad industrial y la protección de la salud pública⁵²⁶:

"[...] 4. estamos de acuerdo en que el Acuerdo sobre los ADPIC no impide ni debe impedir que los Miembros adopten medidas para proteger la salud pública. En consecuencia, al tiempo que reiteramos nuestro compromiso con el Acuerdo sobre los ADPIC, afirmamos que el Acuerdo puede y debe interpretarse y aplicarse de manera que apoye el derecho de los Miembros de la OMC a proteger la salud pública y, en particular, a promover el acceso a los medicamentos para todos.

A este respecto, reafirmamos el derecho de los Miembros de la OMC a utilizar, en toda su extensión, las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC, que proporcionan flexibilidad para este fin.

5 En consecuencia y a la luz del párrafo 4 anterior, al tiempo que mantenemos nuestros compromisos en el Acuerdo sobre los ADPIC, reconocemos que estas flexibilidades incluyen:

[...]

(b) Cada Miembro tiene derecho a conceder licencias obligatorias y la libertad de determinar los motivos por los que se conceden dichas licencias.

I Cada Miembro tiene derecho a determinar lo que constituye una emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia, quedando entendido que las crisis de salud pública, incluidas las relacionadas con el VIH/SIDA, la tuberculosis, la malaria y otras epidemias, pueden representar una emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia [...].

(6) Reconocemos que los miembros de la OMC con capacidades de fabricación insuficientes o inexistentes en el sector farmacéutico podrían tener dificultades para hacer un uso eficaz de las licencias obligatorias en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC. Encomendamos al Consejo de los ADPIC que encuentre una solución rápida a este problema y que informe al Consejo General antes de finales de 2002."

El trasfondo de esta declaración es un acalorado debate sobre la regulación del sector farmacéutico en aras del suministro de medicamentos a la población para combatir las enfermedades pandémicas, especialmente en Sudáfrica.

⁵²⁶ Declaración sobre el Acuerdo ADPIC y la salud pública (adoptada el 14 de noviembre de 2001), WT/MIN(01)/DEC/2.

En 2003, el Consejo General adoptó una decisión para aplicar el n° 6 de la Declaración de Doha.⁵²⁷ Esta decisión flexibilizó las condiciones para la concesión de licencias obligatorias en los casos en los que la producción y la exportación de medicamentos patentados sirvan para el suministro farmacéutico de los miembros pertenecientes a los países menos desarrollados. Para ello, la decisión contiene una exención ("*waiver*") de conformidad con el artículo IX:3 y 4 del Acuerdo de la OMC de los requisitos del artículo 31 *lit. f* ADPIC (producción destinada principalmente al mercado nacional) y modifica la compensación exigida en virtud del Artículo 31 *lit. h* ADPIC.

- 12** Una enmienda al Acuerdo sobre los ADPIC de 2005 (que entró en vigor en 2017) con el nuevo Artículo 31 *bis* sirve para finalizar la aplicación de la Declaración de Doha con respecto a los medicamentos patentados⁵²⁸:

"1. las obligaciones de un Estado exportador derivadas del apartado f) del artículo 31 no se extenderán a la concesión de licencias obligatorias en la medida en que sean necesarias para la fabricación de medicamentos y su exportación a un Estado importador habilitado de conformidad con las disposiciones del apartado 2 del anexo del presente Acuerdo.

(2) Cuando un Estado exportador conceda una licencia obligatoria con arreglo al sistema previsto en el presente artículo y en el Anexo del presente Acuerdo, se pagará en el Estado exportador una remuneración adecuada de conformidad con el apartado h) del artículo 31, teniendo en cuenta el valor económico del uso concedido al Estado importador. Cuando se conceda una licencia obligatoria para los mismos productos en un Estado importador habilitado, la obligación de ese Miembro en virtud del apartado h) del artículo 31 no se extenderá a los productos por los que se haya pagado una remuneración en el Estado exportador de conformidad con la primera frase de este párrafo.

3. con respecto a la utilización de economías de escala para aumentar el poder adquisitivo de los productos farmacéuticos y promover su producción local: Cuando un país en desarrollo o un país menos adelantado de entre los Miembros de la OMC sea parte en un acuerdo comercial regional de conformidad con el artículo XXIV del GATT de 1994 y la Decisión de 28 de noviembre de 1979 (L/4903) sobre trato diferenciado y más favorable, trato recíproco y mejora del trato de los productos farmacéuticos, se aplicará lo siguiente. Cuando un país en desarrollo o menos adelantado sea parte en un acuerdo comercial regional de conformidad con el artículo XXIV del GATT de 1994 y la Decisión de 28 de noviembre de 1979 (L/4903) sobre trato diferenciado y más favorable, reciprocidad y mayor participación de los países en desarrollo, que actualmente se aplica a más de la mitad de los países menos adelantados según la lista actual de las Naciones Unidas, su obligación en virtud del artículo 31(f) no se extenderá a la exportación de un producto farmacéutico importado o fabricado en su territorio a otros países en desarrollo o menos adelantados si éstos también son parte en el acuerdo comercial regional en cuestión y están afectados por el mismo problema de salud pública. Se supone que esto no afecta a la territorialidad de los derechos de patente en cuestión.

527 Decisión del Consejo General sobre la aplicación del párrafo 6 de la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública, WT/L/540; véase *F. M. Abbott*, *The WTO Medicines Decision: The Political Economy of World Pharmaceutical Trade and the Protection of Public Health*, AJIL 99 (2005), p. 317 y ss.

528 Decisión del Consejo General sobre la enmienda del Acuerdo sobre los ADPIC (2005), WT/L/641.

(4) Los Miembros no recurrirán las medidas compatibles con el presente artículo y el Anexo del presente Acuerdo de conformidad con el artículo XXIII, párrafo 1, apartados b) y c), del GATT de 1994.

(5) El presente artículo y el Anexo del presente Acuerdo se entienden sin perjuicio de los derechos, obligaciones y flexibilidades que corresponden a los Miembros en virtud del presente Acuerdo, con excepción de los apartados f) y h) del artículo 31, incluidos los reafirmados en la Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública (WT/MIN (01) /DEC/2), y de su interpretación. Tampoco se aplicarán en la medida en que las exportaciones de medicamentos fabricados bajo licencia obligatoria sean posibles de conformidad con el artículo 31(f)."

En el contexto de la pandemia de coronavirus, el Consejo de Ministros ha adoptado una decisión sobre el artículo 31 del ADPIC, cuyo objetivo es facilitar a los países en desarrollo la producción y exportación de vacunas contra el Covid-19 protegidas por patentes.⁵²⁹

3. Protección mediante patentes de las invenciones biotecnológicas

Literatura:

M. Adcock/M. Llewelyn, TRIPs and the Patentability of Micro-Organisms, *Bio-Science Law Review* 3 (2000/01), p. 91 y ss.; *T. Barton*, Der "Ordre Public" als Grenze der Biopatentierung, 2004; *P. England/S. Cohen*, A User's Guide to Intellectual Property in Life Sciences, 2021; *P. W. Grubb*, Patents for Chemicals, Pharmaceuticals and Biotechnology, 1999; *M. Herdegen*, Patents on Parts of the Human Body - Salient Issues under EC and WTO Law, *The Journal of World Intellectual Property* 2002, p. 145 y ss.; *N. Kunczik*, Geistiges Eigentum an genetischen Informationen, 2007; *F.-J. Zimmer/S. Zeman/J. Hammer/K. Goldbach/B. Allekotte*, Protecting and Enforcing Life Science Inventions in Europe, 2ª ed. 2015.

- 13** La patentabilidad de las invenciones biotecnológicas (en particular de la ingeniería genética) es de máxima actualidad. El ámbito deliberadamente amplio de la materia patentable en virtud del apartado 1 del artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC también abarca este tipo de invenciones.

Ha habido una fuerte oposición (basada en consideraciones éticas fundamentales o en la preocupación por los obstáculos a la utilización comercial) a las patentes sobre plantas o animales y, en particular, a las patentes sobre secuencias de ADN humano. Desde la perspectiva de los países en desarrollo (especialmente los países con una gran biodiversidad), se expresa la preocupación de que los conocimientos tradicionales de la población autóctona (especialmente de los pueblos indígenas) sobre las sustancias activas de las plantas puedan ser apropiados por empresas extranjeras mediante patentes (sobre el aislamiento, la síntesis o las modificaciones inventivas).⁵³⁰ Está ampliamente reconocido que las modificaciones genéticas de los organismos vivos son patentables. La Corte Suprema de Estados Unidos dictaminó hace algún tiempo en el

529 OMC, Conferencia Ministerial, *Decisión Ministerial sobre el Acuerdo ADPIC*, WT/MIN 22/30 (2022).

530 Sobre esta cuestión, véase *K. Aoki*, Neocolonialisms, Anticommons Property and Biopiracy in the (Not-So-Brave) New World Order of Intellectual Property Protection, *Global Legal Studies Journal* 6 (1998), p. 11 y ss.; *M. Blakeney* (ed.), *Intellectual Property Aspects of Ethnobiology*, 1999; *G. Henne*, *Genetische Vielfalt als Ressource*, 1998; *T. Spranger*, *Indigene Völker, "Biopiraterie" und internationales Patentrecht*, GRUR 2001, p. 89 y ss.

caso *Chakrabarty*⁵³¹ que una bacteria modificada genéticamente (con capacidad para descomponer el petróleo crudo exudado) puede patentarse. Las secuencias de ADN (genes o fragmentos de genes) que se encuentran en la naturaleza y para las que se ha desarrollado un nuevo método de aislamiento o síntesis plantean un problema particular.

En EE. UU., la Corte Suprema ha aclarado cuestiones fundamentales en el caso *Association for Molecular Pathology et al. v. Myriad Genetics, Inc., et al.*⁵³², la Corte Suprema aclaró cuestiones fundamentales relativas a la patentabilidad de secuencias de ADN humano. Este caso se refería a patentes sobre genes cuya mutación aumenta significativamente el riesgo de cáncer de mama, entre otras cosas. Una empresa reclamó la protección de la patente de unas costosas pruebas basadas en las secuencias genéticas aisladas y sintetizadas con la información relevante para el riesgo. Al contrario que el tribunal inferior,⁵³³ la Corte Suprema considera que una secuencia genética aislada es una sustancia natural no patentable y no la considera una invención patentable. La Corte Suprema también lo considera así si el proceso de aislamiento da lugar a ciertos cambios moleculares irrelevantes para la información genética relevante. Por el contrario, las secuencias de ADN sintetizadas que no se dan en la naturaleza exactamente de la misma forma pueden ser objeto de una "patente de sustancia".

- 14** En la Unión Europea, la "Directiva sobre biopatentes" (Directiva 98/44/CE relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas)⁵³⁴ logró un gran avance a favor de la protección básica mediante patente de las invenciones biotecnológicas, a pesar de las críticas masivas. Según el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva, las invenciones también pueden patentarse si se refieren a un "producto que consista en material biológico o lo contenga, es decir, un proceso mediante el cual se produzca, prepare o utilice material biológico". El material biológico aislado o producido a partir de su entorno natural mediante un proceso técnico también puede ser objeto de una invención si ya está presente en la naturaleza, de conformidad con el apartado 2 del artículo 3 de la Directiva. En este sentido, la ley de patentes de la UE es más generosa que la jurisprudencia estadounidense sobre patentes de secuencias genéticas aisladas. La posible protección mediante patente de invenciones relacionadas con secuencias de ADN u otros componentes del cuerpo humano es muy controvertida. La Directiva sobre biopatentes de la UE también prevé una posible protección mediante patente a este respecto:

"Un componente aislado del cuerpo humano o un componente obtenido de otro modo mediante un procedimiento técnico, incluida la secuencia o la secuencia parcial de un gen, puede ser una invención patentable, incluso si la estructura de dicho componente es idéntica a la estructura de un componente natural" (artículo 5 párrafo 2).

La Directiva exige que la aplicabilidad industrial de un gen o parte de un gen se describa específicamente en la solicitud de patente (artículo 5 párrafo 3).

Esta exigencia concreta la enseñanza requerida sobre la acción técnica como requisito previo

531 Tribunal Supremo de EEUU, *Diamond contra Chalcrabaty*, 447 U. S. 303 (1980).

532 Tribunal Supremo de EE. UU., *Asociación de Patología Molecular contra Myriad Genetics*, 569 U. S. 12--398 (2013).

533 *Asociación de Patología Molecular et al. v. Oficina de Patentes y Marcas de EE.UU. et al*, Tribunal de Distrito de EE.UU., S.D. Nueva York, 702 F. Supp. 2d, 181 (2010).

534 DO 1998 L 213/13; véase *M. Herdegen*, *Patenting Human Genes and other Parts of the Human Body under EC Biotechnology Directive*, *Bio-Science Law Review* 3 (2000/2001), p. 102 y ss.

para toda invención patentable (considerando 22). Al mismo tiempo, el criterio de aplicabilidad industrial significa que si una secuencia o una secuencia parcial se utiliza para producir una proteína o una proteína parcial, debe especificarse qué proteína o proteína parcial se produce y qué función tiene (considerando 23).

La Directiva de Biopatentes de la UE excluye de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial sea contraria al orden público o a las buenas costumbres (artículo 6 párrafo 1). En particular, no son patentables las siguientes:

- a. Procedimiento para la clonación de seres humanos;
- b. Métodos para modificar la identidad genética de la línea germinal de la vida humana;
- c. la utilización de embriones humanos con fines industriales o comerciales;
- d. los procedimientos de modificación de la identidad genética de los animales que puedan causarles sufrimientos sin aportarles beneficios médicos sustanciales, así como los animales producidos mediante tales procedimientos" (apartado 2 del artículo 6).

En el caso *Brüstle contra Greenpeace*⁵³⁵, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictaminó que la exclusión de la patentabilidad en virtud del Artículo 6 párr. 1 *lit. c* de la Directiva cubre en principio todos los procesos que impliquen células madre embrionarias obtenidas utilizando embriones *in vitro*; esto también se aplica si la invención solicitada no implica el uso de embriones. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que trabajar con células madre embrionarias es una violación de la dignidad humana y califica la protección de patente que se pretende como uso comercial. Esta jurisprudencia da lugar a una incoherencia considerable. Esto se debe a que en muchos Estados miembros de la UE está permitida la investigación científica con células madre embrionarias humanas (importadas) o incluso la producción de dichas células (con embriones "sobrantes" *in vitro*). Por lo tanto, la exclusión de las patentes se aplica también a las invenciones cuya utilización está ampliamente permitida. Esto contradice el Acuerdo ADPIC, ya que el Artículo 27 párr. 2 del Acuerdo ADPIC sólo permite la exclusión de la patentabilidad por razones de *ordre public* si se prohíbe cualquier uso razonable de una invención.

- 15** Una cuestión especialmente controvertida se refiere a la denominada "protección estándar absoluta" de las secuencias de ADN. Esta protección absoluta, como se conoce en el caso de las sustancias químicas, conlleva grandes dificultades en la codificación de la información genética, ya que un segmento genético aislado o sintetizado puede tener diversas funciones cuya descodificación no puede atribuirse al titular de la patente y que sólo se conocen posteriormente.⁵³⁶ El legislador alemán también ha adoptado este enfoque.⁵³⁷

535 TJCE, asunto C-34/10, EU:C:2011: 669 - *Brüstle/Greenpeace*.

536 Cf. *Herdegen*, Patenting Human Genes and Other Parts of the Body Under EC Law, *European Biopharmaceutical Review*, invierno de 2002, p. 43 y ss. (44).

537 § Artículo 1a (3) y (4) de la Ley de Patentes modificada por la Ley de Aplicación de la Directiva sobre la

Según la Directiva de Biopatent de la UE, la "protección" de una secuencia de ADN patentada en una planta de cultivo está vinculada al cumplimiento real de la función formulada en la descripción de la patente. Las secuencias de ADN no funcionales que están presentes en la harina de una planta de cultivo modificada genéticamente, por ejemplo, no están cubiertas por la protección de la patente como "material muerto".⁵³⁸

Las directrices de la Oficina de Patentes y Marcas de EE.UU. (*Utility Examination Guidelines*⁵³⁹) apuestan por una protección absoluta de la sustancia sin limitación a las funciones divulgadas por el inventor en el caso de las patentes sobre genes o meras secuencias de ADN.

4. Propiedad intelectual y libre circulación de mercancías

- 16** La relación entre las normas sobre la libre circulación de mercancías (artículo 28 y ss. del TFUE) y la protección internacional de las patentes y otras formas de propiedad intelectual desempeña un papel fundamental en la legislación de la Unión Europea. El artículo 36 frase 1 del TFUE autoriza las restricciones a la libre circulación de mercancías que estén justificadas para la protección de la propiedad industrial y comercial. Sin embargo, una prioridad absoluta de la protección de la propiedad industrial sobre la libre circulación de mercancías conduciría a la compartimentación de los mercados nacionales.
- 17** Este problema puede ilustrarse con el ejemplo de los medicamentos que el fabricante comercializa a precios diferentes en cada Estado miembro y que contienen un principio activo para el que el fabricante posee una patente en uno o varios Estados miembros. Debido a los diferentes niveles de precios, a algunas empresas les resulta rentable adquirir el medicamento a un precio favorable en un Estado miembro y venderlo a un precio más elevado en otro. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido que abordar en repetidas ocasiones la cuestión de si el fabricante puede impedir la importación de su producto a un Estado miembro con un nivel de precios elevado si posee allí una patente para el principio activo del medicamento. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la protección de patentes no puede justificar restricciones comerciales si el titular de la patente ha "agotado" su derecho dentro de la Unión Europea mediante la comercialización del producto en un Estado miembro por el propio titular de la patente o con su consentimiento a través de terceros (mediante la concesión de una licencia).⁵⁴⁰ Tampoco pueden utilizarse otros derechos de propiedad industrial para compartimentar los mercados nacionales o dividir el mercado interior.
- 18** Sin embargo, no se produce el agotamiento de los derechos de propiedad industrial si un producto se comercializa fuera de la Unión Europea (o del Espacio Económico Europeo) por el titular del derecho o con su consentimiento.⁵⁴¹

Protección Jurídica de las Invenciones Biotecnológicas, Gaceta de Leyes Federales 2005 I, p. 146: «(3) La aplicabilidad industrial de una secuencia o secuencia parcial de un gen deberá describirse en la solicitud en términos concretos, indicando la función desempeñada por la secuencia o secuencia parcial. (4) Si el objeto de la invención es una secuencia o secuencia parcial de un gen cuya estructura corresponde a la estructura de una secuencia natural o secuencia parcial de un gen humano, su uso, para el que se describe específicamente la aplicabilidad industrial de acuerdo con el párrafo 3, se incluirá en la reivindicación de la patente».

538 TJCE, asunto C-428/08, EU:C:2010 : 402 - *Monsanto*.

539 Registro Federal Vol. 66/4 (2001), p. 1092.

540 TJCE, asunto 24/67, EU:C:1968:11 - *Parke, Davis & Co.*; TJCE, asunto 187/80, EU:C:1981:180 - *Merck*.

541 TJCE, asunto C-51/75, EU:C: 1976 : 85 - *EMI*; TJCE, asunto C-355/96, EU:C:1998 : 374 - *Silhouette*.

Cuarta parte:

Derecho internacional de las empresas

§ 16. Derecho internacional de sociedades y contabilidad

1. "Estatuto de la sociedad" y reconocimiento de las personas jurídicas extranjeras

Literatura:

C. T. Ebenroth, Konzernkollisionsrecht im Wandel außenwirtschaftlicher Ziele, 1978; *ders.*, Entwicklungstendenzen im deutschen Internationalen Gesellschaftsrecht, JZ 1988, p. 18 ss., 75 ss.; *C. T. Ebenroth/O. Wilken*, Entwicklungstendenzen im deutschen Internationalen Gesellschaftsrecht, JZ 1991, p. 1014 y ss., 1061 y ss., 1116 y ss.; *C. T. Ebenroth/B. T. Ebenroth/B. Bippus*, Die Anerkennungsproblematik im Internationalen Gesellschaftsrecht, NJW 1988, p. 2137 y ss.; *B. Großfeld*, Vom Internationalen Gesellschaftsrecht zum Internationalen Unternehmensrecht, en: Festschrift für Josef Kühne zum 60. Geburtstag, p. 267 y ss.; *ders.*, Internationales und Europäisches Unternehmensrecht, 2ª ed. 1995, p. 38 y ss.; *J. P. Karalis*, International Joint Ventures, 1992; *K. Langefeld-Wirth* (ed.), Joint Ventures im internationalen Wirtschaftsverkehr, 1990; *A. Spahlinger/G. Wegen*, Internationales Gesellschaftsrecht in der Praxis, 2005.

- 1 El derecho internacional de sociedades responde a la pregunta de qué legislación nacional es aplicable a una situación transfronteriza relacionada con el derecho de sociedades. Se trata del sistema jurídico al que está "asignada" una sociedad, en el sentido de que este sistema jurídico nacional determina la formación y la existencia continuada de una sociedad, su estatuto jurídico externo, su organización interna y la responsabilidad de sus accionistas. La ley que regula el estatuto jurídico de una sociedad y su estructura interna se denomina "estatuto de la sociedad". El estatuto de la sociedad puede compararse a la ley de origen de una persona física. Sin embargo, hay que tener en cuenta que las personas jurídicas no tienen nacionalidad y pueden adscribirse a un sistema jurídico nacional específico según diferentes criterios de conexión (en particular, según el lugar de constitución y el centro administrativo).
- 2 El reconocimiento de las sociedades extranjeras es un aspecto central del derecho internacional de sociedades. También es una cuestión de conflicto de leyes. El reconocimiento de una sociedad extranjera se refiere a la capacidad jurídica u otra independencia jurídica de una sociedad en virtud de la legislación nacional de la que la sociedad deriva este estatus jurídico. Por lo tanto, el reconocimiento se refiere a la elección de una ley extranjera específica como estatus jurídico de la sociedad. El reconocimiento describe las condiciones en las que una persona jurídica extranjera puede adquirir derechos y contraer obligaciones en Alemania. La cuestión de si una sociedad extranjera puede establecerse en Alemania y realizar actividades comerciales es independiente del reconocimiento. Al reconocer una sociedad extranjera de acuerdo con la legislación extranjera, también se tienen en cuenta las restricciones extranjeras a la capacidad jurídica. Un ejemplo de ello es la restricción de la capacidad jurídica al objeto de los estatutos de una sociedad de conformidad con la doctrina angloamericana "*ultra vires*".

- 3 El estatuto personal de la empresa no está normalizado internacionalmente. En el derecho alemán también existe una controversia sobre los principios de vinculación. A nivel nacional e internacional, existen dos teorías principales: la teoría de la fundación y la teoría del domicilio.
- 4 Según la teoría de la fundación, la ley bajo la que se fundó la empresa es decisiva para el estatus legal de la empresa y su organización. Por lo tanto, la voluntad de los fundadores de la empresa tiene una influencia decisiva. Además de la consideración de los intereses de los fundadores, esta teoría se ve respaldada por el hecho de que el estatuto fundacional suele ser fácil de determinar y no cambia posteriormente. La ley de constitución una vez elegida sigue siendo decisiva, incluso si la empresa traslada su domicilio social a otro país. Por otro lado, existen algunas objeciones serias a la teoría de la constitución. Si el domicilio social de la empresa no se encuentra en el Estado de la ley de constitución, se puede aplicar un sistema jurídico nacional con el que la empresa no tiene ninguna conexión real. Si sólo se trata de una cuestión de elección de ley por parte de los fundadores, éstos pueden eludir la ley del país en el que opera la empresa creando una "*pseudo-corporación extranjera*". De este modo, se pueden socavar las disposiciones protectoras del país del domicilio. La primacía de la voluntad del fundador puede suplantar los intereses del Estado de constitución y los intereses de los inversores, empleados y acreedores. La teoría de la constitución de sociedades fomenta la competencia entre Estados por el derecho de sociedades más liberal, ya que muchos Estados están interesados en la elección de su derecho de constitución simplemente por los ingresos fiscales. A pesar de estas desventajas, la teoría de la incorporación prevalece en muchos países, especialmente en el sistema jurídico angloamericano. Dentro de la Unión Europea, se aplica en el Reino Unido, Irlanda, los Países Bajos y España (en algunos casos con restricciones considerables cuando la sede social se encuentra en Alemania).
- 5 Según la teoría de la sede, el estatuto de la sociedad se basa en la sede administrativa real de la empresa. Según la jurisprudencia del Tribunal Federal de Justicia, esto significa "el lugar de actividad de la dirección y de los órganos representativos designados a tal efecto, es decir, el lugar donde las decisiones fundamentales de la dirección de la empresa se aplican efectivamente en actos de gestión en curso".¹ El vínculo con el domicilio social elimina los inconvenientes de la teoría de la fundación. Garantiza una relación permanente entre la realidad de la empresa y el Estado cuyo ordenamiento jurídico se aplica. Las disposiciones protectoras del país del domicilio a favor de terceros no se sacrifican a la voluntad de los fundadores. Sin embargo, la teoría del domicilio también está plagada de problemas. Esto se aplica en particular al traslado del domicilio social y al cambio asociado en el estatuto del personal. Según la teoría del domicilio social, el traslado del domicilio social se asocia generalmente a la disolución de la sociedad y a su restablecimiento. Además, la determinación del domicilio social puede causar dificultades a las empresas con actividad internacional. En el caso de sucursales en varios países, depende de dónde se tomen la mayoría de las decisiones corporativas y se sitúe el centro de gravedad de la sede social.
- 6 En la República Federal de Alemania, como en la mayoría de los sistemas jurídicos de Europa continental, prevalece la teoría del domicilio.² Sin embargo, una reforma del derecho alemán de sociedades (artículo 5 de la Ley alemana de Sociedades Anónimas, artículo 4a de la Ley alemana de Sociedades de Responsabilidad Limitada) permite ahora trasladar la sede administrativa al extranjero.

1 BGHZ 97, 269 (272).

2 BGHZ 97, 269; OLG Frankfurt, NJW 1990, p. 2204 y ss.; B. *Großfeld*, Internationales und Europäisches Unternehmensrecht, 2ª ed. 1995, D. § 1 II.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea abordó la teoría de la sede y su compatibilidad con las disposiciones sobre libertad de establecimiento (Artículo 49 y ss. del TFUE) en su sentencia *Daily Mail*³. Este caso se refería a la intención de una empresa de prensa británica de trasladar el domicilio social de su dirección del Reino Unido a los Países Bajos por motivos fiscales. Según la legislación fiscal británica, tal traslado del domicilio social de la empresa estaba sujeto a la aprobación del Ministerio de Hacienda. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea no consideró que este requisito de aprobación constituyera una violación de la libertad de establecimiento. En su razonamiento, el Tribunal declaró que, según el estado actual de la legislación de la UE, el requisito de mayor alcance de un domicilio social efectivo en Alemania en virtud del derecho de sociedades de algunos Estados miembros también era compatible con la legislación de la UE. El requisito de autorización en el Reino Unido no afecta a la posibilidad de trasladar el domicilio social en el contexto de una liquidación de la sociedad en el Reino Unido y su restablecimiento en otro Estado miembro. En el caso *Cartesio*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea siguió considerando admisible la restricción del traslado debido al requisito del domicilio social nacional.⁴

- 7 Por otro lado, la libertad de establecimiento permite a una empresa con sede en un Estado miembro centrar sus actividades comerciales en otro Estado miembro a través de sucursales. Así lo aclaró el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *Centros*⁵. Por consiguiente, la libertad de establecimiento cubre una estrategia empresarial que se basa en diferentes requisitos estrictos para el establecimiento de una sociedad de capital (por ejemplo, en lo que respecta al capital fundacional) entre los Estados miembros de la UE.
- 8 En el caso *Überseering*, el TJCE dictaminó que, en interés de la libertad de establecimiento, la capacidad jurídica de una sociedad fundada en un Estado miembro de la UE debe ser reconocida por otro Estado miembro en el que la sociedad tenga su domicilio social.⁶

En consecuencia, los tribunales alemanes no podrán, por ejemplo, denegar a una sociedad holandesa la capacidad jurídica y la capacidad para ser parte por el hecho de que tenga su sede real (principal) en Alemania y no cumpla los requisitos de una sociedad con capacidad jurídica según la legislación alemana.

- 9 Según esta jurisprudencia, la libertad de establecimiento cubre las opciones estratégicas a favor del "entorno normativo" que parezca más favorable a una empresa mediante el traslado transfronterizo de la sede administrativa real. La libertad de establecimiento conlleva, pues, severas restricciones a la teoría del domicilio que prevalece en Alemania:

"En estas circunstancias, constituye una restricción a la libertad de establecimiento, en principio incompatible con los artículos 43 CE y 48 CE, el hecho de que un Estado miembro se niegue a reconocer, en particular se niegue a reconocer la libertad de establecimiento de una sociedad constituida con arreglo a la legislación de otro Estado miembro y que tenga su domicilio social en éste por el motivo de que, a raíz de la adquisición de la totalidad de sus acciones por

3 TJCE, asunto 81/87, EU:C:1988 : 456 - *Daily Mail*; véase *R. Sack*, Auswirkungen der Art. 52, 58 EWGV auf das internationale Gesellschaftsrecht - EuGH, NJW 1989, p. 2186, JuS 1990, p. 352 y ss

4 TJCE, asunto C-210/06, EU:C:2008:723 - *Cartesio*.

5 TJCE, asunto C-212/97, EU:C:1999:126 - *Centros*.

6 TJCE, asunto C-208/00, EU:C:2002 : 632, párr. 52 y ss. - *Überseering*.

sus propios nacionales residentes en su territorio, la sociedad haya trasladado supuestamente su sede de dirección efectiva a su territorio, con la consecuencia de que la sociedad no puede ser parte en un contrato en el Estado miembro de acogida a efectos de hacer valer sus derechos en virtud de dicho contrato, a menos que se haya constituido de nuevo con arreglo a la legislación del Estado miembro de acogida" (TJUE, loc. cit., párr. 82).

10 Los intereses normativos nacionales en relación con intereses dignos de protección (como la protección de acreedores, accionistas minoritarios y empleados) pueden justificar ciertas restricciones a la libertad de establecimiento, pero no la negación total de la capacidad jurídica de una empresa establecida efectivamente en otro país de la UE.⁷

11 El margen que se deja a los Estados miembros para garantizar ciertas normas al servicio de intereses reconocidos está limitado, por un lado, por los reglamentos finales de armonización de la Unión Europea y, por otro, por la necesaria proporcionalidad de las intervenciones en la libertad de establecimiento. El TJUE lo dejó claro en el control de las sucursales nacionales de empresas extranjeras en el caso *Inspire Art*⁸.

Por ejemplo, el TJUE considera desproporcionadas las normas especiales sobre el capital mínimo y la responsabilidad de los consejeros delegados en vista de la apariencia de la empresa como sociedad extranjera.⁹ El simple hecho de aprovechar una "laguna reglamentaria" fundando una empresa en un Estado de la UE con normas de establecimiento menos estrictas no impide que una empresa ejerza su libertad de establecimiento.¹⁰

12 Según estos criterios, una ampliación de la cogestión a nivel empresarial es probablemente permisible en Alemania, pero no una obligación de cogestión empresarial.

13 En cuanto al reconocimiento de las empresas extranjeras, las normas nacionales de conflicto de leyes se superponen a una serie de tratados internacionales.¹¹

14 Por ejemplo, el Tratado germano-americano de amistad, comercio y navegación de 1954¹² estipula en su Artículo XXV párr. 5 frase 2:

"Las sociedades establecidas conforme a las leyes y reglamentos de una Parte Contratante en su territorio se considerarán sociedades de dicha Parte Contratante y su estatuto jurídico será reconocido en el territorio de la otra Parte Contratante".

7 TJCE, asunto C-208/00, EU:C:2002: 632, párr. 84 y ss. - Überseering. Véase también sobre la responsabilidad del director gerente de una *sociedad de responsabilidad limitada* según la legislación inglesa sólo BGH, NJW 2005, p. 1648.

8 TJCE, asunto C-167/01, EU:C:2003: 512 - *Inspire Art*.

9 TJCE, asunto C-167/01, EU:C:2003: 512, párr. 131 y ss. - *Inspire Art*.

10 TJCE, asunto C-167/01, EU:C:2003 : 512, apartado 139 - *Inspire Art*.

11 Por ejemplo, *C. T. Ebenroth/B. Bipus*, Die Anerkennungsproblematik im Internationalen Gesellschaftsrecht, NJW 1988, p. 2137 y ss.

12 BGBl. 1956 II, p. 488.

- 15** Esto significa que la República Federal de Alemania da cabida a la teoría de la constitución a la hora de reconocer las empresas estadounidenses. Sin embargo, la jurisprudencia alemana exige un nivel mínimo de vínculos entre la empresa y el país de constitución en EE.UU. para evitar el abuso de una "empresa extranjera ficticia". Sin embargo, el BGH se contenta con contactos económicos muy modestos.¹³ Además, la ley del país de constitución es determinante para la capacidad jurídica y la capacidad para ser parte aunque la empresa extranjera tenga su sede administrativa en Alemania:

"Una empresa constituida efectivamente en los Estados Unidos de América de conformidad con la normativa estadounidense, que es legalmente capaz de ser parte y que todavía existe allí, es por lo tanto regularmente legalmente capaz de ser parte en la República Federal de Alemania, independientemente de dónde se encuentre su sede administrativa real".¹⁴

- 16** Dentro de la Unión Europea, la mayoría de los Estados miembros siguen la teoría del domicilio, mientras que algunos siguen la teoría (debilitada) de la constitución. El Convenio CEE sobre el Reconocimiento Mutuo de Sociedades y Entidades Jurídicas de 1968¹⁵ pretende crear unas normas de reconocimiento uniformes. Hasta la fecha, el Convenio aún no ha entrado en vigor (debido a la falta de ratificación por parte de los Países Bajos). El Convenio mezcla desafortunadamente la teoría de la constitución (artículo 1 y 2) con concesiones considerables a la teoría del domicilio (posibilidad de reservas en virtud de los artículo 3 y 4).
- 17** Surgen problemas particulares a la hora de evaluar las relaciones jurídicas dentro de un grupo internacional en el que una empresa puede controlar el comportamiento de las filiales. La influencia controladora de la "sociedad matriz" puede resultar de una simple inversión de capital con las posibilidades asociadas de influir en la sociedad dependiente ("grupo de facto") o basarse en un acuerdo contractual especial (normalmente además de una inversión de capital) ("grupo contractual"). En Alemania, la opinión predominante es que la relación jurídica entre la sociedad controladora y la sociedad controlada se rige por el estatuto societario de la sociedad controlada.¹⁶

2. Derecho de la Unión Europea

Literatura:

A. Engert, Gesellschaftsrecht, en: K. Langenbucher (ed.), Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2008, § 5; *S. Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht, 3.^a ed. 2019; *M. Habersack/D. Verse*, European Company Law, 5.^a ed. 2019; *K. Hopt/E. Wymeersch* (eds.), European Company and Financial Law, 4.^a ed. 2007.

- 18** La armonización del derecho de sociedades reviste especial importancia para la realización del Mercado Único Europeo como contribución a unas condiciones marco institucionales lo más uniformes posible para las empresas. Entretanto, se ha promulgado un gran número de directivas sobre derecho de sociedades sobre la base del Artículo 50 Párr. 2 *lit. g* TFUE para la

13 BGH, GRUR 2005, P. 55 (56) - *GEDIOS*.

14 BGH, loc. cit. p. 55 (55).

15 BGBl. 1972 II, p. 370.

16 *B. Großfeld*, Internationales und Europäisches Unternehmensrecht, 2.^a ed. 1995, D. § 1 II (con referencias adicionales).

armonización de las leyes.¹⁷ La Directiva 2004/25/CE relativa a las ofertas públicas de adquisición¹⁸ se ocupa de los intentos de personas externas de adquirir una participación mayoritaria en una empresa mediante la adquisición sistemática de acciones, consiguiendo así el control de la empresa sin perder su identidad. La Directiva sobre ofertas públicas de adquisición pretende garantizar un procedimiento de adquisición ordenado y transparente, la protección de los accionistas minoritarios y la igualdad de trato de los inversores.

- 19** Además de la armonización del derecho de sociedades nacional, el derecho de la Unión Europea ha visto el desarrollo de formas de sociedad independientes, "europeas". La construcción de tales formas de organización "supranacionales" alivia los problemas que pueden surgir del anclaje de una empresa en una legislación nacional concreta, por ejemplo, a la hora de trasladar su domicilio social. Con la forma jurídica de la Agrupación Europea de Interés Económico (AEIE) basada en un reglamento de la CEE¹⁹, se creó por primera vez una forma societaria europea que facilita la cooperación transfronteriza entre empresas y autónomos dentro de la Unión.

La Agrupación Europea de Interés Económico es un instrumento de cooperación en relación con las actividades económicas de sus miembros y no debe tener como objetivo principal la obtención de beneficios. No es un medio adecuado para fusionar empresas (prohibición de la gestión de grupo). No puede tener más de 500 empleados. El Reglamento de la UE deja un amplio margen para la aplicación de la legislación nacional (para colmar lagunas en las que exista una referencia expresa a la legislación nacional y en lo que respecta a las relaciones con terceros externos). La ley alemana de aplicación del Reglamento de la UE sobre la Agrupación Europea de Interés Económico²⁰ prevé la aplicación subsidiaria de las disposiciones para las sociedades colectivas (Sección 1).

- 20** El marco jurídico de la Sociedad Anónima Europea (*Societas Europaeae*) se debatió largamente en el Consejo de la Unión Europea hasta que se llegó a un acuerdo sobre el Reglamento relativo al Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE).²¹ Según este reglamento, la posibilidad de constituir una Sociedad Anónima Europea está abierta a las sociedades anónimas existentes y, en determinados casos, a otras sociedades y entidades jurídicas de derecho público o privado de al menos dos Estados miembros. Se prevé la constitución de una Sociedad Anónima Europea con un capital fundacional de al menos 120.000 euros (Artículo 4 párr. 2 del Reglamento) mediante la fusión de dos sociedades anónimas (artículo 2 párr. 1, 17 y ss. del Reglamento), la creación de una sociedad holding (Artículo 2 párr. 2, 32 y ss. del Reglamento) o la constitución de una filial (artículo 2 párr. 3, 35 y ss. del Reglamento).

Un Estado miembro puede supeditar la conversión a la aprobación unánime o por mayoría cualificada del órgano a través del cual se realiza la participación de los trabajadores (artículo 37, apdo. 8).

17 Véase el resumen en M. Habersack/D. Verse, Derecho de sociedades europeo, 5.^a ed. 2019, § 4 I.

18 DO 2004, L 142/12.

19 DO 1985 L 199/1; véase P. Selbherr, Comentario sobre la Agrupación Europea de Interés Económico (AEIE), 1995.

20 BGBl. 1988 I, p. 514

21 Reglamento (CE) n° 2157/2001, DO 2001 L 294/1. Véase R. C. Thümmel, Die Europäische Aktiengesellschaft (SE), 2005. Sobre la ley alemana que introduce la Sociedad Anónima Europea H.-W. Neye, Die Europäische Aktiengesellschaft, 2005.

La forma jurídica de la Sociedad Anónima Europea permite un alto grado de movilidad dentro de la Unión Europea y, en particular, permite trasladar la sede social a otro Estado miembro de la UE (Artículo 8 del Estatuto). Sin embargo, esta ganancia en movilidad ha perdido importancia debido a la reciente jurisprudencia del TJCE sobre la libertad de establecimiento.

El Estatuto de la Sociedad Anónima Europea ofrece una flexibilidad considerable en la organización de la estructura de gestión. Se puede elegir entre el sistema "dualista" con un órgano de gestión y un órgano de supervisión (correspondiente al modelo alemán con un consejo de administración y un consejo de supervisión) de acuerdo con el artículo 39 y siguientes del Estatuto, por un lado, y el sistema "monista" con un órgano de administración (correspondiente al modelo monista del Reino Unido y EE.UU.) de acuerdo con el artículo 43 y siguientes del Estatuto, *por otro*. En el modelo monista, los representantes de los trabajadores participan directamente en la gestión diaria del órgano administrativo.

Las cuestiones relativas a la participación de los trabajadores en el marco del Estatuto de la Sociedad Anónima Europea están reguladas por una directiva especial.²² Según ésta, la dirección de la empresa y los representantes de los trabajadores pueden negociar la forma específica de cogestión (Artículo 3 y ss. de la directiva). Si fracasa el acuerdo, los derechos de participación existentes de los representantes de los trabajadores continúan en la nueva Sociedad Anónima Europea de acuerdo con las "normas estándar" nacionales (artículo 7 en relación con el anexo de la Directiva).

El primer caso significativo en el que una empresa hizo uso de la opción a favor de la forma jurídica de Sociedad Anónima Europea fue la conversión de *Allianz AG* en *Allianz SE*. Se mantuvo la estructura de gestión anterior con un Consejo de Administración y un Consejo de Supervisión, pero la representación de los empleados en el Consejo de Supervisión se situó sobre una base europea más amplia (y, por tanto, también se redujo la influencia de los sindicatos alemanes). Además de la creación de una cultura corporativa genuinamente europea en esta nueva empresa paraguas, es probable que las estrategias de marketing en el sector de los seguros también desempeñen un papel clave en esta transformación.

3. Gobierno corporativo (*Corporate Governance*)

Literatura:

C. Förster, Europäische Corporate Governance - Tatsächliche Konvergenz der neuen Kodizes, ZIP 2006, p. 162 y ss.; *K. J. Hopt/E. Wymeersch/H. Kanda/H. Baum* (eds.), Corporate Governance in Context, 2005; *H.-G. Kamann/M. Simpkins*, Sarbanes-Oxley Act - Anlass zu verstärkter internationaler Kooperation im Bereich der Corporate Governance? RIW 2003, p. 183 y ss.; *G. Kirkpatrick*, Corporate governance lessons from the financial crisis, OCDE, 2009; *H. P. Leube*, Corporate Governance the American Way?, RIW 2003, p. 98 y ss.; *P. Leyens*, Corporate Governance: Grundsatzfragen und Forschungsperspektiven, JZ 2007, p. 1061 y ss.; *C. Mallin*, Handbook on international corporate governance: country analyses, 2ª ed. 2011; *A. C. Nicklisch*, Die Auswirkungen des Sarbanes-Oxley Act auf die deutsche Corporate Governance, 2007; *K. Paetzmann*, Corporate Governance, 2ª ed. 2012; *J. Solomon*, Corporate Governance and Accountability, 5ª ed. 2020; *C. Zöllner*, Internal Corporate Governance, 2007.

22 Directiva 2001/86/CE, DO L 294/22.

- 21 Las normas de gobierno corporativo reconocidas internacionalmente, en particular la responsabilidad de los órganos corporativos y su control (*gobierno corporativo*), son una cuestión de política jurídica de gran actualidad.

La OCDE ha presentado unas directrices de formulación general para una gobernanza empresarial responsable (*Principios revisados de la OCDE para la gobernanza empresarial* a partir de 2004).

- 22 A raíz de los sonados casos de gobierno corporativo delictivo o abusivo en todo el mundo (caso *ENRON* y otros), EE.UU. ha promulgado normativas de comportamiento y control más estrictas para los miembros de la dirección de las empresas cotizadas y de otro tipo (*Ley Sarbanes-Oxley* de 2001). Además de la responsabilidad personal de los directores ejecutivos y de los *directores financieros*, éstas incluyen mayores obligaciones de información y presentación de informes y nuevos mecanismos de supervisión interna. Además, la Bolsa de Nueva York ha emitido sus propias normas de autorización para evitar conflictos de intereses entre los miembros de la dirección de la empresa. Debido a su importancia para las empresas de otros países que cotizan en la Bolsa de Nueva York (como BASF, Daimler, Siemens o Deutsche Bank), estas normas estadounidenses tienen un considerable impacto internacional.

Según la legislación estadounidense, las empresas que cotizan en la Bolsa de Nueva York deben introducir un "Código de conducta y ética empresarial". Esto puede provocar importantes conflictos con las leyes de otros países. Por ejemplo, la introducción del código de conducta de aplicación mundial del *grupo Wal Mart* en la filial alemana vulneró los derechos de participación del comité de empresa general alemán y (por ejemplo, en lo que respecta a la prohibición de las relaciones privadas) infringió la Constitución alemana.²³

- 23 Existe una tendencia en la Unión Europea a abstenerse de armonizar las normas jurídicamente vinculantes sobre gobierno corporativo. En Alemania, un comité creado por el gobierno federal ha presentado recomendaciones sobre gobierno corporativo (recomendaciones de la Comisión Gubernamental sobre el Código Alemán de Gobierno Corporativo). La ley de sociedades anónimas (artículo 161 de la ley alemana de sociedades anónimas) obliga a las sociedades anónimas a publicar el (no) cumplimiento de las recomendaciones. El gobierno dota así a la recomendación de un efecto coercitivo de facto. Se trata de una sorprendente "externalización" de las tareas del legislador.

4. Contabilidad internacional

Literatura:

R. Buchholz, Internationale Rechnungslegung, 15ª ed. 2021; *B. Pellens/R. Fülbier/J. Gassen*, Internationale Rechnungslegung, 10ª ed. 2017; *M. Dettmeier/M. Pöschke*, Einführung in das "internationale" Bilanzrecht, JuS 2007, p. 313 y ss.; *B. Epstein/E. Jermakowicz*, Wiley IFRS 2007: Interpretation and Application of International Financial Reporting Standards, 2007; *PricewaterhouseCoopers*, Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen US GAAP und IFRS für Investmentgesellschaften, 2011; *K. Ruhnke/D. Simons*, Rechnungslegung nach IFRS und HGB, 4ª ed. 2018; *J. Thiel/A. Lüdke-Handjery*, Bilanzrecht, 6ª ed. 2010; *R. Tiffin/D. Young*, The Complete Guide to International Financial Reporting Standards, 2ª ed. 2007; *W. Ballwieser*, IFRS Rechnungslegung, 3ª ed. 2013.

23 LAG Düsseldorf, ZIP 2006, p. 436 y ss.

24 La contabilidad de las empresas individuales y de los grupos tiene varias funciones posibles. Puede proporcionar información relevante para:

- Inversores (accionistas y otros accionistas),
- Los fines de la fiscalidad y
- Acreedores de la empresa.

El balance financiero externo más importante de una empresa es el balance financiero anual. Este balance pretende mostrar el activo y el pasivo de una empresa o grupo en una cuenta global. Se comparan el activo (todos los activos, incluidos los créditos) y el pasivo (capital prestado y fondos propios). Los estados financieros anuales según el derecho mercantil (*balance mercantil*), como los que deben elaborar las empresas unipersonales (véase, por ejemplo, el artículo 242 del HGB), proporcionan información sobre la situación de los beneficios como base para las distribuciones a los accionistas. Al mismo tiempo, los estados financieros anuales sirven para proteger a los acreedores garantizando unos activos mínimos de responsabilidad. El balance comercial también proporciona la base de datos para determinar el beneficio imponible ("balance fiscal"). Los estados financieros *consolidados* de proporcionan información sobre la situación económica global de todo un grupo de empresas (véanse, por ejemplo, los artículos 290 y siguientes del Código de Comercio alemán), que resulta de especial interés para los inversores.

25 Las normas internacionales de contabilidad constituyen la base de los llamados estados financieros internacionales. Las *Normas Internacionales de Información Financiera* (NIIF) son un conjunto de normas desarrolladas por el *Consejo de Normas Internacionales de Contabilidad* (CNIC), una organización privada de asociaciones de contabilidad y auditoría con sede en Inglaterra. Son la continuación de las normas predecesoras, las *Normas Internacionales de Contabilidad* (NIC). El *Comité de Interpretaciones de las Normas Internacionales de Información Financiera* (CINIIF) formula interpretaciones sobre cuestiones abiertas de detalle (*interpretaciones CINIIF*). Cuando un grupo prepara sus estados financieros anuales de acuerdo con las NIIF, los estados financieros individuales de las empresas incluidas en el grupo también se preparan de acuerdo con las NIIF. La legislación de la Unión exige que las empresas orientadas al mercado de capitales elaboren estados financieros consolidados con arreglo a las NIIF (Artículo 4 del Reglamento (CE) n° 1606/2002),²⁴ que la Comisión ha transpuesto a la legislación de la Unión (mediante un procedimiento de comitología)²⁵. Además, los Estados miembros tienen la opción de prescribir las NIIF para los estados financieros individuales y consolidados de otras empresas o de ofrecerlas como posible alternativa a las normas nacionales (artículo 5 del Reglamento (CE) n° 1606/2002)²⁶. Esta obligación exime de la elaboración de estados financieros consolidados de conformidad con la legislación nacional. La referencia de la legislación de la Unión a las NIIF es un caso interesante de "externalización" de funciones legislativas a una institución no gubernamental, cuyas normas adquieren efectos normativos al ser adoptadas en la legislación de la Unión.

24 DO CE 2002, L 243/1.

25 Reglamento (CE) n° 1725/2003, DO CE 2003 L 261/1; derogado y modificado en último lugar por el Reglamento (CE) n° 1126/2008, DO 2008 L 320/1.

26 En Alemania, las empresas no orientadas al mercado de capitales pueden elegir entre elaborar sus estados financieros consolidados de acuerdo con el Código de Comercio alemán (HGB) o con las NIIF (Sección 315e (3) HGB).

26 Los estados financieros anuales de acuerdo con las NIIF están diseñados para proporcionar al público la información más completa posible sobre el patrimonio neto, la situación financiera y los resultados de las operaciones. Los estados financieros separados y consolidados conforme a las NIIF incluyen:

- Un balance
- Una cuenta de pérdidas y ganancias
- Un estado de cambios en el patrimonio neto
- Un estado de flujo de caja
- Un apéndice.

En mucha mayor medida que el balance comercial de la legislación alemana, por ejemplo, las NIIF exigen una valoración prospectiva de las partidas individuales del activo y la identificación de riesgos y oportunidades que aún no se han concretado. Los grupos disponen de un margen de maniobra considerable en la elección de un modelo de valoración específico. Para algunas partidas del balance, las normas del derecho mercantil, como las del Código de Comercio alemán, están más orientadas hacia el principio de prudencia. Por otro lado, la contabilidad consolidada de acuerdo con las NIIF proporciona una información más fiable sobre las cargas futuras derivadas de los aumentos salariales y de las pensiones. Las reservas ocultas en los llamados activos intangibles deben revelarse en su totalidad con arreglo a las NIIF.

27 En EE.UU., los estados financieros anuales se elaboran de acuerdo con *United States Generally Accepted Accounting Principles* (US GAAP).²⁷ Se trata de los principios contables que cuentan con un "apoyo autoritativo sustancial". Estas normas son elaboradas por el *Financial Accounting Standards Board* (FASB), el *American Institute of Certified Public Accountants* (AICPA) y la *Security and Exchange Commission* (SEC). Toda empresa cuyas acciones coticen en EE.UU. debe elaborar sus estados financieros anuales de acuerdo con *Principios de contabilidad generalmente aceptados en EE.UU.* (US GAAP). Las empresas europeas que cotizan en EE.UU. también están obligadas a elaborar sus estados financieros de acuerdo con las NIIF. Esta doble norma contable representa una carga considerable para las sociedades anónimas europeas que también cotizan en las bolsas de EE.UU. Al igual que las NIIF, las normas estadounidenses tienen como objetivo proporcionar a los accionistas y a los inversores potenciales la información más completa posible. Los US GAAP satisfacen esta necesidad pública de información incluso mejor que las NIIF, por ejemplo en lo que respecta a las reservas ocultas.

El CNIC y el *Consejo de Normas de Contabilidad Financiera* se esfuerzan por armonizar y desarrollar conjuntamente las NIIF, por un lado, y los PCGA estadounidenses, por otro. Tras una decisión de la Comisión del Mercado de Valores de EE.UU. (SEC) en noviembre de 2007, se permite a los bancos y otras empresas que cotizan en las bolsas de EE.UU. elaborar sus cuentas de acuerdo con las NIIF. Basándose en un acuerdo, el IASB y el FASB han armonizado sus normas contables para fusiones y adquisiciones (con cambios significativos en la normativa estadounidense).

²⁷ Véase *W. Ballwieser* (ed.), *US-amerikanische Rechnungslegung*, 4ª ed. 2002; *J. Wüstemann*, *Generally Accepted Principles*, 1999.

§ 17. Derecho internacional de la competencia

Literatura:

J. Basedow, Entwicklungslinien des internationalen Kartellrechts, NJW 1989, p. 627 y ss.; ders., Weltkartellrecht, 1998; ders., Antitrust or Competition Law, International in: R. Wolfrum (ed.), MPEPIL, Vol. I, 2012, p. 450 ¶§; ders. /*Chr. Jung*, Strategische Allianzen, 1993; *B. Beck*, Die extraterritoriale Anwendung nationaler Wettbewerbsrecht unter besonderer Berücksichtigung länderübergreifender Fusionen, 1986; *V. Emmerich*, Kartellrecht, 15ª ed. 2021; *E. M. Fox*, Towards World Antitrust and Market Access, AJIL 91 (1997), p. 1 y ss.; *este...*, Derecho de la competencia, en: A. F. Lowenfeld, International Economic Law, 2ª ed. 2008, p. 417 y §; *R. Bechtold/W. Bosch/I. Brinker*, EU-Kartellrecht, Kommentar, 4ª ed. 2022; *D. G. Goyder/A. Albors-Llorens*, Goyder's EC Competition Law, 5ª ed. 2009; *K. Grewlich*, Wettbewerbsordnung als Bestandteil völkerrechtlicher Konstitutionalisierung, RIW 2001, p. 641 y ss.; *U. Immenga/E.-J. Mestmäcker* (eds.), Wettbewerbsrecht, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, drei Bde., 5ª ed. 2012; *U. Loewenheim/K. M. Meessen/A. Riesenkampff/C. Kersting/H. J. Meyer-Lindemann* (eds.), Kartellrecht: Europäisches und Deutsches Recht, Kommentar, 4ª ed. 2020; *M. Martinek*, Das internationale Kartellprivatrecht, 1987; *P. Mozet*, Internationale Zusammenarbeit der Kartellbehörden, 1991; *C. Noonan*, The Emerging Principles of International Competition Law, 2008; *P. M. Roth*, Reasonable Extraterritoriality: Correcting the Balance of Interests, ICLQR 41 (1992), p. 245 y ss.; *H. Schröter/T. Jakob/R. Klotz/W. Mederer* (ed.), Europäisches Wettbewerbsrecht, Kommentar, 3ª ed. 2022; *J. Schwarze* (ed.), Europäisches Wettbewerbsrecht im Wandel, 2001; *J. P. Terhechte* (ed.), Internationales Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht, 2008; ders., Das Internationale Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht zwischen Kooperation und Konvergenz, ZaöRV 68 (2008), p. 689 y ss.

- 1 Toda economía de mercado depende de un conjunto de instrumentos jurídicos para mantener y promover las estructuras competitivas. Esto incluye, en particular, normas reguladoras contra los comportamientos que restringen la competencia, contra el abuso de una posición dominante en el mercado y para el control de las fusiones. Esta materia se denomina derecho de la competencia ("*derecho de la competencia*"); sin embargo, este término también incluye el derecho de la *competencia desleal* ("*competencia desleal*")²⁸ (que no se tratará aquí). El término clásico para este marco regulador normativo procede de EEUU: *Antitrust law*; en alemán, el término "Kartellrecht" se utiliza como sinónimo.
- 2 La internacionalización de las actividades empresariales y de la red organizativa está forzando un orden transfronterizo contra las restricciones de la competencia. No cabe esperar una verdadera internacionalización del derecho de la competencia en un futuro previsible.

Un grupo de proyecto de académicos (*Grupo de Múnich*) ha desarrollado un borrador de principios básicos para un código internacional de la competencia (*Borrador del Código Internacional Antimonopolio*)²⁹ En vista de las dificultades existentes para la armonización jurídica en este ámbito, el borrador tiene como objetivo principal un estándar mínimo de normas elementales de competencia (como la prohibición de los cárteles de precios). Otro principio rector del borrador es el principio de igualdad de trato de los nacionales (protección contra la discriminación de los participantes extranjeros en el mercado).

28 Desde la perspectiva del derecho internacional privado, *A. Deyer*, La competencia desleal en el derecho internacional privado, RdC 211 (1988 IV), p. 373 y ss.

29 *W. Fikentscher/J. Drexel*, El proyecto de código antimonopolio internacional, RIW 1994, p. 93 y ss.

Después de todo, ya existen varios acuerdos internacionales sobre el apoyo mutuo de las autoridades nacionales de la competencia³⁰. Especialmente interesante es el acuerdo celebrado entre la Unión Europea y Estados Unidos sobre la aplicación de sus respectivas leyes de competencia.³¹ Se trata de la armonización de la supervisión de la competencia, teniendo en cuenta los intereses de las demás partes contratantes y la consulta mutua. Este acuerdo pretende desactivar los conflictos transatlánticos derivados de enfoques reglamentarios opuestos. Está previsto que una de las partes solicite a la otra que tome medidas contra las actividades restrictivas en su territorio si estas restricciones de la competencia afectan a intereses importantes de la parte solicitante (principio de "cortesía positiva", Artículo V). Además, las partes contratantes se comprometen a tener en cuenta los intereses importantes de la otra parte en el contexto de los procedimientos de derecho de la competencia (principio de "cortesía internacional", Artículo VI). La Unión Europea y EE.UU. han concluido un acuerdo especial sobre el tratamiento de los principios de "cortesía positiva"³². Una restricción importante en la ponderación de los conflictos de intereses es la reserva a favor de la ley aplicable de las partes contratantes, que no se verá afectada (Artículo IX).

A pesar de la voluntad de cooperación entre las autoridades de defensa de la competencia de la Unión Europea y de EE.UU. y de los conceptos comunes para garantizar una competencia efectiva, siguen existiendo tensiones considerables derivadas de los diferentes criterios jurídicos sustantivos para la evaluación de los comportamientos relevantes para la competencia.

A pesar de todos los esfuerzos hacia la convergencia, siguen surgiendo divergencias transatlánticas.

Un ejemplo destacado es el procedimiento antimonopolio de la CE contra *Microsoft*³³. Se trata de la acusación de explotar una posición dominante en el mercado para expulsar a los proveedores de otros programas negándose a conceder licencias. Además de la exigencia de revelar información sobre la interfaz para servidores de grupos de trabajo y de garantizar la plena interoperabilidad de su propio software de sistema operativo con los programas de servidor de otros fabricantes, la Comisión también ordenó que los sistemas operativos Windows se ofrecieran sin el programa de reproducción multimedia "Media Player". Se trata de una invasión masiva de la propiedad intelectual en interés de la competencia. En 2004, la Comisión Europea impuso una multa récord de unos 500 millones de euros a la empresa de software estadounidense, que se incrementó con una multa coercitiva de otros 280 millones de euros en julio de 2006³⁴. En particular, la insistencia de la Comisión Europea en abrir Windows a los competidores mediante la divulgación de datos técnicos había desencadenado feroces críticas en EE.UU., que calificaron la actuación de las autoridades europeas de la competencia de obstáculo a la innovación. Las medidas impuestas por las autoridades judiciales estadounidenses

30 *P. Mozet*, Internationale Zusammenarbeit der Kartellbehörden, 1991, p. 16 y ss.

31 DO 1995 L 95/45; *P. Mozet*, Das Abkommen zwischen der EG und den USA über die Zusammenarbeit der Kartellbehörden, EuZW 1992, p. 201 y ss.; *S. von Wallwitz*, Das Kooperationsabkommen zwischen der EU und den USA, EuZW 1997, p. 525 y ss.

32 DO 1998, L 173/26.

33 *H. Fleischer/N. Doege*, Der Fall United States versus Microsoft, WuW 2000, p. 705 *ys.*; *M. Meier-Wahl/R. M. Wrobel*, Wettbewerbsregulierung in einem dynamischen Markt - Der Fall Microsoft, WuW 1999, p. 28 *ys.*; *K. Wessely*, Das Microsoft-Kartellverfahren, MuR 2000, p. 127 y ss.

34 Decisiones de la Comisión Europea de 24 de marzo de 2004 (Bol. 3-2004, punto 1.3.67.) y de 12 de julio de 2006.

contra *Microsoft*³⁵ quedaron muy lejos del planteamiento de la Comisión Europea. En cualquier caso, sólo razones de peso para la liberalización del mercado pueden justificar una intromisión tan grave en la propiedad intelectual como la obligación de revelar información sobre la interfaz a los competidores. El Tribunal Europeo de Primera Instancia (ahora: Tribunal de Justicia de la Unión Europea) ha confirmado en lo esencial las medidas de la Comisión en materia de derecho de la competencia.³⁶

En Estados Unidos, *Microsoft* fracasó con tres solicitudes de medidas cautelares contra competidores estadounidenses para acceder a documentos relativos a sus conversaciones con la Comisión Europea. Con ellas se pretendía demostrar que la autoridad de Bruselas había favorecido contactos "inapropiados" entre el representante técnico designado para revisar el cumplimiento de la normativa y las empresas competidoras de Microsoft.

- 3 El "enfoque más económico", que ha adoptado la Comisión Europea, puede conducir a una cierta convergencia en la práctica de las autoridades antimonopolio estadounidenses y las autoridades europeas de la competencia.³⁷ Según este enfoque, no sólo es importante la salvaguarda de una competencia sin distorsiones como objetivo primordial del régimen de competencia, sino también los intereses de terceros, en particular de los consumidores, que se ven afectados por el comportamiento empresarial o por una fusión.
- 4 Muchos sistemas jurídicos reaccionan ante los efectos transfronterizos de muchas restricciones de la competencia (especialmente las de las empresas multinacionales) aplicando la legislación nacional antimonopolio "extraterritorialmente"³⁸. La base para ello es la *doctrina de los efectos*. Según este principio, la ley nacional de competencia de un Estado se aplica si una restricción de la competencia tiene efectos en su territorio. La doctrina de los efectos fue desarrollada por la jurisprudencia estadounidense y actualmente se practica en gran parte de la comunidad internacional (incluida la República Federal de Alemania y la Comunidad Europea)³⁹. § El apartado 2 del artículo 130 de la Ley alemana contra las restricciones a la competencia declara que la Ley es aplicable si las restricciones a la competencia tienen efectos en el territorio nacional.
- 5 El debate sobre la extensión del derecho nacional a asuntos con implicaciones extranjeras sobre la base del principio de eficacia se ha desatado en el derecho de la competencia en particular. Con el fin de limitar el alcance del principio de efectos, se han desarrollado modelos (sobre todo en la literatura y la jurisprudencia estadounidenses) que pretenden evitar la extensión excesiva del derecho nacional de la competencia. En un principio, este esfuerzo se ve favorecido por una restricción general del principio de los efectos. Sólo debe aplicarse si el comportamiento en el extranjero tiene un *efecto sustancial* en el territorio del Estado regulador ("*efecto sustancial*")⁴⁰.

35 El procedimiento antimonopolio finalizó provisionalmente con un acuerdo extrajudicial entre el Departamento de Justicia de EE.UU. y Microsoft, según el cual Microsoft debe cumplir ciertos requisitos relativos a la divulgación de los registros de comunicaciones, por ejemplo, y esto será supervisado por un comité técnico.

36 Caso TPI T-201/04, EU:T:2007: 289 - *Microsoft* ./ *Comisión*; véase *A. Bartosch*, Das Urteil des Europäischen Gerichts erster Instanz in der Rechtssache Microsoft, RIW 2007, p. 908 y s.; *K.W. Lange*, Europäisches Kartellrecht und geistiges Eigentum - der Fall Microsoft, Geistiges Eigentum und Wettbewerb, 2009, p. 131 y ss.

37 Véase *W. Möschel*, Der Missbrauch marktbeherrschender Stellungen nach Art. 82 EG-Vertrag und der "More Economic Approach", JZ 2009, p. 1040 y ss.

38 Véase más arriba, § 3, 5. c).

39 Véase más arriba, § 3, 5. c).

40 Véase, por ejemplo, American Law Institute, Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States, vol. 1, 1987, § 402 para. 1 no. 1 *lit. c*.

- 6 Según la *Foreign States Antitrust Improvement Act* de 1982, la ley antimonopolio estadounidense (la *Sherman Act*) sólo debe aplicarse al comercio con Estados extranjeros si el comportamiento competitivo tiene un *efecto directo, sustancial y razonablemente previsible* ("*efecto directo, sustancial y razonablemente previsible*") en el mercado de EEUU⁴¹.

En el caso *Hoffman-La Roche Ltd. contra Empagran S. A.*⁴², la Corte Suprema de EE.UU. rechazó la aplicación de la ley de competencia estadounidense a la supuesta fijación de precios por parte de un cártel de vitaminas en la medida en que se refería a distorsiones de la competencia en el extranjero que eran independientes de los efectos nacionales (daños causados únicamente por la fijación de precios en el extranjero). Al hacerlo, la Corte Suprema diferencia entre la aplicación de la ley de competencia estadounidense a los efectos perjudiciales en el interior y la extensión de la ley estadounidense a los daños fuera de EEUU. En este caso, el tribunal plantea la cuestión retórica del propósito de aplicar la ley estadounidense a un daño en el extranjero que no afecta a los intereses o la responsabilidad de EEUU:

"[...] Nuestros tribunales han sostenido durante mucho tiempo que la aplicación de nuestras leyes antimonopolio a la conducta anticompetitiva extranjera es, no obstante, razonable y, por tanto, coherente con los principios de la cortesía prescriptiva, en la medida en que reflejan un esfuerzo legislativo para reparar nacional el perjuicio antimonopolio que la conducta anticompetitiva extranjera ha causado [...].

Pero ¿por qué es razonable aplicar esas leyes a la conducta extranjera *en la medida en que esa conducta cause un daño extranjero independiente y ese daño extranjero por sí solo dé lugar a la reclamación del demandante*? [...] ¿Por qué debería la ley estadounidense suplantar, por ejemplo, la propia determinación de Canadá o Gran Bretaña o Japón sobre la mejor manera de proteger a los clientes canadienses o británicos o japoneses de la conducta anticompetitiva llevada a cabo en parte significativa por empresas canadienses o británicas o japonesas u otras empresas extranjeras?"

- 7 La legislación de la Unión Europea también cubre las restricciones de la competencia en el extranjero que repercuten en el mercado interior europeo.⁴³

Por ejemplo, la Comisión Europea sólo autorizó la fusión entre los fabricantes de aviones estadounidenses *Boeing* y *McDonnell Douglas* tras largas disputas⁴⁴ (después de que las partes llegaran a un acuerdo con la Comisión para mitigar los efectos anticompetitivos de la fusión). *Boeing* es el mayor fabricante de aviones comerciales del mercado mundial, con una cuota de alrededor del 65%. Un competidor notable junto a *McDonnell Douglas* (cuota de mercado del 5%) es el consorcio *Airbus* (cuota de mercado del 30%). Ante la amenaza de rechazo por parte de la Comisión Europea, el gobierno estadounidense llegó a amenazar con una guerra comercial. En el último momento, *Boeing* y la Comunidad Europea llegaron a un acuerdo. Como resultado, la Comisión aprobó la fusión con condiciones bastante drásticas (por ejemplo, la renuncia a la cláusula de exclusividad en los contratos de suministro a largo plazo con tres grandes compañías aéreas estadounidenses, la escisión del negocio de aviones civiles de *McDonnell Douglas*, la transferencia de tecnologías militares avanzadas mediante licencias a los competidores).

41 15 U. S. C. §§ 6a) (45a). Esta limitación del ámbito de aplicación de la ley de competencia estadounidense no es una reacción a las críticas procedentes del extranjero sobre la aplicación extraterritorial de la ley por parte de los tribunales estadounidenses, sino que sirve para promover las exportaciones estadounidenses: las empresas estadounidenses sólo deberían estar sujetas a la ley de competencia estadounidense cuando operen en mercados extranjeros si su comportamiento tiene efectos nacionales significativos.

42 542 U. S. 155 (2004).

43 TJCE, ver. C-89, 104, 114, 116, 117, 125 a 129/85, EU:C:1993:120 - *Celulosa*.

44 DO 1997 L 336/16.

Sin embargo, no se llegó a un acuerdo amistoso sobre la adquisición de la empresa estadounidense *Honeywell* por parte de la empresa estadounidense *General Electric*. Esta absorción fue prohibida por la Comisión Europea en julio de 2001.⁴⁵

- 8 El requisito de una ponderación exhaustiva de los intereses ("*prueba de razonabilidad*")⁴⁶ antes de recurrir a los poderes reguladores nacionales tiene como principal objetivo desactivar aún más el principio de eficacia y contrarrestar los conflictos reguladores intergubernamentales.

La disposición de los distintos países a aplicar las normas de competencia extranjeras ante los tribunales nacionales, por ejemplo mediante la ejecución de reclamaciones por responsabilidad extracontractual debidas a la violación de la ley de competencia extranjera, es significativamente menor que la tendencia a aplicar su propia ley de competencia a situaciones con implicaciones extranjeras. Una excepción a esto es la nueva ley suiza de derecho internacional privado, que estipula en su artículo 37 párr. 1: "Las reclamaciones derivadas de restricciones de la competencia están sujetas a la ley del Estado en cuyo mercado la parte perjudicada se ve directamente afectada por la restricción."

- 9 En el marco de la Unión Europea se ha realizado por primera vez un sistema de competencia supranacional dotado de instrumentos de supervisión eficaces. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea pretende crear un mercado interior como "un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado" (véanse los apartados 1 y 2 del artículo 26 del TFUE). El mercado interior también incluye la protección de la competencia contra las distorsiones (Protocolo sobre el mercado interior y la competencia). Al mismo tiempo, el TFUE se compromete con el "principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia" (artículo 119 párrafo 1 TFUE). Los objetivos fundamentales del régimen europeo de competencia han sido objeto de un animado debate durante algún tiempo. Según la visión ordoliberal clásica, la política de competencia y la supervisión de la competencia tienen como objetivo último lograr una competencia abierta y salvaguardar la libertad de acción de los participantes en el mercado. En cambio, según un punto de vista más reciente, al objetivo de una competencia sin distorsiones se superponen ciertas preocupaciones de bienestar, como los incentivos a la innovación técnica o la promoción de los intereses de los consumidores. Este "*enfoque más económico*" ha ganado un terreno considerable en la comunicación.

- 10 Las normas de competencia del derecho de la Unión Europea se encuentran sobre todo en la prohibición de los cárteles del artículo 101 del TFUE, el Reglamento (CE) n° 1/2003 (el llamado "Reglamento sobre cárteles"),⁴⁷ la prohibición del abuso del artículo 102 del TFUE, el Reglamento sobre fusiones de 2004 y en las disposiciones del Tratado TFUE sobre empresas públicas (artículo 106 del TFUE) y sobre ayudas estatales (artículo 107 y ss. del TFUE). La Comisión Europea es responsable de supervisar el régimen de competencia. La inclusión de objetivos de política industrial en el TFUE es problemática en lo que respecta a la política de competencia. Según el Artículo 173, apdo. 1 del TFUE, la Unión y los Estados miembros velarán por que "se garanticen las condiciones necesarias para la competitividad de la industria de

45 Para la confirmación judicial de la decisión de la Comisión, véase TJCE, asunto T-209/01, EU:T:2005 : 455 - *Honeywell ./ Comision*; TJCE, asunto T-210/01, EU:T:2005 : 456 - *General Electric ./ Comision*.

46 Véase, por ejemplo, American Law Institute, Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States, vol. 1, 1987, § 402; sobre este problema, véase supra, § 3, 5. c).

47 DO 2003 L 1/1.

la Unión" (véase también el Artículo 173, apdo. 3, párr. 2 del TFUE). Según el artículo 179 (1) TFUE, la Unión Europea debe "fortalecer las bases científicas y tecnológicas" y "fomentar el desarrollo de su competitividad". Los planteamientos de la política industrial entran en tensión con un orden competitivo estrictamente basado en el mercado que se resiste a las tentaciones intervencionistas, especialmente en la promoción o aceptación de concentraciones de poder en la competencia global. Un ejemplo de ello es el generoso tratamiento de las fusiones entre empresas con grandes cuotas de mercado ("matrimonios elefantiásicos") en el contexto del control europeo de las fusiones.

- 11 El artículo 101 (1) del TFUE contiene la prohibición fundamental de los acuerdos restrictivos o prácticas concertadas "que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común". La Comisión puede autorizar determinados acuerdos y prácticas mediante una decisión de exención; se trata de exenciones en interés de la protección de los consumidores y del progreso técnico o económico (artículo 101 (3) TFUE). La Comisión ha publicado varios reglamentos de exención por categorías sobre la base de esta autorización. Además, el artículo 101 (3) del TFUE tiene un efecto directo de exención (artículo 1 (2) del Reglamento [CE] nº 1/2003). Las empresas implicadas deben examinar en primer lugar las condiciones de exención por su cuenta y riesgo y, a continuación, las autoridades competentes en materia de competencia.
- 12 El apartado 1 del artículo 102 del TFUE prohíbe el abuso de una posición dominante en el mercado que pueda suponer un perjuicio para el comercio interestatal. El control europeo de los abusos tiende a ser más estricto que en Estados Unidos. A día de hoy, la desconfianza latente hacia el ejercicio de posiciones dominantes en el mercado es más pronunciada en Europa que en EE.UU., donde una posición dominante en el mercado se interpreta generalmente como una prima merecida por un comportamiento eficiente del mercado.

En determinadas circunstancias, la prohibición de abuso también puede dar lugar a la obligación de una empresa dominante de suministrar bienes a un competidor⁴⁸ o de prestar otros servicios a los competidores. Sin embargo, la jurisprudencia más reciente impone condiciones estrictas a tales obligaciones, en particular cuando se trata de abrir el programa de servicios a los competidores⁴⁹ o de conceder acceso a productos protegidos por derechos de propiedad intelectual⁵⁰. En concreto, la negativa de la empresa dominante debe frustrar irrevocablemente la competencia viable e impedir el desarrollo de nuevos productos. Esta jurisprudencia garantiza que el acceso forzoso a los productos de un competidor dominante no cree incentivos negativos y que los derechos de propiedad de una empresa dominante no se vean indebidamente menoscabados.

En el asunto *Microsoft*, el Tribunal Europeo de Primera Instancia (actualmente: Tribunal de Justicia de la Unión Europea) calificó el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual mediante la denegación de una licencia como abuso de posición dominante en el mercado sólo en condiciones muy restringidas y considera que cuatro criterios son decisivos para ello⁵¹:

48 TJCE, verb. C-6/73 y C-7/73, EU:C:1974:18 - *Cooperación en materia de disolventes comerciales*.
49 TJCE, asunto C-7/97, EU:C:1998: 569, párrafo 41 - *Bronner*.
50 TJCE, asunto C-418/01, EU:C:2004: 257, apartado 38 - *IMS Health*.
51 Véase el párrafo 2 anterior.

1. la denegación se refiere a un bien o servicio "indispensable" para el ejercicio de una actividad concreta en un mercado vecino;
2. la denegación de licencia excluye toda competencia efectiva en este mercado vecino;
3. la denegación de licencia impide la creación de un nuevo producto para el que existe una demanda potencial por parte de los consumidores;
4. la denegación de la licencia no está justificada objetivamente.⁵²

13 El propio TFUE regula el control de las concentraciones sólo de manera imperfecta. En este ámbito, el Reglamento de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas (Reglamento de concentraciones)⁵³ ha creado un amplio instrumento de supervisión. El Reglamento de concentraciones permite un control eficaz de todas las concentraciones que puedan tener un impacto significativo en la estructura competitiva. El ámbito de aplicación del Reglamento abarca las concentraciones en el sentido del artículo 3, es decir, las fusiones de empresas y la adquisición de una influencia decisiva por parte de una empresa sobre otra (incluida la creación de una empresa conjunta "concentradora" que, como entidad económica autónoma, desempeñe funciones esenciales en lugar de una o varias empresas afectadas o en un nuevo sector). El Reglamento de concentraciones sólo se aplica a las fusiones que tienen una "dimensión comunitaria" (Artículo 1 párr. 1 en relación con el párr. 2). Deben superarse determinados umbrales (artículo 1 apdo. 2): un volumen de negocios total a escala mundial de todas las empresas implicadas superior a 5.000 millones de euros y un volumen de negocios total a escala de la Unión de al menos dos empresas implicadas superior a 250 millones de euros cada una (excluidos los casos en los que las empresas implicadas en la concentración realicen cada una más de dos tercios de su volumen de negocios total a escala de la Unión en un mismo Estado miembro). El Reglamento sobre concentraciones sustituye a la legislación nacional sobre competencia de los Estados miembros en el caso de las concentraciones con dimensión a escala de la Unión (apartado 3 del artículo 21). En determinadas condiciones, las concentraciones de dimensión comunitaria también pueden ser examinadas por las autoridades competentes del Estado miembro (artículo 4 (4)).

Al examinar la compatibilidad de las concentraciones con el mercado común, la Comisión debe tener en cuenta los criterios de evaluación establecidos en el Artículo 2 (1). Entre ellos figuran, en particular, la necesidad de una competencia efectiva en el mercado común, "especialmente en lo que se refiere a la estructura de todos los mercados afectados y a la competencia real o potencial de las empresas situadas dentro o fuera de la Unión", la posición en el mercado y el poder económico y financiero de las empresas afectadas, los intereses de los proveedores, clientes y consumidores y el desarrollo del progreso técnico y económico. Las fusiones deben declararse incompatibles con el mercado común si "crean o refuerzan una posición dominante de resultados de la cual la competencia efectiva se vería obstaculizada de forma significativa en el mercado común o en una parte sustancial del mismo"; en caso contrario, deben declararse autorizadas (Artículo 2 (2) y (3)). El derecho europeo de la competencia sigue así la llamada "prueba SIEC", que se basa en un *impedimento significativo de la competencia efectiva*. Con la "prueba SIEC", el control europeo de las fusiones ya no requiere necesariamente la creación

52 TPI, asunto T-201/04, EU: T:2007: 289 - *Microsoft./.* Comisión.
53 Reglamento (CE) n° 139/2004, DO 2004 L 24/1.

o el fortalecimiento de una posición dominante (*prueba de dominancia*). Esto acerca la legislación antimonopolio europea al control de las fusiones estadounidense, que exige una *disminución sustancial de la competencia* ("prueba SLC") como criterio de prohibición.

- 14** De especial importancia para el derecho internacional de la competencia es la contención de las ayudas estatales que puedan falsear la competencia. En el derecho de la Unión Europea, el artículo 107 (1) del TFUE prohíbe "las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones" si afectan negativamente al comercio entre los Estados miembros. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas entiende el concepto de ayuda en sentido amplio como "medidas que, de diversas maneras, reducen la carga que normalmente soporta una empresa"⁵⁴. Según la nueva jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, "sólo las ventajas concedidas directa o indirectamente mediante fondos estatales cumplen el criterio de ayuda"⁵⁵. Por lo tanto, las devoluciones basadas en monopolios legales o las ventajas debidas a las garantías de tasas estatales para las obligaciones legales de compra no constituyen ayudas estatales. Las excepciones a la prohibición fundamental de las ayudas estatales se aplican a los tipos de ayuda enumerados en el Artículo 107 (2) del TFUE. Además, determinados tipos de ayuda pueden autorizarse sobre la base de reglamentos dictados por las instituciones de la UE (artículo 107 (3) TFUE). La Comisión es responsable de supervisar las ayudas estatales (artículo 108 TFUE).
- 15** Una de las cuestiones especialmente delicadas del derecho de la competencia de la Unión Europea es el tratamiento privilegiado del comportamiento competitivo de las instituciones estatales y de las empresas a las que el Estado ha encomendado la prestación de servicios de interés público. En principio, las normas de competencia de la legislación de la UE también se aplican a las empresas públicas y a las empresas con derechos especiales conferidos por el Estado (como Deutsche Post AG, que tiene una licencia exclusiva legal) (artículo 106 (1) TFEU). La disposición del Artículo 106 párr. 2 frase 1 TFUE exige a las empresas públicas encargadas de la gestión de servicios de interés económico o que tengan carácter de monopolio financiero de estar vinculadas por las normas de competencia del TFUE en la medida en que "la aplicación de dichas normas [...] obstaculizaría el cumplimiento, de hecho o de derecho, de la misión específica a ellas confiada". Según la jurisprudencia del TJCE, los monopolios estatales de servicios constituyen un abuso de posición dominante prohibido por el artículo 102 del TFUE si los organismos públicos en situación de monopolio no pueden satisfacer adecuadamente la demanda del mercado con sus propios servicios⁵⁶.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha pronunciado sobre la admisibilidad de los servicios postales en régimen de monopolio según la legislación de la UE en el caso *Corbeau*, que se refería al monopolio del servicio postal estatal belga para transportar y distribuir todos los envíos postales en todo el reino. En el procedimiento principal, se acusaba a un comerciante de recoger el correo del remitente y enviarlo por correo en la ciudad de Lieja y sus alrededores. El Tribunal se pronunció sobre la compatibilidad de tal monopolio de servicios con el artículo 106, apartados 1 y 2, del TFUE en relación con la prohibición de abuso (artículo 102 del TFUE):

54 TJCE, asunto C-30/59, EU:C:1961: 2 - *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg*, Rec. 1961, 1 (43).

55 Así, sobre la Ley alemana de alimentación eléctrica TJCE, asunto C-379/98, EU:C:2001:160, apartado 58 - *Preussen Elektra*.

56 Por ejemplo, sobre el monopolio de la Oficina Federal de Trabajo en la colocación de ejecutivos TJCE, asunto C-41/90, EU:C:1991:161.

"La exclusión de la competencia no está justificada en el caso de servicios específicos, separables de los servicios de interés general, que responden a necesidades concretas de los operadores económicos y requieren determinadas prestaciones adicionales que el servicio postal tradicional no ofrece, como la recogida en el domicilio del remitente, una distribución más rápida o fiable o la posibilidad de cambiar de destino durante el transporte, y siempre que estos servicios, por su naturaleza y las circunstancias en que se ofrecen, como el territorio en que se prestan, no pongan en peligro el equilibrio económico del servicio postal, cambio de destino durante el transporte, y siempre que estos servicios, por su naturaleza y las circunstancias en las que se ofrecen, como el territorio en el que se prestan, no pongan en peligro el equilibrio económico del servicio de interés económico general prestado por el titular del derecho exclusivo."⁵⁷

El desmantelamiento de los derechos de monopolio en el sector postal está ahora regulado en la Directiva de Servicios Postales de la CE⁵⁸. No obstante, la jurisprudencia de *Corbeau* sigue mereciendo atención. Ello se debe a que demuestra la limitación de los derechos especiales de las empresas públicas en aras de la innovación y la satisfacción de la demanda actual.

- 16** En determinados mercados, la supervisión económica estatal sirve para mantener y garantizar el funcionamiento de la competencia con la ayuda de instrumentos especiales de intervención. Siguiendo el modelo estadounidense de "*industrias reguladas*", el término "regulación" se ha impuesto en Alemania y en la legislación de la Unión Europea⁵⁹. Se trata sobre todo de salvaguardar de forma sostenible la competencia en los mercados en los que una posición dominante en el mercado debida a un antiguo monopolio legal y a la infraestructura asociada o a monopolios de hecho (como el control de una red de gasoductos) dificultan el acceso de los competidores al mercado (por ejemplo, en el sector del correo y la paquetería, las telecomunicaciones y el suministro de electricidad o gas). Los instrumentos reguladores son, por ejemplo, el acceso a las redes de gasoductos o a partes individuales de un programa de servicios, el control de las tarifas de uso y los precios finales para los consumidores. Las actividades de las autoridades reguladoras (en Alemania: la Agencia Federal de Redes de Electricidad, Gas, Telecomunicaciones, Correos y Ferrocarriles) se encuentran entre el delicado equilibrio entre el objetivo deseado de una competencia eficaz y el menoscabo de los incentivos para la innovación y la libertad empresarial. También es problemática la relación entre la regulación administrativa y las decisiones rectoras de la política de competencia, que en un Estado constitucional democrático son fundamentalmente responsabilidad del poder legislativo parlamentario. En la Unión Europea ha surgido una red reguladora de autoridades reguladoras nacionales y la Comisión Europea, por ejemplo en los sectores de las telecomunicaciones y la energía⁶⁰.

57 TJCE, asunto C-320/91, EU:C:1993:198, apartado 19 – *Corbeau*.

58 Véase más arriba § 14, 5.

59 Por ejemplo, *M. Bullinger*, Regulierung als modernes Instrument zur Ordnung liberalisierter Wirtschaftszweige, DVBl. 2003, p. 13 ¶¶; *T. v. Danwitz*, Was ist eigentlich Regulierung?, DÖV 2004, p. 977 y ss.; *J. Masing*, Die US-amerikanische Tradition der Regulated Industries und die Herausbildung eines europäischen Regulierungsverwaltungsrechts, AöR 128 (2003), p. 558 y ss.

60 *G. Britz*, ¿De una red administrativa europea a una red reguladora? - European administrative development using the example of network access regulation in telecommunications, energy and rail -, EuR 2006, p. 46 y ss.

§ 18. Derecho concursal internacional

Literatura:

H. Burman/J. L. Westbrook, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional: Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza, 36 (1997) ILM, p. 386 y ss.; *P. Kindler/S. Sakka*, La refundición del Reglamento europeo de insolvencia, *EuZW* 2015, p. 460 y ss.; *P. Leonhardt/S. Smid/M. Zeuner* (eds.), *Internationales Insolvenzrecht*, 2ª ed. 2012; *P. Omar* (ed.), *International Insolvency Law: Reforms and Challenges*, 2013; *K. v. Pannen* (ed.), *European Insolvency Regulation*, 2011; *C. Paulus*, *Reglamento europeo de insolvencia*, 6ª ed. 2021.

- 1 La legislación internacional en materia de insolvencia ha cobrado un interés creciente en vista de la dispersión de los activos de las empresas con actividad internacional. El punto de partida es el principio de que el derecho nacional se aplica a la tramitación de los procedimientos de insolvencia. En el caso del acceso transfronterizo a los bienes del deudor, la finalidad de los procedimientos de insolvencia, a saber, la satisfacción equitativa de los acreedores, se ve cargada de problemas especiales. Esto se aplica a los efectos de una insolvencia nacional en el extranjero de manera similar a los efectos de una insolvencia extranjera en Alemania, por ejemplo en lo que respecta a los poderes del administrador de la insolvencia o a las restricciones del deudor en materia de enajenación. Si los bienes del deudor insolvente se encuentran fuera del Estado en el que se tramita el procedimiento de insolvencia, se plantea la cuestión decisiva de la legislación internacional en materia de insolvencia: la cuestión del reconocimiento de las medidas de insolvencia extranjeras por parte de los distintos Estados.
- 2 Con el principio de territorialidad, la igual satisfacción de los acreedores se sacrifica a la compartimentación del sistema jurídico nacional. Por el contrario, el principio de universalidad significa que todos los bienes -en el extranjero- están cubiertos cuando se abre un procedimiento de insolvencia. Los dos principios contrapuestos abordan aspectos diferentes de los procedimientos de insolvencia. El principio de territorialidad se centra en el ejercicio de poderes soberanos limitados geográficamente y en la referencia a la soberanía territorial del Estado. El principio de universalidad, por su parte, se orienta hacia la finalidad del procedimiento de insolvencia, que pretende equilibrar los intereses privados y no los intereses estatales específicos.
- 3 Algunos ordenamientos jurídicos combinan ambos principios: validez extraterritorial de la apertura de procedimientos de insolvencia nacionales según el principio de universalidad, por un lado, y restricción territorial de las medidas de insolvencia extranjeras según el principio de territorialidad, por otro. Esta postura también fue defendida por la jurisprudencia alemana durante mucho tiempo hasta que el Tribunal Federal de Justicia la abandonó⁶¹.
- 4 Según la legislación alemana, el principio de universalidad siempre se ha aplicado a los efectos de los procedimientos de insolvencia alemanes sobre los bienes extranjeros del deudor (véase el artículo 35 del Código de Insolvencia)⁶². La aplicación del principio de universalidad depende generalmente de que la insolvencia nacional sea reconocida en el extranjero. Si un Estado extranjero sigue el principio de territorialidad y no reconoce la insolvencia nacional, el administrador concursal no puede embargar los bienes extranjeros del deudor y no puede

61 Véase el considerando 5.

62 BGHZ 68, 16 (17).

impedir la ejecución forzosa individual contra estos bienes. En el caso del embargo individual de bienes extranjeros por parte de un acreedor, que era contrario a la legislación alemana sobre insolvencia, el Tribunal Supremo Federal reconoció la demanda de restitución del administrador concursal contra el acreedor⁶³.

- 5 La legislación alemana ha experimentado un cambio en lo que respecta a los efectos jurídicos de la insolvencia extranjera. Apartándose de la jurisprudencia anterior, el Tribunal Federal de Justicia rechazó la restricción territorial de los efectos de los procedimientos de insolvencia extranjeros en una sentencia histórica de 1985 y adoptó también el principio de universalidad en favor de las medidas de insolvencia extranjeras⁶⁴. En este caso, el Tribunal Federal de Justicia concedió a un administrador concursal belga la facultad de hacer valer un crédito del deudor ante los tribunales alemanes. Las nuevas disposiciones de la legislación alemana sobre insolvencia estipulan expresamente que los procedimientos de insolvencia extranjeros cubren en general los bienes del deudor situados en Alemania. No obstante, el reconocimiento de la apertura de un procedimiento de insolvencia extranjero y de las sentencias dictadas en dicho procedimiento queda excluido en determinadas condiciones, a saber, si los tribunales del Estado extranjero no son competentes con arreglo a la legislación alemana o si el reconocimiento fuera manifiestamente incompatible con los principios fundamentales de la legislación alemana (artículo 343 del Código de insolvencia alemán).
- 6 Las medidas de insolvencia de un Estado sólo pueden aplicarse satisfactoriamente en otro Estado sobre la base de tratados internacionales sobre los efectos extranjeros de la insolvencia. Un ejemplo de ello es el tratado de 1979 (ahora sustituido por la legislación de la UE) entre la República Federal de Alemania y la República de Austria en el ámbito del derecho concursal y de convenio⁶⁵.
- 7 De forma similar al Convenio de Quiebra del Consejo de Europa de 1990⁶⁶, el Reglamento (UE) 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia⁶⁷ establece que la apertura de un procedimiento de insolvencia por un tribunal competente de un Estado miembro de la UE será reconocida en los demás Estados miembros (Artículo 19 apdo. 1). Según el Artículo 3 (1), la competencia internacional para la apertura de procedimientos corresponde a los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio el deudor tenga el centro de sus intereses principales. Los tratados aplicables entre los Estados miembros de la UE quedan sustituidos por el Reglamento (Artículo 85 apartado 1).

En 1997, la CNUDMI adoptó el texto de una ley modelo sobre insolvencias transfronterizas⁶⁸. Las preocupaciones centrales de esta ley modelo son el acceso de las partes de insolvencia extranjeras a los tribunales nacionales y un procedimiento práctico para reconocer los procedimientos de insolvencia extranjeros.

63 BGHZ 88, 147 (155 f.).

64 BGHZ 95, 256 (263 y ss.); véase por ejemplo *H. Hanisch*, Die Wende im deutschen internationalen Insolvenzrecht, ZIP 1985, p. 1233 y ss.; *E. Lau*, Zur Änderung der Rechtsprechung des BGH über die Wirkung des Auslandskonkurses im Inland, BB 1986, p. 1450 y ss.

65 BGBl. 1985 II, p. 411 (412).

66 ILM 30 (1991), p. 165; véase *H. Arnold*, Straßburger Entwurf eines europäischen Konkursübereinkommens, IPRax 1986, p. 133 y ss.

67 DO 2015 L 141/19.

68 Sobre este punto, *O. Benning/A. Wehling*, La "Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza" de las Naciones Unidas, EuZW 1997, p. 618 y ss.

§ 19. Derecho Tributario internacional

Literatura:

W. Frotscher, Internationales Steuerrecht, 4.^a ed. 2015; *V. Kluge*, Das Internationale Steuerrecht, 4.^a ed. 2000; *Y. Margalioth*, Taxation, International, en: R. Wolfrum (ed.), MPEPIL, vol. IX, 2012, p. 769 y ss.; *H. Schaumburg*, Internationales Steuerrecht, 4.^a ed. 2017; *K. Vogel/M. Lehner* (eds.), Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern von Einkommen und Vermögen, Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen, 7.^a ed. 2021; *F. Wassermeyer/C. Kaiser/M. Schwenk/K.-D. Drüen*, (ed.), Doppelbesteuerungsabkommen, comentario en hojas sueltas sobre todos los convenios alemanes de doble imposición, 2002 (a partir de abril de 2022).

- 1 El derecho tributario internacional se ocupa de la normativa que regula los asuntos fiscales con implicaciones en el extranjero. El derecho tributario extranjero nacional de cada país cubre las situaciones transfronterizas desde el punto de vista fiscal. Por un lado, se trata de la tributación de los nacionales o personas domiciliadas en Alemania que mantienen relaciones económicas en el extranjero y, por otro, de los extranjeros con relaciones económicas en Alemania. Este concepto de derecho tributario va más allá de las normas del derecho internacional sobre soberanía tributaria y doble imposición. Cada país tiene su propio derecho tributario internacional con respecto a las situaciones transfronterizas (a menudo subdividido en derecho de doble imposición y derecho tributario extranjero). El derecho tributario internacional de la República Federal de Alemania, por ejemplo, está muy influido por las normas de los tratados internacionales (en concreto, la doble imposición) y el derecho de la Unión Europea.
- 2 El derecho internacional consuetudinario sólo exige un factor de conexión (personal o territorial) suficiente para la utilización de la potestad tributaria⁶⁹. En la medida en que la obligación tributaria se basa en la residencia nacional o (y) en la nacionalidad, la mayoría de los países industrializados siguen el principio de la renta mundial (principio global, "unrestricted tax liability"). Esto significa que, en general, los contribuyentes nacionales están sujetos a imposición por su renta mundial. Sin embargo, la imposición basada en la fuente de la renta (principio de la fuente, principio de origen) se limita territorialmente a determinadas rentas. Según este principio, los contribuyentes sólo están sujetos a imposición por sus activos e ingresos nacionales obtenidos en el país. El principio de origen desempeña un papel clave en América Latina en particular.
- 3 La coexistencia de diferentes bases imposables y la popularidad del principio de la renta mundial en la comunidad internacional conducen a menudo a un acceso competitivo de dos Estados a una misma situación a efectos fiscales. El acceso de dos o más Estados a una determinada fuente de ingresos puede provocar distorsiones de la competencia y neutralizar las ventajas naturales de un lugar de producción. La constatación de las consecuencias negativas de la imposición múltiple está alimentando los esfuerzos en la práctica estatal para evitar la doble imposición.

⁶⁹ Véase, por ejemplo, American Law Institute, Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States, Vol. 1, 1987, § 411: "(1) Un estado puede ejercer jurisdicción para gravar a una persona, física o jurídica, sobre la base de (a) su nacionalidad, (b) su domicilio o (c) su residencia. (2) Un estado puede ejercer jurisdicción limitada para gravar a una persona, física o jurídica, sobre la base de (a) presencia o realización de negocios en su territorio, o (b) propiedad de bienes situados en su territorio. (3) Un estado puede ejercer jurisdicción para gravar (a) la propiedad ubicada en su territorio, o (b) una transacción que ocurra, se origine o termine en su territorio o tenga alguna otra conexión sustancial con el estado".

- 4 Sólo los acuerdos internacionales pueden ofrecer una solución satisfactoria a las demandas tributarias en competencia. Numerosos acuerdos de doble imposición regulan la competencia del acceso tributario con el objetivo de evitar o al menos mitigar una doble carga irrazonable para el contribuyente y distribuir adecuadamente los ingresos tributarios potenciales entre los Estados competidores. Además de tener en cuenta los intereses de los contribuyentes, los acuerdos de doble imposición también pretenden contrarrestar la reducción de las reclamaciones tributarias mediante el desplazamiento abusivo de los ingresos. En la práctica internacional, los acuerdos bilaterales de doble imposición desempeñan un papel decisivo. Además de los acuerdos bilaterales (actualmente más de 1000), sólo existen unos pocos acuerdos multilaterales sobre doble imposición (por ejemplo, entre los países escandinavos).
- 5 La mayoría de los acuerdos de doble imposición siguen el modelo del Modelo de Convenio tributario de la OCDE. Éste se introdujo por primera vez en 1963 y fue revisado posteriormente⁷⁰. Además del Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE, las Naciones Unidas han proporcionado un modelo de convenio específico para evitar la doble imposición entre los países industrializados y los países en desarrollo. Aunque este modelo de convenio de la ONU se basa en el modelo de la OCDE, da mayor margen a posibles retenciones en la fuente en interés de los países en desarrollo importadores de capital.
- 6 Como parte de los mecanismos para evitar una doble carga excesiva para los contribuyentes, los convenios de doble imposición prevén la renuncia a determinados ingresos por parte del país de residencia o del país de origen y el abono de los impuestos extranjeros. Algunos tipos de ingresos se asignan generalmente al país de residencia o al país de domicilio en los tratados. Por ejemplo, según la práctica de los tratados, la imposición de los ingresos de las compañías navieras o de aviación suele ser responsabilidad exclusiva del Estado en el que las respectivas compañías tienen su sede administrativa. Si el país del domicilio se abstiene de tributar a este respecto, estas empresas disfrutan de una exención fiscal total. Panamá, Costa Rica y Liberia, por ejemplo, ofrecen incentivos tributarios a las compañías navieras domiciliadas. El acceso tributario a los ingresos procedentes de bienes inmuebles suele asignarse al país de domicilio en virtud de acuerdos de doble imposición.
- 7 El establecimiento de las llamadas "sociedades base"⁷¹ en paraísos fiscales o países de baja tributación (como Liechtenstein, Panamá o las Antillas Neerlandesas) desempeña un papel importante en el aprovechamiento de los diferenciales tributos internacionales. En la práctica, esto implica el desplazamiento de los beneficios a favor de una entidad corporativa independiente en un país extranjero de baja tributación, que está controlada por una empresa matriz nacional y desempeña ciertas funciones para ella (por ejemplo, como sociedad de cartera o de explotación de patentes, manteniendo o gestionando inversiones en otras empresas). Según la legislación de muchos países, los beneficios de dicha sociedad base pueden ser gravados (en el sentido de atribución en virtud del control) si la dirección de facto de la sociedad base está situada en Alemania o si el desplazamiento de beneficios constituye un abuso de las opciones de planificación fiscal.

70 Versión actual de los artículos del Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE sobre la Renta y sobre el Patrimonio, julio de 2010, <http://www.oecd.org/tax/treaties/47213736.pdf> (consultado el 03 de enero de 2022).

71 Por ejemplo, V. Kluge, *Das Internationale Steuerrecht*, 4ª ed. 2000, p. 131 y ss.

- 8 La tributación de las empresas multinacionales es un problema particular. Varias grandes corporaciones mundiales trasladan la tributación de los beneficios generados en otros países a países de baja tributación. La legislación tributaria de algunos países somete la renta mundial de un grupo de empresas con empresas matrices o filiales nacionales a ("*imposición unitaria*") imposición, dividiendo la renta mundial del grupo en función de determinados criterios.⁷²

La Corte Suprema de EE.UU. ha confirmado un régimen de acceso de gran alcance del Estado de California, que a efectos fiscales exige la contabilización de los miembros del grupo empresarial conectados por "*unitary business*" sin tener en cuenta las barreras geográficas y divide la renta imponible en función de la localización de determinados factores (activos, mano de obra y volumen de negocios) dentro o fuera de California.⁷³

- 9 En junio de 2021, los ministros de Finanzas del G7 acordaron una reforma tributaria global para frenar la competencia internacional entre sedes empresariales mediante una baja tributación de las empresas multinacionales y mecanismos para trasladar los beneficios a países de baja tributación. Según esto, los Estados del mercado en los que se generan los beneficios deberían implicarse más en la tributación. En la economía digital (con empresas como Amazon, Apple, Facebook y Google), los Estados de la UE en particular se beneficiarían de ello. A instancias de EE.UU., el G7 también quiere lograr un impuesto mínimo global sobre los beneficios empresariales (*impuesto mínimo global*) del 15%. Con una baja tributación de las filiales de las grandes empresas, esto garantizaría mayores ingresos tributarios, especialmente para EE.UU. como sede de las empresas matrices estadounidenses.

72 C. Luttermann, Besteuerung multinationaler Konzerne in der Vereinigten Staaten von Amerika, RIW 1996, p. 935 y ss.

73 Tribunal Supremo, *Barclays Bank Plc contra Franchise Tax Board of California*, ILM 33 (1994), p. 909 y ss.

Quinta parte:

Derecho internacional de la expropiación y Derecho de inversiones

§ 20. Expropiaciones en virtud del derecho internacional

1. Admisibilidad de las expropiaciones

Literatura:

K.-H. Böckstiegel, Enteignungs- oder Nationalisierungsmaßnahmen gegen ausländische Kapitalgesellschaften, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Vol. 13, 1974, p. 7 y ss.; *J. H. Cox*, Expropriation in Investment Treaty Arbitration, Oxford, 2019; *R. Dolzer*, Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property, *AJIL* 75 (1981), p. 553 y ss.; *ders*, Property, Expropriation and Compensation in Applicable International Law, 1985; *ibid*, Indirect Expropriation of Alien Property, *ICSID Review* 1 (1986), p. 41 y ss.; *B. Großfeld*, Internationales und Europäisches Unternehmensrecht, 2ª ed. 1995; *H. J. Hahn*, Konfiskation von Mitgliedschaftsrechten, en: *Festschrift für Günther Beitzke*, 1979, p. 491 y ss.; *R. Higgins*, The Taking of Property by the State, *Recent Developments in International Law*, *RdC* 176 (1982 III), pp. 259 y ss.; *E. Jiménez de Aréchaga*, State Responsibility for the Nationalisation of Foreign Owned Property, *New York University Journal of International Law and Politics*, 11 (1978), p. 179 y ss.; *J. A. Kämmmerer*, Der Schutz des Eigentums im Völkerrecht, *Bitburger Gespräche Jahrbuch* 2004/1, p. 143 y ss.; *C. Knahr/A. Reinisch*, Aktuelle Probleme und Entwicklungen im Internationalen Investitionsschutzrecht, 2008; *G. Lagergren*, Five Important Cases on Nationalisation of Foreign Property, 1988; *R. B. Lillich* (ed.), *The Valuation of Nationalized Property in International Law*, cuatro vols., 1972; *A. Newcombe*, The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law, *ICSID Review* 20 (2005), p. 1 y ss.; *P. M. Norton*, ¿Una ley del futuro o una ley del pasado? Modern Tribunals and the International Law of Expropriation, *AJIL* 85 (1991), p. 474 y ss.; *O. Schachter*, Compensation for Expropriation, *AJIL* 78 (1984), p. 121 y ss.; *I. Seidl-Hohenveldern*, *International Economic Law*, 3ª ed. 1999, p. 137 y ss.; *J. A. Westberg*, Compensation in Cases of Expropriation and Nationalisation: Awards of the Iran-United States Claims Tribunal, *ICSID Review* 5 (1990), p. 256 y ss.; *B. H. Weston*, The Charter of Economic Rights and Duties of States and the Deprivation of Foreign-Owned Wealth, *AJIL* 75 (1981), p. 437 y ss.

- 1 La expropiación de activos por parte de un Estado requiere, como en el caso del uso de los poderes reguladores nacionales, que exista una conexión con la soberanía territorial o personal del Estado expropiante. En principio, todo Estado está autorizado, en virtud de su soberanía territorial, a expropiar bienes situados en su territorio. El término "expropiación" abarca cualquier privación de derechos de propiedad por un acto soberano individual o por ley. Sin embargo, una expropiación también puede ser la restricción legal o de facto del uso de una propiedad, lo que equivale a una incautación. El término "nacionalización" se utiliza sobre todo cuando se trata de medidas de expropiación que afectan a ramas enteras de la actividad empresarial (como el sector bancario o la minería). Las expropiaciones sin indemnización suelen denominarse "confiscación".

El derecho internacional consuetudinario impone restricciones especiales a la expropiación de extranjeros. La "propiedad" en el sentido del derecho consuetudinario (normas generales del derecho internacional) incluye todos los derechos de propiedad enajenables de los particulares (en particular, la propiedad de bienes muebles e inmuebles), los derechos reales como los gravámenes, las reclamaciones, los derechos de participación en sociedades y los derechos de propiedad intelectual. Hoy en día, la propiedad también incluye el llamado *fondo de comercio*, es decir, las relaciones comerciales (cartera de clientes, etc.) y la posición en el mercado que determinan el valor de una empresa¹. Sin embargo, las meras oportunidades de mercado volátiles no se incluyen en la propiedad².

- 2 Los Estados gozan de una amplia libertad reglamentaria a la hora de privar a sus propios nacionales de sus bienes. En este sentido, se trata principalmente de una cuestión de protección de la propiedad en virtud del derecho constitucional, tal y como se desprende en Alemania del artículo 14 de la Constitución (con el requisito de indemnización del apartado 3 del artículo 14 de la Constitución). Las restricciones al acceso a la propiedad de los propios nacionales pueden derivarse de los tratados de protección de los derechos humanos. Por ejemplo, la protección de la propiedad en virtud del Artículo 1 del Primer Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos incluye, en principio, el derecho a una indemnización en caso de expropiación. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos remite la referencia a los principios generales del derecho internacional del apartado 1 del Artículo 1 de la disposición únicamente a la expropiación de extranjeros. Pero en el caso de la expropiación de los propios nacionales, el Tribunal deriva un derecho fundamental a la indemnización del principio de proporcionalidad y del hecho de que la expropiación sin indemnización constituye generalmente un sacrificio especial irrazonable³. En este contexto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia concede al legislador un amplio margen de apreciación a la hora de regular las indemnizaciones, sobre todo en el caso de las medidas de nacionalización sectorial ("nacionalizaciones")⁴. En el marco del Derecho de la Unión Europea, la protección de la propiedad es uno de los principios jurídicos generales que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha desarrollado recurriendo a las tradiciones constitucionales nacionales de los Estados miembros y al Convenio Europeo de Derechos Humanos⁵. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea garantiza el derecho a la propiedad y prevé una "indemnización oportuna y adecuada" en caso de privación de la propiedad (Artículo 17).

1 El IPGH, *El caso Oscar Chinn*, PCIJ Reports Ser. A/B, No. 63, p. 25. Sobre la consideración de la *buena fe* en la indemnización ofrecida *American International Group, Inc. v. Iran*, Iran-U.S.C.T.R. 4 (1983 III), P. 96 (106).

2 IPGH, *El caso Oscar Chinn*, Informes del IPJ Ser. A/B, No. 63, p. 25.

3 TEDH, *Lithgow c. Reino Unido*, Serie A, Vol. 102 (1986), §§ 112 y ss.

4 TEDH, *Lithgow c. Reino Unido*, Serie A, vol. 102 (1986), párrs. 121 f. (122): "Una decisión de promulgar una legislación de nacionalización implicará comúnmente la consideración de diversas cuestiones sobre las que las opiniones dentro de una sociedad democrática pueden razonablemente diferir ampliamente. Debido a su conocimiento directo de su sociedad y de sus necesidades y recursos, las autoridades nacionales están en principio mejor situadas que el juez internacional para apreciar qué medidas son apropiadas en este ámbito y, en consecuencia, el margen de apreciación de que disponen debería ser amplio. En opinión del Tribunal, sería artificial a este respecto divorciar la decisión sobre las condiciones de indemnización de la decisión real de nacionalizar, ya que los factores que influyen en esta última también influirán necesariamente en la primera."

5 TJCE, asunto 44/79, EU:C:1979 : 290 - *Hauer*, Rec. 1979, 3727 (3745).

- 3 El derecho internacional consuetudinario somete la expropiación de extranjeros a ciertas condiciones en el sentido de una norma mínima de derecho extranjero. La justificación de la protección especial de los extranjeros en virtud del derecho internacional reside en el hecho de que, a diferencia de los nacionales del Estado expropiador, están excluidos del proceso de toma de decisiones políticas y tampoco están integrados en la comunidad estatal, a la que los beneficios de una reorganización económica que implique una expropiación son tan atribuibles como los riesgos asociados⁶.
- 4 La expropiación de extranjeros sólo es admisible si responde a un fin público, no tiene carácter discriminatorio y está vinculada a una indemnización. La obligación de pagar una indemnización y su alcance están en el centro de las disputas jurídicas internacionales en materia de derecho internacional de expropiación.
- 5 También puede producirse una expropiación sujeta a indemnización si el titular de un derecho de propiedad es desplazado de su posición de propietario mediante la restricción de su uso (por ejemplo, nombrando gestores de activos) o por medios físicos, afectando así a la esencia de sus opciones de utilización. Para ello se ha establecido el término "expropiación de *facto*" (*de facto* expropriation) o -en el caso de un proceso de erosión gradual- "expropiación progresiva" (*creeping expropriation*). El término "expropiación indirecta" (*indirect expropriation*) (un término que también se utiliza para referirse a la retirada de acciones de una empresa) también se emplea a veces, sobre todo en el uso angloamericano⁷. Dicha expropiación *de facto* se caracteriza por el hecho de que la erosión del poder de disposición deja poco más que un mero cascarón formal.

El *Tribunal de Reclamaciones Irán-U. S. Claims Tribunal* aceptó una medida de expropiación de este tipo en un caso en el que una empresa estadounidense había sido expulsada de la gestión de un proyecto conjunto de construcción de complejos residenciales en terrenos edificables que había adquirido por un administrador nombrado por el gobierno iraní⁸. En este contexto, el tribunal arbitral declaró:

"[...] se reconoce en el derecho internacional que las medidas tomadas por un Estado pueden interferir con los derechos de propiedad hasta tal punto que estos derechos queden tan inutilizados que deban considerarse expropiados, aunque el Estado no pretenda haberlos expropiado y el título legal de la propiedad permanezca formalmente con el propietario original".

6 Véase, por ejemplo, TEDH, *Lithgow c. Reino Unido*, Serie A, Vol. 102 (1986), párrafo 116: "Especialmente en lo que se refiere a una expropiación efectuada en el contexto de una reforma social o de una reestructuración económica, puede haber buenas razones para establecer una distinción entre nacionales y no nacionales en lo que se refiere a la indemnización. Para empezar, los no nacionales son más vulnerables a la legislación nacional: a diferencia de los nacionales, por lo general no habrán participado en la elección de la designación de sus autores ni habrán sido consultados sobre su adopción. En segundo lugar, aunque una expropiación debe efectuarse siempre en aras del interés público, pueden aplicarse consideraciones diferentes a los nacionales y a los no nacionales y puede haber razones legítimas para exigir a los nacionales que soporten una carga mayor en aras del interés público que los no nacionales."

7 *R. Dolzer*, *Indirect Expropriation of Alien Property*, ICSID Review 1 (1986), p. 41 y ss.; *L. Y. Fortier/S. L. Drymer*, *Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor*, ICSID Review 19 (2004), p. 293 y ss.

8 Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, *Starrett Housing Corp. v. Islamic Republic of Iran*, Iran-U.S.C.T.R. 4 (1983 III), p. 122 y ss. (154). Véase también el laudo arbitral en *Biloune and Marine Drive Complex Ltd v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*, ILR 95 (1994), p. 183 et seq. (207 y s.).

El *Iran-U. S. Claims Tribunal* hizo una declaración similar en relación con la absorción del negocio de una empresa conjunta iraní-estadounidense por parte de una administración judicial:

"Una privación o toma de propiedad puede producirse según el derecho internacional mediante la interferencia de un Estado en el uso de esa propiedad o en el disfrute de sus beneficios, incluso cuando el título legal de la propiedad no se vea afectado.

Aunque la asunción del control sobre la propiedad por parte de un gobierno no justifica de forma automática e inmediata la conclusión de que la propiedad ha sido tomada por el gobierno, exigiendo así una indemnización en virtud del derecho internacional, dicha conclusión está justificada siempre que los acontecimientos demuestren que el propietario fue privado de los derechos fundamentales de propiedad y parece que esta privación es ahora meramente efímera. La intención del gobierno es menos importante que los efectos de las medidas sobre el propietario, y la forma de las medidas de control o injerencia es menos importante que la realidad de su impacto"⁹.

- 6 La práctica reciente de los tratados sobre la protección de las inversiones incluye las intervenciones que equivalen a una expropiación por sus efectos (véase § 23, 2. i infra). Por ejemplo, el *Tratado de Libre Comercio de América del Norte* (TLCAN) en sus disposiciones sobre protección de inversiones (Capítulo 11) también cubre cualquier medida equivalente a la expropiación (artículo 1110: "una medida equivalente a la nacionalización o a la expropiación"). En el caso *Metalclad Corporation contra Estados Unidos Mexicanos*, el tribunal de arbitraje basó la existencia de una expropiación en el efecto invasor de la medida estatal:

"Así pues, la expropiación en el marco del TLCAN incluye no sólo la expropiación abierta, deliberada y reconocida de la propiedad, como la confiscación pura y simple o la transferencia formal u obligatoria del título de propiedad a favor del Estado anfitrión, sino también la interferencia encubierta o incidental en el uso de la propiedad que tenga el efecto de privar al propietario, en su totalidad o en una parte significativa, del uso o del beneficio económico razonablemente previsible de la propiedad, aunque no sea necesariamente en beneficio evidente del Estado anfitrión."¹⁰

9 Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, *Tippets et al. v. TAMS-AFFA*, Irán-Estados Unidos.S.C.T.R. 6 (1984 II), p. 219 (225 f.).

10 *Metalclad Corporation contra Estados Unidos Mexicanos*, caso del CIADI n° ARB(AF)/97/1, ILM 40 (2001), p. 36 y ss. párr. 103.

Este amplio concepto de expropiación abarca no sólo las intervenciones de facto de las autoridades superiores, sino sobre todo las medidas "reguladoras" (tanto legales como administrativas) que privan a una inversión ya realizada de su base de rentabilidad modificando las condiciones marco o privándola gravemente de su sustancia económica (la denominada "*regulatory taking*")¹¹. En particular, esto puede dar lugar a la obligación de pagar una indemnización por las medidas estatales que privan a las inversiones de su base jurídica o económica, en contra de los acuerdos previos con el Estado receptor.¹² La obligación de compensar tales medidas de tipo expropiatorio surge no sólo de los acuerdos especiales sobre protección de inversiones, sino también del derecho internacional consuetudinario.

El significado del término "expropiación de facto" o "medida similar a la expropiación" es un problema central de la legislación moderna sobre expropiación y protección de las inversiones. Se aplica, en particular, a las intervenciones "reguladoras" que no conducen a una transferencia de activos a favor del Estado anfitrión y no sirven a ningún propósito de gestión económica.

En el caso de las medidas para proteger el medio ambiente u otros intereses generales, la distinción entre una expropiación de facto (medida equivalente a la expropiación), por un lado, y una reglamentación (no sujeta a expropiación) en interés de las funciones reguladoras del Estado, por otro, suele ser tan difícil como importante desde el punto de vista práctico. En el caso *Tecmed contra México*, el tribunal de arbitraje aclaró que los reglamentos en aras de la protección del medio ambiente u otros intereses públicos también pueden constituir medidas equivalentes a la expropiación¹³.

Al sopesar las normas soberanas en relación con la proporcionalidad de la injerencia a la luz de los intereses del Estado, por un lado, y de los derechos económicos y las expectativas legítimas del propietario, por otro, el tribunal de arbitraje se remitió a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el Artículo 1 del Primer Protocolo Adicional al CEDH¹⁴. Según ésta, la oposición a un proyecto por motivos políticos no es adecuada para justificar la privación del valor económico de una inversión sin indemnización¹⁵.

El factor decisivo para la calificación de una medida como expropiatoria (o como *expropiación de facto*) es, en primer lugar, la reducción o privación sostenida y sustancial del beneficio económico de la posición de propiedad afectada. Así, en el caso *Tecmed contra México*, el tribunal de arbitraje se centró en el efecto perjudicial de la medida estatal:

11 Véase *A. Newcombe*, *The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law*, ICSID Review 20 (2005), p. 1 y ss.; *S. R. Ratner*, *Regulatory Takings in Institutional Context: Beyond the Fear of Fragmented International Law*, AJIL 102 (2008), p. 475 y ss.

12 Véase sobre la denegación de un permiso local de construcción, *Metalclad Corp. c. Estados Unidos Mexicanos*, caso del CIADI nº ARB(AF)/97/1, ILM 40 (2001), p. 36 y ss. (50 f.). Este laudo arbitral fue anulado posteriormente por exceso de jurisdicción debido a la norma de transparencia aplicada, que no estaba contemplada en el Capítulo 11 del TLCAN, Tribunal Supremo de Columbia Británica, 2001 B. C. S. C. 664; sobre los requisitos de planificación para la construcción de un asentamiento, *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile SA. contra la República de Chile*, caso del CIADI nº ARB/01/7, ILM 44 (2005), p. 190 y ss.

13 ILM 43 (2004), p. 133 párr. 121

14 ILM 43 (2004), p. 133 párrs. 122 y ss.

15 ILM 43 (2004), p. 133 párrs. 127 y ss.

"[...] se entiende que las medidas adoptadas por un Estado, reglamentarias o no, constituyen una expropiación indirecta de facto si son irreversibles y permanentes y si los bienes o derechos objeto de tal medida han sido afectados de tal manera que "[...] haya desaparecido toda forma de explotación de estos [...]"; es decir, se ha neutralizado o destruido el valor económico del uso, disfrute o disposición de los bienes o derechos afectados por la acción o decisión administrativa. Según el derecho internacional, el propietario también se ve privado de la propiedad cuando el uso o disfrute de los beneficios relacionados con ella se exigen o interfieren en un grado similar, incluso cuando la propiedad legal sobre los bienes en cuestión no se ve afectada, y siempre que la privación no sea temporal. La intención del gobierno es menos importante que los efectos de las medidas sobre el propietario de los bienes o sobre los beneficios derivados de dichos bienes afectados por las medidas; y la forma de la medida de privación es menos importante que sus efectos reales".¹⁶

Además, depende de las expectativas del propietario que merezcan protección, así como de un equilibrio adecuado entre los fines estatales perseguidos por el Estado anfitrión y los intereses del propietario.¹⁷

- 7 Esta protección contra intervenciones similares a la expropiación plantea un problema particular cuando los proyectos de inversión se ven perjudicados por restricciones que, de hecho o sólo aparentemente, sirven para proteger el medio ambiente¹⁸.

En el caso *Ethyl Corporation contra el Gobierno de Canadá*¹⁹, un fabricante estadounidense de un aditivo para la gasolina sin plomo (MMT), que también producía y comercializaba MMT en Canadá a través de una filial canadiense, impugnó una ley federal canadiense que prohibía el comercio y la importación de MMT a través de las fronteras provinciales canadienses (y que, por tanto, obligaba de hecho a producir y distribuir por separado en cada una de las provincias canadienses) debido a unas emisiones calificadas de nocivas para la salud. *Ethyl Corporation* inició un procedimiento de arbitraje contra Canadá en virtud del Capítulo 11 del TLCAN, alegando que la restricción de acceso al mercado impuesta por Canadá tenía efectos expropiatorios. Después de que el tribunal de arbitraje afirmara su jurisdicción, Canadá anuló la normativa legal impugnada y pagó una indemnización.

Algunos críticos temen que la protección de las inversiones socave la protección medioambiental y temen las obligaciones de compensación²⁰. Las normativas más recientes sobre la protección de las inversiones tienen en cuenta estas preocupaciones²¹.

- 8 Los bienes expropiables incluyen bienes inmuebles, bienes muebles, depósitos bancarios, acciones en empresas o ciertos derechos de uso como las concesiones petrolíferas. Se discute hasta qué punto el incumplimiento de un contrato de derecho privado entre un Estado y una em-

16 ILM 43 (2004), p. 133 párr. 116.

17 Para más detalles, véase el § 23, 2. i).

18 Sobre esto *T. Wälde/A. Kolo*, Environmental Regulation, Investment Protection and "Regulatory Taking" in International Law, ICLR 50 (2001), p. 811 y ss. Sobre la explotación de una planta de eliminación de residuos *Tecmed SA v. Estados Unidos Mexicanos*, caso del CIADI n° ARB(AF)/00/2, ILM 43 (2004), p. 133 y ss.

19 *Ethyl Corp. contra Gobierno de Canadá*, ILM 38 (1999), p. 700 y ss.; véase *A. C. Swan*, AJIL 94 (2000), p. 159 y ss.

20 Véase *P. Sands*, *Lawless World*, 2005, p. 136 y ss.

21 Véase el § 23, 2. i) más abajo.

presa extranjera puede constituir una expropiación. En primer lugar, el derecho internacional en materia de expropiación no protege toda reclamación contractual de un acreedor extranjero contra el Estado. De lo contrario, cada incumplimiento de la obligación de pago de un Estado en virtud de un contrato de suministro de determinados bienes constituiría una expropiación. La situación es diferente si el extranjero ha realizado ciertas disposiciones de bienes en virtud de un acuerdo contractual en el Estado anfitrión (como la construcción de instalaciones como parte de una empresa conjunta). Según una opinión desarrollada en la doctrina estadounidense, el incumplimiento de un contrato por un acto de soberanía hacia un acreedor extranjero constituye una violación del derecho internacional si el Estado actúa de forma discriminatoria o arbitraria²².

- 9 La expropiación de una propiedad extranjera que sea contraria al derecho internacional independientemente de la indemnización (por ejemplo, que sea discriminatoria sólo contra los nacionales de un determinado Estado o que viole un tratado internacional) da lugar a una reclamación de indemnización de acuerdo con los principios generales del derecho internacional sobre la responsabilidad del Estado. Se trata de una obligación de reparación integral destinada a restablecer la situación que existía antes de la violación de la ley o a proporcionar una compensación económica²³. Además de la indemnización por la pérdida actual de activos (*damnum emergens*), esta obligación de proporcionar restitución también incluye la indemnización por el lucro cesante (*lucrum cessans*). En el derecho internacional de expropiación, esta indemnización integral desempeña un papel sobre todo si un Estado viola un acuerdo de protección de inversiones²⁴ o un acuerdo de concesión con una empresa extranjera²⁵ que sea vinculante en virtud del derecho internacional.
- 10 La cuantía de la indemnización exigida es una cuestión clave en el derecho internacional de expropiación. La doctrina desarrollada a finales del siglo XIX por el experto argentino en derecho internacional *Calvo según la cual* a los extranjeros y a sus bienes no se les debe conceder una protección más amplia que a los nacionales no ha logrado ganarse la aceptación de la comunidad internacional²⁶. La doctrina clásica del derecho internacional ha encontrado su expresión en la fórmula Hull que lleva el nombre de un Secretario de Estado estadounidense. Según ésta, la indemnización debe ser pronta, adecuada y efectiva (es decir, proporcionada en moneda convertible) ("*prompt, adequate and effective*"). En las décadas de 1960 y 1970, la demanda de los países en desarrollo de una mayor libertad a la hora de expropiar a los extranjeros y de apartarse de la norma de la indemnización íntegra ganó un terreno considerable. La petición de que la indemnización se dejara en gran medida a la discreción de cada Estado está estrechamente vinculada al debate sobre un nuevo orden económico mundial y se reflejó, por ejemplo, en la Carta de 1974 sobre los Derechos y Deberes Económicos de los Estados, que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó por amplia mayoría, pero en contra o sin los votos de

22 Véase American Law Institute, Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States, vol. 2, 1987, § 712(2).

23 StIGH, *Caso relativo a la fábrica de Chorzów*, PCIJ Reports Ser. A, No. 17 (1928), p. 47: "El principio esencial contenido en la noción misma de acto ilícito [...] es que la reparación debe, en la medida de lo posible, borrar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que, con toda probabilidad, habría existido si dicho acto no se hubiera cometido. La restitución en especie o, si esto no es posible, el pago de la suma correspondiente al valor que la restitución en especie podría soportar [debe efectuarse]".

24 Véase más abajo § 23, 2.

25 Véase el § 22 a continuación.

26 Véase más arriba § 7, 4; BVerfGE 84, 90 (123).

los países industrializados más importantes²⁷. Al igual que la Resolución 1803 (1962) de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la soberanía permanente sobre los recursos naturales que la precedió, la Carta no prevé una indemnización completa ("*indemnización adecuada*") por la nacionalización de bienes extranjeros (artículo 2 párr. 2 *lit. c*). Al mismo tiempo, la doctrina del derecho internacional "occidental" se ha adherido en gran medida al requisito de la indemnización íntegra. Esta evolución ha provocado una considerable inseguridad jurídica²⁸.

- 11 Los denominados acuerdos globales de indemnización (*acuerdos a tanto alzado*) desempeñan un papel importante en la práctica estatal posterior a la Segunda Guerra Mundial²⁹, que se ocupan de la indemnización a tanto alzado de un gran número de expropiaciones frente al Estado de origen de los extranjeros afectados. El importe de la indemnización pagada por el Estado expropiador suele oscilar entre el 20% y el 80% del valor de mercado. En el pasado, estos acuerdos se han utilizado a menudo para apoyar la opinión de que el derecho internacional no exige una indemnización completa. Sin embargo, hay que señalar que estos acuerdos bilaterales son de naturaleza comparativa y están revestidos de consideraciones de conveniencia política³⁰. Muchos de estos acuerdos abarcan actos de expropiación que se produjeron hace décadas o que se enmarcaron en revueltas revolucionarias de Estados que, por razones ideológicas, negaban fundamentalmente cualquier obligación de pagar indemnizaciones.
- 12 Mientras tanto, la cuestión de la norma de indemnización según el derecho internacional consuetudinario se ha vuelto menos explosiva. Desde la perspectiva de los países en desarrollo, la necesidad de capital extranjero y los esfuerzos por crear un clima favorable a la inversión hacen que la expropiación de empresas extranjeras parezca cada vez más un instrumento inadecuado para la transformación económica. Además, el hundimiento del sistema socialista ha modificado el equilibrio en la comunidad internacional. Por último, una serie de importantes decisiones arbitrales recientes han puesto de relieve que el derecho internacional consuetudinario se basa en el principio de la indemnización íntegra en caso de expropiación³¹. Esto se aplica en particular a la jurisprudencia del Tribunal de Arbitraje Irán-EE.UU. de La Haya (*Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos*) sobre la nacionalización de activos estadounidenses en Irán³². El *obiter dictum* de que puede exigirse una indemnización inferior a la plena para la nacionalización de sectores enteros de la economía, ha permanecido como una declaración aislada en la jurisprudencia de este tribunal de arbitraje³³. En la actualidad, la opinión de que el derecho internacional consuetudinario (en el sentido de la doctrina clásica) exige una indemnización íntegra en caso de expropiación a extranjeros tiene³⁴ una base más firme que hace dos o tres décadas.

27 UNYB 1974, P. 402.

28 Véase, por ejemplo, el laudo arbitral en el caso LIAMCO (*Libyan American Oil Co. contra la República Árabe Libia*), ILM 20 (1981), p. 1 y ss. (53 ¶¶).

29 R. B. Lillich/B. H. Weston, Reclamaciones internacionales: Their Settlement by Lump Sum Agreements, dos volúmenes, 1999.

30 Véase el laudo arbitral en el caso TOPCO/CALASIATIC *contra la República Árabe Libia*, ILM 17 (1978), p. 1 y ss. (24).

31 Véase P. M. Norton, ¿A Law of the Future or a Law of the Past? Modern Tribunals and the International Law of Expropriation, AJIL 85 (1991), p. 474 y ss.

32 *American International Group, Inc. contra Irán*, Irán-U.S.C.T.R. 4 (1983 III), p. 96 y ss. (105 y ss.).

33 *INA Corporation contra Irán*, Irán-U.S.C.T.R. 8 (1985 I), p. 373 (378); la práctica posterior de laudos del tribunal arbitral Irán-EE.UU. no recogió esta consideración y, en su lugar, reconoció repetidamente la norma de indemnización íntegra del derecho internacional consuetudinario, *Sola Tiles Inc. v. Islamic Republic of Iran*, Irán-U.S.C.T.R. 14 (1987 I), p. 223 y ss. (234 et seq.); *Amoco International Finance Corp. v. Islamic Republic of Iran*, Irán-U.S.C.T.R. 15 (1987 II), p. 189 y ss. (223).

34 Véase American Law Institute, Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States, vol. 2, 1987, § 712 (1).

- 13 La cuantía de la indemnización (íntegra) debe basarse siempre en el valor de mercado del bien incautado. En el caso de una empresa que participa activamente en una actividad económica ("publicidad"), la práctica moderna de arbitraje tiende a no basarse en el valor neto contable (*valor neto contable*, valor de inversión menos depreciación), sino en el valor actual de mercado incluyendo, por ejemplo, el *fondo de comercio (valor justo de mercado)*³⁵. Según la jurisprudencia del Tribunal de Arbitraje Iraní-Americano de La Haya, la determinación del valor justo de mercado depende de lo que un comprador interesado y bien informado estaría dispuesto a ofrecer como precio:

"el precio que un comprador dispuesto pagaría a un vendedor dispuesto en circunstancias en las que cada uno dispusiera de buena información, cada uno deseara maximizar su beneficio financiero y ninguno estuviera bajo coacción o amenaza".³⁶

Al valorar una empresa en funcionamiento, se tienen en cuenta las perspectivas de beneficios en el futuro además de los activos actuales. Como resultado, la indemnización completa por expropiación en el caso de empresa en funcionamiento se aproxima a la indemnización por expropiación ilegal, que también incluye el lucro cesante³⁷. El llamado método del flujo de caja descontado (DCF), que se basa en el rendimiento futuro del capital con un descuento por costes y riesgos económicos, desempeña un papel importante en la determinación del valor³⁸. Por lo general, el método DCF parte del supuesto de que una actividad de inversión (como la extracción de recursos naturales) ya se ha realizado³⁹. La norma de *compensación adecuada* se viola al compensar al mero "valor contable" si el valor de mercado es superior⁴⁰.

2. El efecto de las expropiaciones en el extranjero

Literatura:

P. Behrens, *Multinationale Unternehmen im Internationalen Enteignungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 1980; *K.-H. Böckstiegel*, *Enteignungs- oder Nationalisierungsmaßnahmen gegen ausländische Kapitalgesellschaften*, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, Vol. 13, 1974, p. 7 y ss.; *W. Flume*, *Juristische Person und Enteignung im internationalen Privatrecht*, en: *Festschrift für F. Mann*, 1977, p. 143 y ss.; *B. Großfeld*, "Zeiss" in Frankreich, *IPRax* 1985, p. 303 y ss.; *ders*, *Internationales und Europäisches Unternehmensrecht*, 2ª ed. 1995; *H. J. Hahn*, *Konfiskation von Mitgliedschaftsrechten*, en: *Festschrift für Günther Beitzke*, 1979, p. 491 y ss.; *M. Herdegen*, *Die extraterritoriale Wirkung der Enteignung von Mitgliedschaftsrechten an Gesellschaften in der Bundesrepublik Deutschland*, *ZGR* 1991, p. 547 y ss.; *H.-G. Koppensteiner*, *Enteignungs- oder Nationalisierungsmaßnahmen gegen ausländische Kapitalgesellschaften*, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* 13, 1974, p. 65 y ss.; *M. Lederer*, *Die internationale Enteignung von Mitgliedschaftsrechten*, 1989; *F. Mann*, *Die Konfiska-*

35 *American International Group, Inc. contra Irán*, Irán-U.S.C.T.R. 4 (1983 III), p. 96 y ss. (106); American Law Institute, *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, Vol. 2, 1987, § 712, comentario d. Las Directrices del Banco Mundial sobre el tratamiento de las inversiones extranjeras directas (Sección III.3), ILM 31 (1992), p. 1379, también se centran en el valor de mercado.

36 *Starrett Housing Corp. contra la República Islámica de Irán*, Irán-U.S.C.T.R. 16 (1987 III), p. 112 y ss. (201).

37 Véase, por ejemplo, Tribunal Arbitral Iraní-Americano, *Phillips Petroleum Company of Iran v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, Irán-U.S.C.T.R. 21 (1989 I), p. 79 y ss. (122).

38 Véase, por ejemplo, Tribunal Arbitral Iraní-Estadounidense, *Starrett Housing Corp. contra República Islámica de Irán*, Irán-U.S.C.T.R. 16 (1987 III), p. 112 y ss. (126, 201 y ss.).

39 *Rockhopper Italia et al. c. República Italiana*, Caso del CIADI N° ARB/17/14, Laudo (2022), párr. 283.

40 Véase *Rusoro Mining Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI núm. ARB(AF)/12/05 (2016), párrs. 400 y ss.

tion von Gesellschaften, Gesellschaftsrechten und Gesellschaftsvermögen im Internationalen Privatrecht, *RabelsZ* 27 (1962), p. 1 y ss.; *ders.*, The Effect in England of the Compulsory Acquisition by a Foreign State of the Shares in a Foreign Company, *LQR* 102 (1986), p. 191 y ss.; *I. Seidl-Hohenveldern*, Internationales Konfiskations- und Enteignungsrecht, 1972; *ders.*, Corporations in and under International Law, 1987; *N. Sornarajah*, The Pursuit of Nationalised Property, 1986.

- 14** Si un bien está situado en el Estado expropiador, la soberanía territorial del Estado se extiende a la regulación de la propiedad. Desde el punto de vista del derecho internacional, la cuestión de la eficacia de una expropiación es menos importante que su admisibilidad (por ejemplo, en lo que respecta a la cuantía de la indemnización en caso de expropiación a extranjeros). En su propio territorio, un Estado no sólo puede regular la transferencia de propiedad, sino también hacerla efectiva. La situación es diferente cuando un bien expropiado se transfiere al extranjero, por ejemplo, cuando un cargamento de crudo expropiado se lleva de Oriente Medio al puerto de Hamburgo y es reclamado por una compañía petrolera como de su propiedad. Lo que importa aquí es si la expropiación es reconocida por otros Estados. De entrada, la expropiación de bienes situados fuera del Estado expropiante depende del reconocimiento en el extranjero. Esto se aplica, por ejemplo, a los bienes en el extranjero de una empresa expropiada. Se trata del llamado efecto "extraterritorial" de las expropiaciones. Si un Estado extranjero en el que se encuentran los bienes extranjeros de la empresa expropiada se niega a reconocerlos, la expropiación no tendrá ningún efecto.

a) La transferencia de bienes expropiados al extranjero

- 15** En principio, las expropiaciones por parte de Estados extranjeros se reconocen si los objetos expropiados se encuentran en el Estado expropiante (el llamado "principio de territorialidad positiva"). Si los bienes afectados son llevados al extranjero después de que se haya llevado a cabo la expropiación, ésta se reconoce allí de acuerdo con este principio. Por lo tanto, el antiguo propietario ya no puede exigir la devolución del bien expropiado en el extranjero. El principio de territorialidad positiva se refleja en el derecho internacional privado en la aplicación de la ley del Estado en el que se encuentra el bien expropiado (*lex rei sitae*).
- 16** Se aplican circunstancias especiales si la expropiación viola el derecho internacional, por ejemplo porque es de naturaleza discriminatoria o no se paga la indemnización necesaria. El derecho internacional deja a la discreción de otros Estados el reconocimiento o no de una expropiación que viole el derecho internacional. Por lo tanto, no existe ninguna obligación de que un Estado se niegue a reconocer las medidas de expropiación de otro Estado porque no se hayan cumplido las condiciones para una expropiación permisible según el derecho internacional (en particular, la indemnización). Por otra parte, un Estado que expropia violando el derecho internacional no tiene derecho a exigir que otros Estados reconozcan dichas expropiaciones violando el derecho internacional.
- 17** Los tribunales alemanes revisan las medidas de expropiación de otros Estados por su violación del derecho internacional si -y sólo si- existe una conexión (personal o de hecho) suficiente entre la expropiación y la República Federal de Alemania. Tal "relación personal y actual"⁴¹

41 Cf. BVerfGE 84, 90 (123).

existe, por ejemplo, en el caso de la expropiación de un alemán en el extranjero. Bajo esta condición, la revisión de los actos de expropiación en el extranjero se basa en el *ordre public* alemán, que remite a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico alemán (artículo 6 EGBGB). El *ordre public* alemán se caracteriza esencialmente por las normas generales del derecho internacional (artículo 25 GG). La consecuencia es que si existe una conexión interna suficiente con Alemania, las autoridades y los tribunales alemanes no reconocerán las expropiaciones extranjeras si violan el derecho internacional.

- 18** La importancia de una relación interna para la aplicación de la barrera de *orden público ordre public* puede ilustrarse con el ejemplo del "conflicto del cobre chileno". Se trataba de la expropiación de minas de cobre chilenas que estaban en manos de empresas estadounidenses. Cuando el cobre de una de esas minas fue entregado a una empresa alemana en Hamburgo, una empresa estadounidense, como antigua propietaria, exigió la confiscación del cobre; alegaba que el gobierno chileno se había negado a indemnizarla. El Tribunal Regional de Hamburgo⁴² partió inicialmente del principio de que la expropiación de bienes situados en el territorio del Estado expropiante es efectiva. El tribunal se negó a reconocer la expropiación debido a una posible violación del derecho internacional y una infracción del *ordre public ordre público*, basándose en que no existía una conexión nacional significativa en este caso. La mera transferencia a Alemania de una propiedad que había sido expropiada sin indemnización no era suficiente para ello. Esta opinión se basa en la preocupación por los enredos políticos y económicos⁴³. Esta consideración también puede encontrarse en la decisión del Tribunal Regional Superior de Bremen en un caso similar, el "Conflicto del tabaco indonesio".⁴⁴ En este caso, una empresa holandesa cuyas plantaciones de tabaco en Indonesia habían sido nacionalizadas quería acceder al tabaco que había llegado a Bremen como antiguo propietario. El Tribunal Regional Superior de Bremen se mostró claramente reacio a reconocer la expropiación por motivos de derecho internacional:

"[...] suponiendo que los tribunales de todos los estados concedieran uniformemente a los antiguos propietarios las demandas de restitución por nulidad de la ley de nacionalización, se conseguiría que el Estado confiscador quedara bloqueado y no pudiera comerciar con los bienes expropiados. Al mismo tiempo, sin embargo, todo el comercio mundial se vería fuertemente afectado y perturbado por tal sanción [...]"⁴⁵

- 19** En cualquier caso, esta jurisprudencia ha prestado un importante servicio a la posición de Bremen como centro de transbordo de tabaco.
- 20** En Estados Unidos, la doctrina *Act of State* protege en gran medida los actos soberanos extranjeros de la revisión por parte de los tribunales estadounidenses en lo que respecta a su compatibilidad con el derecho internacional⁴⁶. Sin embargo, los actos de expropiación que violan el derecho internacional están exentos de este privilegio (a menos que el Presidente decida lo contrario).⁴⁷

42 LG Hamburgo, RIW/AWD 1973, p. 163; ILM 12 (1973), p. 251; sobre el conflicto del cobre chileno, véase también A. Lowenfeld, *Chilean Copper, Nationalisation, Review by Courts of Third States*, en: R. Wolfrum (ed.), MPE-PIL, Vol. II, 2012, p. 145 y ss.

43 RIW/AWD 1971, p. 163 y ss.

44 AVR 9 (1961/62), p. 318 y ss.

45 AVR 9 (1961/62), P. 352.

46 Véase más arriba, § 3, 5. e).

47 BGHZ 25, 134 (143): "Las medidas de expropiación de un Estado, tanto si están revestidas de la forma de una

b) La expropiación directa e indirecta de bienes extranjeros

- 21** La segunda cuestión importante en relación con el reconocimiento de los efectos extranjeros es la extensión de la expropiación a los bienes situados en un Estado extranjero en el momento de la expropiación. Dicha extensión puede considerarse si los bienes extranjeros de un nacional del Estado expropiante o de una empresa nacional son (también) nacionalizados sobre la base de la soberanía personal. En este caso, la eficacia de una expropiación depende de que el Estado extranjero en el que se encuentran los bienes reconozca la expropiación. La práctica de los Estados suele seguir el principio de que tales expropiaciones de bienes extranjeros no se reconocen (el llamado "principio de territorialidad negativa"). Según este principio, los Estados se niegan a reconocer los actos extranjeros de expropiación con respecto a bienes situados en su propio territorio. Por lo tanto, el intento del Estado extranjero de embargar "extraterritorialmente" bienes situados en otro Estado no tiene éxito. Según la jurisprudencia del Tribunal Federal de Justicia, la expropiación de empresas por un Estado extranjero no puede tener ningún efecto sobre los bienes situados en Alemania. Si una empresa extranjera es disuelta por su Estado de origen en relación con la expropiación, se plantea la cuestión de quién debe ser entonces el propietario de los activos de la empresa situados en Alemania⁴⁸. Al extender las medidas de expropiación extranjeras a los bienes situados en Alemania, debe tenerse en cuenta otro aspecto constitucional importante: la protección del propietario por el derecho fundamental del artículo 14 de la Constitución. Por lo tanto, la expropiación directa de bienes nacionales alemanes requiere una ley alemana y una normativa de compensación que cumpla los requisitos del apartado 3 del artículo 14 de la Constitución.
- 22** Si los activos extranjeros pertenecen a una empresa, un Estado puede intentar acceder a estos activos "indirectamente". En este caso, no es la propia empresa la que se expropia, sino los accionistas. Al expropiar las acciones, el Estado obtiene el control de la empresa y, por tanto, el control indirecto de sus activos. La "cáscara" de la empresa permanece intacta; la asignación de los activos a la empresa, que sigue existiendo pero ahora está controlada por el Estado, no se ve afectada externamente. De este modo, el Estado obtiene poder de disposición sobre los activos de la empresa, incluidos los situados en el extranjero, a través de mecanismos de control corporativo.
- 23** La jurisprudencia del Tribunal Federal de Justicia trata el acceso "indirecto" de un Estado extranjero a activos en Alemania a través del derecho de sociedades del mismo modo que el intento de expropiación directa⁴⁹. El Estado extranjero no debería poder hacerse con el control de los activos nacionales a través de los desvíos de la expropiación de los derechos de socio. Las restricciones basadas en el principio de territorialidad deberían aplicarse en cualquier caso si el Estado extranjero obtiene el control sobre la persona jurídica mediante la expropiación de extranjeros:

"Los límites impuestos por el principio de territorialidad se aplican [...] no sólo cuando se expropián los activos de una persona jurídica. También constituyen el límite último para la confiscación de los derechos de socio de una persona jurídica, al menos cuando los derechos de socio [...] están total o casi

ley como si se llevan a cabo mediante un acto administrativo o se basan en la pura fuerza, sólo abarcan [...] los bienes sujetos a la soberanía territorial del Estado y no se extienden más allá de sus fronteras".

48 BGHZ 25, 134 (143 s.).

49 BGHZ 25, 134 (144 s.); 62, 340 (343).

totalmente en manos extranjeras [...]. Según la convicción jurídica general basada en un enfoque natural, en estos casos la confiscación de los derechos de socio equivale a la confiscación de los activos de la entidad jurídica. Por lo tanto, no puede ir más allá de una confiscación ordinaria de activos extranjeros. De lo contrario, el principio de territorialidad sería ignorado en estos casos y eliminado por un mero artificio legal constructivo, como la confiscación de los derechos de membresía de una entidad jurídica que están total o casi totalmente en manos extranjeras en lugar de sus activos."⁵⁰

- 24** El Tribunal Federal de Justicia ha desarrollado la llamada "teoría de la escisión" para la expropiación de acciones de una empresa por parte de un Estado extranjero con el fin de eliminar los efectos extraterritoriales sobre los activos nacionales de la empresa. Según esta teoría, los activos nacionales de dicha empresa deben pertenecer a una nueva empresa que se escinda de ella⁵¹. La existencia de tal "sociedad escindida" pretende preservar indirectamente los activos situados en Alemania para los miembros de la empresa expropiada por el Estado extranjero.
- 25** La teoría alemana de la escisión ha sido durante mucho tiempo objeto de un animado debate⁵². La existencia ficticia de una "sociedad escindida" rompe la sociedad como entidad económica y jurídica. Sobre todo, hay que tener en cuenta que cuando se retiran los derechos de socio de una empresa, el principio de territorialidad por sí solo no puede dar una respuesta concluyente en cuanto a los efectos sobre los activos extranjeros de la empresa. Esto se debe a que el "Estado de origen" de una entidad jurídica (como el Estado del domicilio o el Estado de constitución) puede alegar que los derechos de socio de una empresa se encuentran en su territorio. En este sentido, la expropiación de dichos derechos de participación está amparada por la soberanía territorial del "Estado de origen". Desde esta perspectiva, el reconocimiento de la expropiación de activos extranjeros por parte de Estados extranjeros no es constitutivo, ya que el "Estado de origen" puede llevar a cabo la expropiación de los derechos de socio en su propio territorio. Cualquiera que establezca una empresa con domicilio social en un Estado extranjero o con un derecho de constitución extranjero o adquiera acciones en ella no puede esperar verse eximido del riesgo de expropiación por parte de otros Estados en la medida en que los activos de la empresa se encuentren allí. En última instancia, se trata de una cuestión de competencia entre los poderes reguladores del "Estado de origen" de la empresa y los Estados en los que se encuentran otros activos de la empresa. Además, el no reconocimiento total de las medidas de expropiación extranjeras con respecto a los activos nacionales puede enturbiar la política exterior en la relación con el Estado expropiador. Estas consideraciones hablan a favor de un modelo de equilibrio de intereses más flexible que la solución radical de la "teoría de la escisión". Esto dependería, por ejemplo, de la cuantía de la indemnización y de si los derechos de socio de la empresa están predominantemente en manos de nacionales del "Estado de origen" expropiador de la empresa. Hasta ahora, la "teoría de la escisión" del Tribunal Federal de Justicia sólo se ha aplicado en casos en los que se produjo una expropiación sin indemnización (confiscación) o en los que los derechos de socio expropiados estaban mayoritariamente en manos extranjeras. Desde la perspectiva del derecho de sociedades, parece digna de consideración la propuesta de tener en cuenta los intereses de los socios expropiados con respecto a los bienes nacionales con una reclamación de indemnización. Esta solución permite un equilibrio adecuado de los intereses según las circunstancias de cada caso, en lugar de la misteriosa duplicación de la entidad jurídica mediante la creación de una "sociedad escindida", que niega al acto expropiatorio extranjero cualquier efecto sobre el patrimonio nacional de la sociedad.

50 BGHZ 62, 340 (343).

51 BGHZ 25, 134 (144 y ss.); 62, 340 (343).

52 Por ejemplo, con más referencias. *M. Herdegen*, Die extraterritoriale Wirkung der Enteignung von Mitgliedschaftsrechten an Gesellschaften in der Bundesrepublik Deutschland, ZGR 1991, p. 547 y ss. (550 y ss.).

- 26 Desde un punto de vista constitucional, cabe señalar en Alemania que la garantía de propiedad del artículo 14 de la Constitución rige también el reconocimiento de los bienes nacionales en caso de expropiación de los derechos de participación en sociedades. La importancia del artículo 14 de la Constitución para el reconocimiento de las expropiaciones extranjeras ha sido objeto de un profundo debate, sobre todo a raíz de la nacionalización de empresas industriales, bancos y sociedades financieras en Francia por ley en 1982.⁵³ La ley francesa de 1982 mantuvo el armazón organizativo de las empresas nacionalizadas bajo el derecho de sociedades y pretendía transferir la propiedad de los derechos de socio al Estado; las sucursales y participaciones en el extranjero, incluidas las alemanas, quedaron así indirectamente cubiertas por la nacionalización. La indemnización, que se basaba en el precio de las acciones, debía pagarse en forma de bonos a largo plazo y con un tipo de interés moderado. Los intentos realizados por los accionistas expropiados individuales ante los tribunales belgas y suizos para hacer valer las reclamaciones relativas a los activos de las empresas francesas situadas en el extranjero no tuvieron éxito. En Alemania, se discute si las expropiaciones francesas de 1982 pueden o no reconocerse con respecto a los bienes situados en Alemania. Según una opinión estricta, el artículo 14 GG exige una base jurídica con compensación para el reconocimiento (en el sentido del Artículo 14 párrafo 3 GG). Sin embargo, las mejores razones hablan a favor de la opinión contraria, más generosa. Esto se debe a que, a diferencia de la expropiación directa de activos extranjeros, el "Estado de origen" de una sociedad puede "ejecutar" la expropiación de los derechos de socio sobre estos activos en su propio territorio. A este respecto, el reconocimiento tiene un significado diferente que en el caso del acceso directo a activos situados en Alemania. Debido al artículo 14 párr. 3 GG (como decisión de valor), la expropiación indirecta de activos nacionales mediante la retirada de derechos de participación sólo puede reconocerse plenamente si se paga una indemnización superior a la mitad del valor de mercado⁵⁴. La localización de los derechos de acción en el "Estado de origen" de la empresa y el consiguiente riesgo de expropiación reducen el nivel de la indemnización. Por supuesto, esto no afecta al requisito de derecho internacional de compensación a favor de los extranjeros.
- 27 La tendencia a reconocer la expropiación "extraterritorial" de los derechos de propiedad de las empresas cuando existe una congruencia de intereses entre los Estados implicados quedó reflejada en la decisión de la Cámara de los Lores británica en el caso Rumasa⁵⁵. El caso se refería, entre otras cosas, a una reclamación de la filial inglesa de la empresa española Rumasa derivada de los derechos de propiedad industrial sobre una conocida marca de jerez. La sociedad anónima española Rumasa había sido nacionalizada en España por expropiación de los accionistas. Esto significaba que el Estado español estaba en última instancia detrás de la demanda de la filial inglesa. La acción sólo podía prosperar si los tribunales ingleses reconocían plenamente la expropiación de los derechos de socio de la sociedad española por parte de España en lo que respecta a los efectos internos en el Reino Unido. La Cámara de los Lores rechazó la defensa del demandado de que se trataba de un intento infructuoso de España de expropiar activos en el Reino Unido. La Cámara de los Lores asumió que la expropiación ya se había producido en España. En relación con la (entonces inminente) adhesión de España a la Unión Europea, el más alto tribunal británico admitió el reconocimiento sin restricciones de la expropiación española, también con respecto a las filiales inglesas de la empresa nacionalizada:

53 Por ejemplo, *H. Coing*, Zur Nationalisierung in Frankreich, WM 1982, p. 378 y ss.; *M. Lederer*, Die internationale Enteignung von Mitgliedschaftsrechten, 1989; *U. Wölker*, Die Nationalisierungen in Frankreich 1981/1982, ZaöRV 43 (1983), p. 214 y ss.

54 Cf. *Herdegen*, Die extraterritoriale Wirkung der Enteignung von Mitgliedschaftsrechten an Gesellschaften der Bundesrepublik Deutschland, ZGR 1991, p. 547 (567 f.).

55 *Williams & Humbert Ltd. contra W. & H. Trade Mark (Jersey) Ltd*, [1986] A. C. 368.

"[...] un tribunal inglés reconocerá la ley de adquisición forzosa de un Estado extranjero y reconocerá el cambio de titularidad de la propiedad que ha pasado a estar bajo el control del Estado extranjero y reconocerá las consecuencias de ese cambio de titularidad. El tribunal inglés declinará considerar el fondo de la adquisición forzosa. En sus alegaciones, los recurrentes pretenden atacar los motivos de los legisladores españoles, alegar opresión por parte del gobierno español y cuestionar la buena fe de la administración española en relación con la promulgación, los términos y la aplicación de la ley del 29 de junio de 1983. Ningún juez inglés podría considerar adecuadamente un ataque de este tipo lanzado contra un Estado amigo que en breve se convertirá en miembro de la Comunidad Económica Europea".⁵⁶

- 28** La decisión de la Cámara de los Lores ha sido duramente criticada por voces particulares. Si-
n embargo, la consideración de que las expropiaciones deben respetarse en principio, al menos
en relación con los Estados miembros de la Unión Europea, parece convincente. Sin embargo,
resulta problemático que en el caso de *Rumasa*, la Cámara de los Lores no entrara en detalle en
la cuestión de la indemnización.

§ 21. Inversiones extranjeras: Importancia y normativa nacional

1. Importancia de las inversiones extranjeras

Literatura:

F. Bassan, *The Law of Sovereign Wealth Funds*, 2011; *R. Dolzer/M. Herdegen/B. Vogel* (eds.), *Auslandsinvestitionen*, 2006; *P. Muchlinsky/F. Ortino/C. Schreuer*, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 2008; *K. P. Sauvant/L. E. Sachs/W. P. F. Schmit Jongbloed*, *Sovereign Investment*, 2012; UNCTAD, *Informe sobre las inversiones en el mundo 2018*.

- 1** La entrada de inversiones extranjeras desempeña un papel clave en el desarrollo económico, el crecimiento económico sostenido y la reducción de la pobreza. Teniendo esto en cuenta, la *Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo* de Monterrey (2002) hizo hincapié en la importancia de la inversión extranjera directa y otras entradas de capital privado (el llamado *Monterrey - Consenso*):

"Los flujos de capital internacional privado, en particular la inversión extranjera directa, junto con la estabilidad financiera internacional, son complementos vitales de los esfuerzos de desarrollo nacionales e internacionales. La inversión extranjera directa contribuye a financiar un crecimiento económico sostenido a largo plazo. Es especialmente importante por su potencial para transferir conocimientos y tecnología, crear empleo, impulsar la productividad general, mejorar la competitividad y el espíritu empresarial y, en última instancia, erradicar la pobreza mediante el crecimiento económico y el desarrollo. Por lo tanto, un reto fundamental es crear las condiciones nacionales e internacionales necesarias para facilitar los flujos de inversión directa, que conduzcan a la consecución de las prioridades nacionales de desarrollo, en particular en África, los países menos adelantados, los pequeños Estados insulares en desarrollo y los países en desarrollo sin litoral, así como en los países con economías en transición (párrafo 20)."

⁵⁶ [1986] A. C. 431 *por Lord Templeman*. El tribunal asumió un esquema de compensación no probado a favor de los accionistas, loc. cit. p. 426.

Desde esta perspectiva, la protección de las inversiones extranjeras como elemento de un clima favorable a la inversión está estrechamente relacionada con el desarrollo económico y la posible mejora de las estructuras sociales.

- 2 Hay que distinguir entre las llamadas inversiones directas, por un lado, y las llamadas inversiones de cartera, por otro. La inversión extranjera directa (*Foreign Direct Investment*) se caracteriza principalmente por la influencia creativa del inversor sobre la empresa en la que adquiere la propiedad (de acciones). La definición de inversión extranjera directa del Fondo Monetario Internacional puede servir de ejemplo⁵⁷:

" *Inversión directa* es la categoría de inversión internacional que refleja el objetivo de una entidad residente en una economía de obtener un interés duradero en una empresa residente en otra economía. (La entidad residente es el inversor directo y la empresa es la empresa de inversión directa). El interés duradero implica la existencia de una relación a largo plazo entre el inversor directo y la empresa y un grado significativo de influencia del inversor en la gestión de la empresa. *La inversión directa* comprende no sólo la transacción inicial que establece la relación entre el inversor y la empresa, sino también todas las transacciones posteriores entre ellos y entre empresas afiliadas, tanto constituidas como no constituidas".

- 3 En cambio, en el caso de las inversiones de cartera, la inversión directa o indirecta en el capital de una empresa no está asociada a una influencia decisiva en la gestión de la misma. Su objetivo no es obtener el control, sino generar un rendimiento del capital, como ocurre con las inversiones en fondos o la adquisición de acciones sin influencia significativa.

La gran mayoría de las inversiones extranjeras directas fluyen hacia determinados países industrializados (principalmente EE.UU., Reino Unido, Luxemburgo, Australia y Hong Kong) y economías emergentes (como China, Brasil y México).

- 4 Las inversiones extranjeras de los fondos soberanos (*Sovereign Wealth Funds*) desempeñan un papel cada vez más importante. Se trata de empresas controladas por el Estado a las que fluyen los excedentes de ingresos estatales (sobre todo de materias primas) y que invierten a escala internacional en diversas clases de valores. Entre los fondos soberanos, cabe distinguir entre los fondos de ahorro o de generación (orientados a inversiones a largo plazo) y los fondos de estabilización (que tienden a perseguir compromisos a corto plazo para compensar las fluctuaciones de los ingresos estatales). Los mayores fondos soberanos (con activos superiores a los 100.000 millones de dólares) son los de los Emiratos Árabes Unidos (Abu Dhabi), Singapur, Noruega, Arabia Saudí, Kuwait, la República Popular China, Rusia y Hong Kong. Los activos totales de los fondos soberanos ascienden a varios billones de dólares estadounidenses.

En mayo de 2008, representantes de los mayores fondos soberanos elaboraron unos principios para las inversiones de capital de los fondos soberanos en empresas extranjeras: *Principios y Prácticas Generalmente Aceptados [PGAA] - Principios de Santiago*.⁵⁸ Estos principios se basan en un autocompromiso y tienen como principal objetivo aumentar la transparencia de

57 Fondo Monetario Internacional, Manual de Balanza de Pagos, 1993, párr. 359.

58 https://www.ifswf.org/sites/default/files/santiagoprinciples_0_0.pdf (consultado el 03 de enero de 2022).

las actividades de inversión. Además, también debe tenerse en cuenta la armonización de las actividades de los fondos soberanos con las preocupaciones macroeconómicas del Estado anfitrión.

2. Restricciones a la inversión extranjera directa

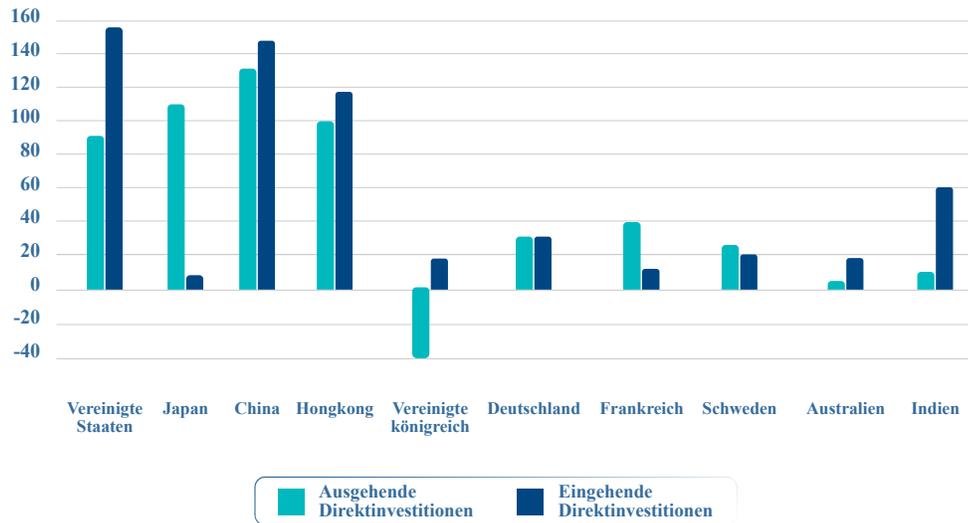
Literatura:

S. Kern, Staatsfonds - Staatliche Auslandsinvestitionen im Aufwind, Deutsche Bank Research, Aktuelle Themen 405, 2007; *OCDE*, OECD FDI Regulatory Restrictiveness Index, 2017.

- 5 A la hora de regular la inversión extranjera directa, reviste especial importancia hasta qué punto el respectivo Estado anfitrión permite en absoluto la inversión extranjera y qué condiciones le impone. Con el amplio abandono de los monopolios estatales en la producción y el comercio, la mayoría de los antiguos sistemas comunistas se han abierto a las inversiones de capital extranjero. Sin embargo, en muchos países siguen existiendo restricciones de gran alcance a las inversiones de capital privado en general o, específicamente, a los inversores extranjeros en los llamados sectores estratégicos. Éstos incluyen áreas políticamente sensibles como las industrias de defensa, pero también la extracción de materias primas, el suministro de energía y agua, las telecomunicaciones y la aviación civil. En los sectores calificados de estratégicos, la inversión extranjera directa no está permitida o sólo lo está de forma limitada (por ejemplo, sólo como participaciones minoritarias de hasta el 49%). La República Popular China, India y la Federación Rusa, en particular, aplican restricciones de gran alcance a la inversión extranjera directa (en general y específicamente para los sectores estratégicos)⁵⁹. Sin embargo, varios países industrializados occidentales (como EE.UU., Japón, el Reino Unido y los Estados miembros de la UE) también someten la inversión extranjera directa en sectores concretos al control del Estado y a restricciones de gran alcance en interés de la seguridad nacional y para evitar el acceso incontrolado de los inversores extranjeros a tecnologías clave. Existe una especial sensibilidad hacia la influencia de las empresas que están bajo el control de su gobierno de origen o que, de otro modo, están estrechamente entrelazadas con la dirección política de su país de origen (como muchos inversores chinos). El control de las inversiones también es un instrumento para facilitar un mejor acceso al mercado de las empresas propias en los países extranjeros.

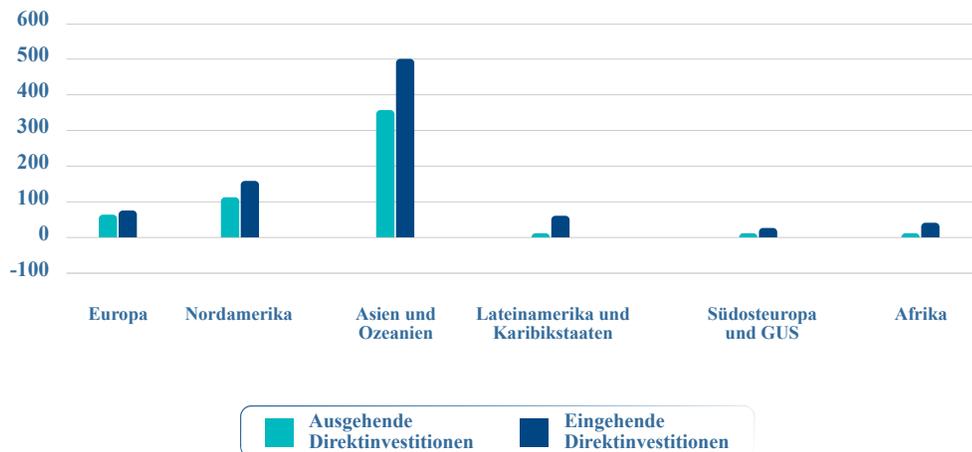
⁵⁹ Sobre el derecho ruso, véase *A. Stoljarskij*, *Russland: Ausländische Investitionen in strategischen Branchen*, RIW 2009, p. 587 y ss.

Auslandsdirektinvestitionen einzelner Staaten



Satand: 2020
 Angaben in Milliarden US-Dollar
 Die Grafik bezieht sich auf Investitionsströme ("FDI-Flows") aus der Summe von drei Komponenten (Eigenkapital, reinventierte Gewinne und innerbetriebliche Darlehen)
 Quelle: UNCTAD, World Investment Report 2021, S. 248 ff.

Auslandsdirektinvestitionen nach Regionen



Satand: 2020
 Angaben in Milliarden US-Dollar
 Die Grafik bezieht sich auf Investitionsströme ("FDI-Flows") aus der Summe von drei Komponenten (Eigenkapital, reinventierte Gewinne und innerbetriebliche Darlehen)
 Quelle: UNCTAD, World Investment Report 2021, S. 248 ff.

En EE.UU. (sobre la base de la *Enmienda Exon-Florio* de la *Ley de Producción de Defensa* en la versión de la *Ley de Seguridad Exterior y Nacional* de 2007), el *Comité de Inversiones Extranjeras en EE.UU.* (CFIUS), que forma parte del Departamento del Tesoro, examina las inversiones extranjeras en empresas con actividades comerciales en EE.UU. en relación con

cuestiones de "seguridad nacional". La decisión final sobre restricciones o prohibiciones corresponde al Presidente de EE.UU. En la práctica, sin embargo, estas posibilidades de intervención sólo se utilizan con gran reticencia. La *ley Foreign Investment Risk Review Modernisation Act 2018* pretende revisar las actividades de inversión de las empresas extranjeras de forma más eficaz. En esta ley, el Congreso de EE.UU. se compromete, por un lado, a abrir EE.UU. a la inversión extranjera y, por otro, muestra una gran conciencia de los mayores riesgos de las inversiones en áreas relevantes para la seguridad (sección 1702).

En la Unión Europea se adoptó el Reglamento (UE) 2019/452 por el que se establece un marco para el control de las inversiones extranjeras directas⁶⁰. Según este reglamento, los Estados miembros pueden, por razones de seguridad y orden público, mantener, modificar o establecer mecanismos para el cribado de las inversiones extranjeras directas en su territorio (con la posible investigación, autorización, aprobación condicional, prohibición o reversión en su territorio) (Artículo 3 y ss.).

En la República Federal de Alemania, el Ministerio Federal de Economía puede, con la aprobación del Gobierno Federal, prohibir o restringir la adquisición o participación en empresas con sede en Alemania por parte de inversores extranjeros (de fuera de la Unión Europea o de la Asociación Europea de Libre Comercio) en caso de amenaza para el orden público o la seguridad (Sección 4 (1) n° 4 AWG, Secciones 55 y siguientes de la Ordenanza de Comercio Exterior y Pagos)⁶¹. En el caso de la adquisición de acciones de empresas, el umbral de intervención es generalmente del 25% (Sección 56 párrafo 1 n° 3 Ordenanza de Comercio Exterior y Pagos). Se aplica un umbral más bajo (adquisición del 10% o del 20% de las acciones) a las empresas activas en infraestructuras críticas, telecomunicaciones, transmisión electrónica de datos y otros ámbitos relevantes para la seguridad, así como a las empresas que desarrollan y fabrican armas de guerra o tecnologías militares (Sección 56 párr. 1 n° 1 y 2 en relación con la Sección 55a, Sección 60a en relación con la Sección 60 de la Ordenanza sobre comercio exterior y pagos). Además, la otra adquisición del control efectivo de una empresa también está sujeta a revisión y a una salvedad de prohibición.

El Ministerio Federal de Economía alemán ha bloqueado la adquisición del fabricante alemán de chips Aixtron por parte de un inversor chino, al menos temporalmente. Esto se debe a la preocupación por el uso militar de tecnologías clave que posibilitaría la adquisición, así como a la intención de trabajar para mejorar el acceso al mercado chino de los inversores alemanes, que anteriormente se habían visto gravemente obstaculizados.

3. Inversión y desarrollo sostenible

- 6 En 2012, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) presentó unas directrices para una política de inversión al servicio del desarrollo sostenible

60 DO 2019 L 97/1. Véase también *M. Klamert/S. Bucher*, Investment Screening in the EU, *EuZW* 2021, p. 335 y ss.

61 Véase *W.-H. Roth*, Investitionsbeschränkungen im deutschen Außenwirtschaftsrecht, *ZBB* 2009, p. 257 y ss.; *M. Schladebach/F. Becker*, Die Verschärfung der Investitionskontrolle im deutschen und ausländischen Außenwirtschaftsrecht, *NVwZ* 2019, p. 1076 y ss.

(UNCTAD, Investment Policy Framework for Sustainable Development)⁶². En ella se formulan once principios básicos para una política orientada al desarrollo sostenible⁶³:

"Principios básicos de la formulación de políticas de inversión para el desarrollo sostenible

1. inversión para el desarrollo sostenible

El objetivo global de la elaboración de políticas de inversión es promover la inversión para el crecimiento integrador y el desarrollo sostenible.

2. coherencia política

Las políticas de inversión deben basarse en la estrategia general de desarrollo de un país. Todas las políticas que repercuten en la inversión deben ser coherentes y sinérgicas tanto a nivel nacional como internacional.

3. gobernanza e instituciones públicas

Las políticas de inversión deben elaborarse con la participación de todas las partes interesadas, e insertarse en un marco institucional basado en el Estado de derecho que respete normas estrictas de gobernanza pública y garantice procedimientos previsibles, eficaces y transparentes para los inversores.

4. formulación dinámica de políticas

Las políticas de inversión deben revisarse periódicamente para comprobar su eficacia y pertinencia y adaptarse a la dinámica cambiante del desarrollo.

5. Derechos y obligaciones equilibradas

Las políticas de inversión deben ser equilibradas a la hora de establecer los derechos y las obligaciones de los Estados y los inversores en aras del desarrollo para todos.

6. derecho a regular

Cada país tiene el derecho soberano de establecer las condiciones de entrada y de funcionamiento de las inversiones extranjeras, con sujeción a los compromisos internacionales, en interés del bien público y para minimizar los posibles efectos negativos.

7. Apertura a la inversión

62 UNCTAD, Investment Policy Framework for Sustainable Development, 2012, véase http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2012d5_en.pdf (consultado el 3 de enero de 2022).

63 UNCTAD, Marco de Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible, 2012, II (página 11).

En consonancia con la estrategia de desarrollo de cada país, la política de inversión debe establecer condiciones de entrada abiertas, estables y previsibles para la inversión.

8. Protección y tratamiento de las inversiones

Las políticas de inversión deben proporcionar una protección adecuada a los inversores establecidos. El trato a los inversores establecidos debe ser de naturaleza no discriminatoria.

9. promoción y facilitación de la inversión

Las políticas de promoción y facilitación de la inversión deben estar en consonancia con los objetivos de desarrollo sostenible y diseñadas para minimizar el riesgo de competencia perjudicial para la inversión.

10. gobierno corporativo y responsabilidad

Las políticas de inversión deben promover y facilitar la adopción y el cumplimiento de las mejores prácticas internacionales de responsabilidad social corporativa y de buen gobierno corporativo.

11. cooperación internacional

La comunidad internacional debería cooperar para abordar los retos comunes de la política de inversión para el desarrollo, especialmente en los países menos desarrollados. También deberían realizarse esfuerzos colectivos para evitar el proteccionismo de las inversiones".

§ 22. Contratos de inversión entre Estados y empresas extranjeras

Literatura:

J. F. Baur/S. Hobe (eds.), *Rechtsprobleme von Auslandsinvestitionen. Konzessionen, Vertragsanpassung, Vergabeverfahren*, 2003; *P. Behrens*, *Towards the Constitutionalisation of International Investment Protection*, AVR (2007), p. 152 y ss.; *R. D. Bishop/J. Crawford/W. M. Reisman*, *Foreign Investment Disputes*, 2ª ed. 2014; *K.-H. Böckstiegel*, *Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen*, 1971; *M. Burgstaller/M. Waibel*, *Investment Codes*, en: R. Wolfrum (ed.), *MPEPIL*, vol. VI, 2012, p. 300 y ss.; *R. Dolzer*, *Petroleum Contracts and International Law*, 2018; *P. Fischer*, *Die internationale Konzession*, 1974; *B. Görs*, *Internationales Investitionsrecht*, 2005; *L. Gramlich*, *Rechtsgestalt, Regelungstypen und Rechtsschutz bei grenzüberschreitenden Investitionen*, 1984; *J.-F. Lalive*, *Contrats entre Etats et entreprises étatiques et personnes privées - Développements récents*, RdC 181 (1983 III), págs. 9 y ss.; *J. W. Salacuse*, *The Law of Investment Treaties*, 2ª ed. 2015; *H. Merkt*, *Investitionsschutz durch Stabilisierungsklauseln*, 1990; *F. Nicklisch* (ed.), *Rechtsfragen privatfinanzierter Projekte - Nationale und internationale BOT-Projekte*, 1994; *S. A. Riesenfeld*, *Foreign Investments*, en: *EPIL*, Vol. II, 1995, p. 433 y ss.; *E. Schanze*, *Investitionsverträge im internationalen Wirtschaftsrecht*, 1986; *J. Stoll*, *Vereinbarungen zwischen Staat und ausländischem Investor*, 1982; *M. Valasek/P. Dumberry*, *Developments in the Legal Standing of Shareholders and Holding Corporations in Investor-State Disputes*, ICSID Review (2011), p. 34 y ss.; *P. de Vareilles-Sommières/A. Fekini*, *Les nouveaux contrats internationaux d'exploration et du partage de production pétrolière de Lybie*, JDI 2008, p. 3 y ss.; *R. Velten*, *Die Anwendung des Völkerrechts auf State Contracts in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, 1987.

- 1 Las empresas que invierten en un Estado extranjero se esfuerzan por asegurar su capital invertido en la medida de lo posible. Las normas del derecho internacional consuetudinario sobre la expropiación de extranjeros⁶⁴ sólo ofrecen una protección limitada contra la confiscación de activos. Aunque la norma clásica de la indemnización íntegra ha recuperado terreno tras las disputas del pasado, sigue lastrada por un cierto grado de incertidumbre. Las normas legales a favor de las inversiones extranjeras en la legislación del Estado anfitrión, incluidas las garantías constitucionales, están sujetas a cambios en caso de modificación de las condiciones políticas nacionales. El mismo problema existe con las promesas contractuales hechas por el Estado a un inversor extranjero si el contrato está sujeto a la ley del Estado anfitrión. En este sentido, la promesa contractual del Estado vale tanto como su adhesión al contrato. Por otro lado, no se puede esperar que los Estados se sometan a la ley de otro Estado en los acuerdos con una empresa extranjera.
- 2 Este dilema está detrás del esfuerzo por proteger la posición jurídica del inversor privado frente al acceso del poder regulador nacional de la parte contratante estatal. La referencia al "derecho transnacional" (o a los principios generales del derecho contractual)⁶⁵ tiene, además de los problemas fundamentales de reconocer tal fuente de derecho, el inconveniente de que tal contrato "suspendido" entre el derecho internacional y el derecho nacional no puede restringir la libertad de decisión del Estado anfitrión en virtud del derecho internacional y su violación no constituye un delito en virtud del derecho internacional. Otra forma de proteger al inversor extranjero es incluir en el tratado la llamada "cláusula de estabilización", que prohíbe una modificación unilateral de las reclamaciones contractuales por parte del Estado anfitrión. Una "cláusula de estabilización" de este tipo sólo puede ser eficaz como restricción del poder regulador del Estado si se adscribe al derecho internacional, es decir, si establece una obligación del Estado anfitrión en virtud del derecho internacional. Por esta razón, un reglamento de estabilización a veces va acompañado de una "cláusula de internacionalización", que hace referencia al derecho internacional y, por lo tanto, "internacionaliza" la relación entre el Estado y la empresa extranjera.
- 3 El efecto de estas cláusulas de "estabilización" e "internacionalización" es extremadamente controvertido. Las posibles interpretaciones pueden ilustrarse con las diversas sentencias arbitrales dictadas en el conflicto petrolífero libio. Se trataba de litigios derivados de contratos de concesiones petrolíferas que Libia había celebrado con varias compañías petroleras occidentales. En la década de 1970, Libia nacionalizó su industria petrolera y retiró los derechos de uso concedidos a las compañías petroleras extranjeras en los acuerdos de concesión. Como concesionarias afectadas por estas medidas, las compañías petroleras British Petroleum (BP), Texaco Overseas Petroleum Company (TOPCO), California Asiatic Oil Company (CALASIATIC) y la Libyan American Oil Company (LIAMCO) iniciaron procedimientos de arbitraje contra Libia (basándose en un acuerdo de arbitraje incluido en los contratos) y alegaron que Libia había violado sus derechos contractuales. Libia invocó su soberanía estatal, que no había sido restringida por los contratos.
- 4 Por el contrario, las compañías petroleras se basaban en una "cláusula de estabilización", que prohibía la cancelación unilateral de las reclamaciones contractuales. Además, según otra disposición contractual, los acuerdos de concesión debían estar sujetos a la legislación libia (únicamente) en la medida en que ésta fuera compatible con los principios del derecho inter-

64 Véase más arriba, § 20, 1.

65 R. Dolzer, *Libya-Oil Companies Arbitrations*, en: EPIL, Vol. III, 1997, p. 215 y ss.

nacional; en caso contrario, se aplicarían los principios jurídicos generales. Esta cláusula de internacionalización rezaba así:

"Esta concesión se registrará e interpretará de acuerdo con los principios del derecho de Libia comunes a los principios del derecho internacional y en ausencia de tales principios comunes entonces por y de acuerdo con los principios generales del derecho, incluyendo aquellos de esos principios que hayan sido aplicados por tribunales internacionales."⁶⁶

Libia argumentó sin éxito que, como Estado soberano, podía optar por no participar en un acuerdo de arbitraje con empresas privadas. Los tres laudos arbitrales emitidos en la disputa petrolera se basaron en la validez de la cláusula de elección de ley y, por tanto, llegaron a un criterio de revisión de la legalidad de las medidas de nacionalización que no dependía de la ley libia. Sin embargo, los tres laudos arbitrales siguen caminos diferentes en su razonamiento y resultado final.

- 5 En el caso *British Petroleum*, el árbitro *Lagergren* dictó un laudo en Copenhague⁶⁷, que se basaba en la legislación danesa (como ley que regía el procedimiento de arbitraje) y se apoyaba en la autonomía de la voluntad de las partes (reconocida en la legislación danesa) al referirse al derecho internacional. El laudo condenaba a Libia a pagar una indemnización por la expropiación arbitraria y discriminatoria de BP.

Como consecuencia legal del incumplimiento de un acuerdo de concesión, el árbitro rechazó una demanda de cumplimiento de contrato (*restitución, restitio in integrum*) y en su lugar llegó a una demanda por daños y perjuicios:

"[...] cuando por el ejercicio del poder soberano un Estado ha cometido un incumplimiento fundamental de un acuerdo de concesión al repudiarlo mediante una nacionalización de la empresa y de sus activos de una manera que implica firmeza, el concesionario no tiene derecho a reclamar al Gobierno el cumplimiento específico del acuerdo y el restablecimiento de sus derechos contractuales, sino que su único recurso es una acción por daños y perjuicios."⁶⁸

El laudo arbitral en el caso *LIAMCO*⁶⁹ se basó en los principios generales del derecho internacional privado y también en la cláusula de elección de la ley del acuerdo de concesión. El árbitro *Mahmassani* condenó a Libia a pagar una indemnización por motivos no del todo claros y basados en consideraciones de equidad. El árbitro consideró que la obligación de cumplir el contrato constituía una violación de la soberanía del Estado expropiador⁷⁰.

- 6 El laudo arbitral en el caso *TOPCO/CALASIATIC*⁷¹ categorizó de forma diferente la relación entre Libia y sus socios contractuales extranjeros. El árbitro *Dupuy* categorizó el contrato en-

66 *Texas Overseas Petroleum Co. & California Asiatic Oil Co. contra la República Árabe Libia*, ILM 17 (1978), p. 1, párr. 23.

67 *British Petroleum Exploration Co. contra la República Árabe Libia*, ILR 53 (1979), p. 297.

68 *British Petroleum Exploration Co. contra la República Árabe Libia*, ILR 53 (1979), p. 354.

69 *Libyan American Oil Co. contra la República Árabe Libia*, ILM 20 (1981), p. 1.

70 *Libyan American Oil Co. contra la República Árabe Libia*, ILM 20 (1981), p. 1 y ss. (64 f.).

71 *Texas Overseas Petroleum Co. & California Asiatic Oil Co. contra la República Árabe Libia*, ILM 17 (1978), p. 1.

tre las compañías petroleras estadounidenses y el Estado libio desde el principio (es decir, no mediante una desviación a través del derecho nacional o de cualquier principio general del derecho contractual) en el nivel del derecho internacional, asegurando así la posición contractual de los inversores en virtud del derecho internacional. En coherencia con esta argumentación conforme al derecho internacional, el árbitro sostuvo que las normas de nacionalización libias no podían anular las concesiones de las compañías petroleras estadounidenses. De acuerdo con los principios de la restitución in rem (*restitutio in integrum*), el árbitro ordenó a Libia que restableciera la posición jurídica de las compañías petroleras tal y como se establecía en los acuerdos de concesión.⁷²

- 7 El laudo arbitral *TOPCO/CALASIATIC* ha contribuido a establecer la opinión de que un Estado puede contraer obligaciones de naturaleza jurídica internacional en un contrato con una parte privada extranjera y que una empresa privada puede adquirir una "subjektividad limitada en virtud del derecho internacional" sobre la base de dicha relación contractual. Aunque la doctrina del "tratado internacional limitado" es bastante controvertida, ha recibido mucho apoyo desde entonces. Sin embargo, hay que tener en cuenta que los acuerdos entre un Estado y un inversor extranjero están sujetos a un cambio fundamental de circunstancias (*clausula rebus sic stantibus*) cuando se clasifican bajo el derecho internacional, al igual que los tratados internacionales.

Los laudos arbitrales individuales no consideran una cláusula de estabilización como una renuncia a la expropiación por parte del Estado anfitrión, al menos en el caso de un acuerdo de concesión con un plazo de décadas.⁷³

- 8 Independientemente de la clasificación de los acuerdos entre el inversor y el Estado anfitrión, se reconoce que un Estado no puede retirarse de un acuerdo de arbitraje con una empresa extranjera invocando su soberanía (a menos que el acuerdo esté sujeto a la ley del Estado anfitrión). La imposibilidad o posibilidad de anular unilateralmente las reclamaciones contractuales contra el Estado no afecta a la validez de una cláusula de arbitraje (*doctrina de la ruptura*). En este sentido, los acuerdos de arbitraje entre un Estado y su socio contractual extranjero están "estabilizados" en virtud del derecho internacional.⁷⁴
- 9 Además, según el estado actual de la dogmática del derecho internacional, lo más probable es que las reclamaciones contractuales de un inversor contra un Estado extranjero estén garantizadas por un acuerdo internacional entre el Estado de origen del inversor y el Estado anfitrión.⁷⁵
- 10 Mención especial merecen los contratos de construcción y explotación de instalaciones (por ejemplo, instalaciones de transporte como aeropuertos o puertos marítimos) en los que el inversor recibe los derechos de utilización durante un periodo de tiempo determinado sobre la base de un acuerdo de concesión con el Estado respectivo y debe transferir la instalación al Estado al final de este periodo. El periodo estipulado contractualmente para los derechos de utilización del inversor es significativamente más corto que la vida útil prevista de la instalación. En estos

72 *Texas Overseas Petroleum Co. & California Asiatic Oil Co. contra la República Árabe Libia*, ILM 17 (1978), p. 1, párrs. 92 y ss.

73 *Aminoil contra Kuwait*, ILM 21 (1982), p. 976, párrs. 88 y ss. (95).

74 Véase más arriba, § 9, 2.

75 Véase más adelante, § 23, 2.

proyectos "BOT" ("*Build-Operate-Transfer*"), el acuerdo con el gobierno estatal constituye la base de una complicada red de contratos sobre la financiación del proyecto y su realización técnica⁷⁶. Los proyectos "BOT" son especialmente susceptibles de sufrir problemas de ejecución debido a su estructura extremadamente compleja y a la interacción de muchas partes implicadas. Algunos elementos sólo pueden concretarse contractualmente por etapas. La cooperación leal de los organismos estatales implicados es aquí de gran importancia. Las obstrucciones administrativas pueden convertirse en una expropiación "rastrera"⁷⁷ o violar de otro modo las normas de protección contractual de las inversiones⁷⁸. La interferencia del Estado en los derechos de utilización acordados contractualmente de los inversores extranjeros constituirá, por lo general, una expropiación que requiere indemnización.

- 11 El proyecto "BOT" más conocido es probablemente la construcción de un túnel del canal entre Francia y el Reino Unido⁷⁹. El proyecto del túnel tiene su base en el derecho internacional en un tratado internacional entre Francia y Gran Bretaña de 1986, que crea el marco regulador intergubernamental para el enlace fijo del canal y las concesiones para las empresas privadas de construcción de túneles. La concesión propiamente dicha se basa en un acuerdo entre los gobiernos británico y francés, por una parte, y los concesionarios británico y francés (*France Manche S. A.* y *Channel Tunnel Group Ltd.*), por otra. Según este acuerdo, la concesión tendrá una duración de 65 (antes 55) años. El principio de libertad empresarial se aplicará a la realización del proyecto. También se prevé el establecimiento de un órgano de vigilancia y la creación de una autoridad de seguridad. A nivel nacional, una ley británica (la *Channel Tunnel Act 1987*) y un decreto francés (combinado con una declaración especial sobre el beneficio público del proyecto) flanquean el contrato y el acuerdo de concesión. Estas normativas nacionales también crean las bases de planificación y derechos de propiedad para la realización del proyecto del túnel bajo el Canal de la Mancha. Los concesionarios estaban obligados a concluir acuerdos con las compañías ferroviarias nacionales sobre la utilización del túnel bajo el Canal de la Mancha. La base de la financiación del proyecto fue el rendimiento esperado de la concesión.

§ 23. Mecanismos de protección en el Derecho de inversiones

1. Visión general

Literatura:

J. E. Alvarez, The Public International Law Regime Governing International Investment, 2011; *R. Dolzer/C. Schreuer*, Principles of International Investment Law, 2ª ed. 2012; *R. Dolzer/M. Herdegen/B. Vogel* (eds.), Foreign Investment, 2006; *J. Griebel*, Internationales Investitionsrecht, 2008; *M. Herdegen*, Investitionsschutz in Lateinamerika, Neuere Entwicklungen im Verfassungs- und Völkervertragsrecht, ZVglRWiss 94 (1995), p. 341 y ss.; *C. Knahr/A. Reinisch*, Aktuelle Probleme und Entwicklungen im

76 Por ejemplo, *F. Nicklisch*, The BOT Model - The Contractor's Role as Builder - Contract Structure Risk Allocation and Risk Management, International Construction Law Review 9 (1992), p. 425 y ss., *ibid.*, BOT-Projekte - Vertragsstrukturen, Risikoverteilung und Streitbeilegung, BB 1998, p. 2 y ss.

77 Véase más arriba, § 20, 1.

78 *T. M. Meije*, Der Investitionsschutz im internationalen Anlagenbau: Eine Untersuchung mit besonderer Berücksichtigung internationaler BOT-Projekte, 2008, p. 55.

79 Véase *R. Goy*, Le tunnel sous la Manche, AFDI 32 (1986), p. 741 y ss.; *M. Herdegen*, Der Konzessionsvertrag aus öffentlich-rechtlicher Sicht: das Beispiel des Kanaltunnelprojekts, en: *F. Nicklisch* (ed.), Rechtsfragen privatfinanzierter Projekte, 1994, p. 41 y ss.; Contrato de concesión del túnel bajo el Canal de la Mancha de 1986, Command Papers, n° 9726, reimpresso en: *Nicklisch*, loc. cit. p. 93 y ss.

Internationalen Investitionsrecht, 2008; P. Muchlinski/F. Ortino/C. Schreuer, The Oxford Handbook of International Investment Law, 2008; A. Newcombe/L. Paradell, Law and Practice of Investment Treaties, 2009; F. Ortino/A. Sheppard/H. Warner (eds.), Investment Treaty Law: Current Issues I, 2006; . (ed.), Investment Treaty Law: Current Issues II, 2007; A. Reinisch, Standards of Investment Protection, 2008; S. Schill, Der Schutz von Auslandsinvestitionen in Deutschland im Mehrebenensystem: deutsches, europäisches und internationales Recht, AöR 135 (2010), p. 498 y ss.; M. Sornarajah, The International Law on Foreign Investment, 4ª ed. 2017; ders, Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment, 2015; S. P. Subedi, International Investment Law, 4ª ed. 2020.

- 1 La protección tradicional de las inversiones extranjeras se rige por las normas del derecho de extranjería, en particular el derecho internacional de expropiación. En principio, sólo el Estado de origen del inversor puede hacer valer reclamaciones contra el Estado anfitrión en virtud del derecho internacional mediante la protección diplomática⁸⁰. Desde la perspectiva de la empresa afectada, no sólo hay que tener en cuenta las posibles disputas sobre las normas consuetudinarias de protección (especialmente en lo que respecta al importe de la indemnización), sino también las incertidumbres y los riesgos políticos relativos a la relación entre el Estado de origen y el Estado anfitrión o la voluntad del propio gobierno del inversor de proporcionar protección diplomática. Los intentos de equiparar las relaciones entre el inversor y el Estado anfitrión mediante contratos "internacionalizados" (con "cláusulas de estabilización" y acuerdos de arbitraje)⁸¹ también están plagados de dudas jurídicas y fácticas. Por cierto, sólo un pequeño círculo de poderosas empresas multinacionales puede emprender con éxito la creación de una amplia "igualdad de armas" sobre una base contractual.
- 2 Estos problemas han impulsado los esfuerzos para mejorar la protección de las inversiones extranjeras mediante acuerdos internacionales en los que participe el Estado de origen. Los acuerdos bilaterales de protección de las inversiones (*Tratados Bilaterales de Inversión*, TBI) garantizan una posición jurídica segura para los inversores y la protección de sus inversiones de capital. Mientras tanto, el *Tratado de Libre Comercio de América del Norte* y otros acuerdos comerciales bilaterales (*Acuerdos Comerciales Preferenciales*) también contienen normas de protección exhaustivas para las inversiones, que cumplen la función de los tratados bilaterales de protección de las inversiones. Esto se aplica en particular a los acuerdos comerciales más recientes celebrados por EEUU⁸². El Tratado de la Carta Europea de la Energía de 1994 establece un marco regulador multilateral para el sector energético⁸³. Los acuerdos económicos más recientes de la Unión Europea también regulan la protección de las inversiones, además de las relaciones comerciales.
- 3 El Convenio del Banco Mundial sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones creó un foro para un procedimiento organizado judicialmente: el *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones* (CIADI, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones). El carácter vinculante de sus decisiones está garantizado por un tratado internacional. El procedimiento de arbitraje del CIADI sustituye a la protección diplomática y desactiva así el componente político de las disputas sobre inversiones. Las soluciones del derecho de seguros también sirven para "despolitizar" las disputas. La Agencia *Multilateral*

80 Véase más arriba § 7, 4.

81 Véase el § 22 anterior.

82 B. Hoeckmann/R. Newfarmer, *Acuerdos comerciales preferenciales, disciplinas de inversión y flujos de inversión*, JWT 39 (2005), p. 949 y ss.

83 Véase más abajo § 23, 3.

de *Garantía de Inversiones* (MIGA) se creó en el contexto del Banco Mundial para asegurar los riesgos no comerciales de las inversiones de capital en los países en desarrollo y estimular la actividad inversora en estos países. Además de las compañías de seguros privadas, también existen sistemas de seguros estatales para las inversiones extranjeras en varios países industrializados.

- 4 El término "inversión" debe definirse con más detalle según los instrumentos jurídicos pertinentes. Las inversiones van más allá del uso de capital para adquirir la propiedad de bienes muebles e inmuebles y acciones en empresas. Por regla general, las inversiones en el sentido de los tratados internacionales están asociadas a una inversión de capital de cierta duración, una expectativa de rendimiento con un riesgo empresarial simultáneo y una contribución de la inversión de capital al desarrollo económico del país receptor. Esta interpretación también fue utilizada por un tribunal de arbitraje del CIADI en el caso *Salini Costruttori*⁸⁴:

"La doctrina considera generalmente que la inversión infiere: contribuciones, una cierta duración de ejecución del contrato y una participación en los riesgos de la transacción... [y] la contribución al desarrollo económico del Estado receptor de la inversión..."

- 5 Sin embargo, la llamada "prueba Salini" no describe ningún requisito general de derecho internacional para la existencia de una inversión protegida, sino que tiene un significado tipificador y descriptivo. El factor decisivo es el concepto respectivo de inversión en el contexto contractual específico. La asunción del riesgo empresarial puede ser prescindible (por ejemplo, cuando se incluyen bonos del Estado).

En el caso *FEDAX N. V. contra la República de Venezuela*, el tribunal arbitral categorizó las reclamaciones de pago basadas en flujos de capital a largo plazo (concretamente la adquisición de bonos del Estado) como inversiones en el sentido de la amplia disposición del Artículo 25(1) del Convenio del CIADI.⁸⁵

La protección de las inversiones en virtud del derecho internacional abarca tanto las inversiones directas como las inversiones de cartera. La inclusión de las inversiones de cartera también conlleva la protección de los accionistas minoritarios de las empresas. Con la protección de las inversiones en favor de las acciones de las empresas, la cuestión de la posible protección diplomática por parte del Estado de origen de la empresa respectiva pierde importancia.

- 6 La OCDE ha iniciado negociaciones con los Estados miembros y terceros países sobre un acuerdo multilateral de inversiones (*Multilateral Agreement on Investment - MAI*)⁸⁶. Existe acuerdo sobre una definición amplia de las inversiones que deben protegerse (incluidas las

84 *Salini Costruttori S. p. A. e Italstrade S. p. A. contra Reino de Marruecos*, ILM 42 (2003), p. 609, párr. 52. *B. Hoeckmann/R. Newfarmer*, Preferential Trade Agreements, Investment Disciplines and Investment Flows, JWT 39 (2005), p. 949 y ss.

85 Sobre la adquisición de bonos del Estado como inversión en el sentido del artículo 25(1) del Convenio del CIADI *FEDAX N. V. c. República de Venezuela*, Decisión del CIADI sobre competencia, ILM 37 (1998), p. 1378, párrs. 21 y ss.

86 *J. Karl*, Das Multilaterale Investitionsabkommen, RIW 1998, p. 432 y ss.; *P. T. Muchlinski*, The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now?, International Lawyer 34 (2000), p. 1033 y ss.; *W. H. Whitterell*, The OECD Multilateral Agreement on Investment, Transnational Corporations IV (1995), p. 1 y ss.

acciones de las empresas, los derechos contractuales y la propiedad intelectual). La protección contra la expropiación debería corresponder a la práctica moderna de los tratados sobre protección bilateral de las inversiones. El principio fundamental debe ser la no discriminación (igualdad de trato de los nacionales y trato de nación más favorecida). Esto también incluye facilitar el acceso al mercado eliminando obstáculos especiales para los inversores extranjeros. El proyecto del AMI fracasó inicialmente debido a conflictos de intereses insalvables (sobre todo en lo que respecta a las excepciones para el sector cultural o a la violación del principio de no discriminación en el caso de las organizaciones regionales de integración económica)⁸⁷.

2. Acuerdos bilaterales de protección de las inversiones y protección de inversiones en tratados de comercio

Literatura:

J. A. Bischoff, Just a little *bit* of "mixity"? The EU's role in the field of international investment protection law, CMLRev. 48 (2011), p. 1527 y ss.; *R. Dolzer/U. Kriebaum/C. Schreuer*, Principles of International Investment Law, 3ª ed. 2022; *R. Dolzer/M. Stevens*, Bilateral Investment Treaties, 1995; *R. Dolzer*, Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties, The International Lawyer 39 (2005), pp. 87 y ss.; *M. Krajewski/J. Ceysens*, International Investment Protection and Domestic Regulation, AVR 45 (2007), p. 180 y ss.; *C. McLachlan/L. Shore/M. Weiniger*, International Investment Arbitration, 2ª ed. 2017; *E. Neumayer/L. Spess*, Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?, World Development Vol. 33/No. 10 (2005), p. 1567 y ss.; *J. W. Salacuse*, The Law on International Investment Treaties, 2ª ed. 2015; *K. P. Sauvant/L. Sachs* (eds.), The Effects of Treaties on Foreign Direct Investment, 2009; *K. Vandevelde*, Investment Treaties: History, Policy and Interpretation, 2010.

a) Consideraciones generales

- 7 Los tradicionales tratados de amistad, comercio y navegación⁸⁸, que los países industrializados occidentales concluyeron en gran número en el pasado, contienen a menudo disposiciones sobre la admisión y protección de las inversiones de capital. Incluso hoy en día, las cláusulas de protección de este tipo de tratados desempeñan un papel importante para EEUU y Japón. El *Tribunal de Reclamaciones Irán-EEUU* de La Haya se ha referido en repetidas ocasiones a las disposiciones del Tratado de Amistad entre ambos países en su sentencia sobre medidas de expropiación contra ciudadanos y empresas estadounidenses⁸⁹.

En el caso *ELSI*,⁹⁰ Estados Unidos basó su acción de medidas de insolvencia contra la filial italiana de una empresa estadounidense en el Tratado de Amistad entre Estados Unidos e Italia. En este caso, la protección contractual del capital también se extendía a las participaciones (de control) en una empresa extranjera, ampliando así el alcance de la protección diplomática del Estado de origen del inversor.⁹¹

87 Las negociaciones se interrumpieron en 1998 (<http://www1.oecd.org/daf/mai/intro.htm>, consultado el 3 de enero de 2022).

88 Véase *A. Paulus*, Tratados de amistad, comercio y navegación, en: *R. Wolfrum* (ed.), MPEPIL, vol. IX, 2012, p. 1140 y ss.

89 Véase, por ejemplo, *J. R. Crook*, Applicable Law in International Arbitration: The Iran-U.S. Claims Tribunal Experience, AJIL 83 (1989), p. 278 y ss. (300 y ss.) con más referencias.

90 Informes de la CIJ 1989, p. 15.

91 Véase más arriba, § 7, 4.

- 8 Desde hace varias décadas, ha surgido un tipo diferente de protección de las inversiones basada en tratados, a saber, los tratados bilaterales especiales de inversión (*Bilateral Investment Treaties*, BITs). Estos tratados ofrecen un mayor grado de nitidez de contornos que los tratados de amistad generalizada de carácter convencional. La República Federal de Alemania y otros países industrializados han creado una amplia red de acuerdos bilaterales de este tipo con países en desarrollo y otros Estados.

En los últimos tiempos, también se ha celebrado un gran número de tratados de protección de las inversiones entre países en desarrollo. En la actualidad existen casi 3.000 tratados bilaterales de protección de las inversiones y un número considerable de otros tratados con disposiciones de protección de las inversiones.

Además, muchos de los acuerdos comerciales más recientes, como el TLCAN (Capítulo XI), contienen amplias disposiciones sobre la protección de las inversiones. Chile ha concluido un acuerdo de libre comercio con EE.UU. cuyas disposiciones sobre protección de las inversiones son comparables a las normas del TLCAN.⁹² El acuerdo de Asociación *Transpacífico (TPP)*, que fue firmado a principios de 2016 por EE.UU., Australia, Brunei, Canadá, Chile, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam, mantiene el modelo de jurisdicción tradicional en materia de inversiones. Sin embargo, el nuevo gobierno estadounidense no quiere ratificar el acuerdo.

- 9 Desde el Tratado de Lisboa, las competencias de la Unión Europea en materia de política comercial incluyen la celebración de acuerdos sobre inversiones extranjeras directas (Artículo 207 párrafo 1 frase 1 TFUE)⁹³. Deben tenerse en cuenta las competencias residuales de los Estados miembros en materia de inversiones de cartera⁹⁴. Esto significa que los tratados de protección integral de las inversiones deben ser celebrados tanto por la Unión Europea como por sus Estados miembros. La continuación de anteriores tratados de protección de inversiones de los Estados miembros de la UE está permitida previa notificación a la Comisión de la UE hasta la entrada en vigor de un acuerdo bilateral de protección de inversiones entre la UE y este tercer país.⁹⁵
- 10 Los acuerdos económicos entre la Unión Europea y Singapur, Vietnam y Canadá (*Comprehensive Economic and Trade Agreement - CETA*) contienen capítulos sobre la protección de las inversiones. El avance de las negociaciones sobre la *Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI)* es incierto.

92 G. Biggs, El Tratamiento Latinoamericano del Arbitraje Internacional y las Inversiones Extranjeras y el Tratado Chile-U.S. Free Trade Agreement, ICSID Review 19 (2004), p. 61 y ss.

93 J. Terhechte, Art. 351 TFUE, the Loyalty Requirement and the Future of Member State Investment Protection Treaties after Lisbon, EuR 2010, p. 517 y ss. Cf. también M. Bungenberg/J. Griebel/S. Hindelang, International Investment Law and EU Law, 2011.

94 Véase Comisión de la UE, Hacia una política europea global en materia de inversiones internacionales, COM (2010) 343 final.

95 Art. 3 del Reglamento (UE) n° 1219/2012, DO 2012 L 351/40. Véase sobre la primacía de los tratados de protección de las inversiones celebrados antes de la adhesión a la UE sobre la legislación de la UE en conflicto en virtud del art. 351(1) del TFUE y el deber de los Estados miembros de esforzarse en virtud del art. 351(2) del TFUE TJUE, asunto C-264/09, EU:C:2011: 580 - *Comisión contra República Eslovaca*.

De importancia en la región árabe es el acuerdo de protección de las inversiones de 1981 de la Organización de Cooperación Islámica (OCI), que ha sido ratificado por 25 países.

A finales de 2020, la Unión Europea y la República Popular China negociaron un acuerdo de inversión.⁹⁶

El acuerdo contiene normas de apertura para el acceso al mercado, que deberían suponer un alivio significativo para las empresas europeas de determinados sectores. Sin embargo, no se han eliminado muchas barreras al acceso. A diferencia de la mayoría de los tratados de protección de las inversiones, el acuerdo con China no regula ninguna norma de protección sustantiva ni los procedimientos de solución de diferencias entre inversores y Estados, que serán objeto de otro acuerdo. En vista de las críticas a las normas "blandas" sobre normas laborales (Sección IV), el futuro del acuerdo es incierto.

- 11 Muchos países latinoamericanos han superado su antigua aversión a la protección contractual de las inversiones extranjeras y han concluido acuerdos de protección de las inversiones con la República Federal de Alemania, EE.UU. y otros países. En algunos casos, está resurgiendo una resistencia arraigada en las ideas del derecho internacional del siglo XIX (*Calvo -Doctrina*⁹⁷), con efectos perjudiciales en la feroz competencia por la inversión extranjera.⁹⁸ Algunos países latinoamericanos (Bolivia, Ecuador, Venezuela) han anulado los tratados de protección de las inversiones o el acuerdo del CIADI y han presionado para que se renegocien los acuerdos de concesión existentes con los inversores extranjeros. Mientras tanto, la renegociación es la mejor alternativa para los inversores extranjeros en comparación con iniciar un procedimiento de arbitraje por incumplimiento de contrato.
- 12 Los tratados de protección de las inversiones de algunos países industrializados - como la República Federal de Alemania y EE.UU. - se basan en un tratado modelo⁹⁹. Los tratados de protección de las inversiones de la República Federal de Alemania contienen un requisito general de buena voluntad en la admisión y el trato de las inversiones y las empresas (Artículo 2 párr. 1 del tratado modelo), una prohibición general de discriminación contra los nacionales (Artículo 3 párr. 1 del tratado modelo) y una cláusula de nación más favorecida (Artículo 3 párr. 2 del tratado modelo). También se pueden encontrar normas similares en los acuerdos de protección de las inversiones de otros países.

Una cláusula estándar garantiza a las inversiones "protección y seguridad plenas" (*protección*

96 Acuerdo Global de Inversión UE-China (Acuerdo de Principios), 22 de enero de 2021.

97 Véase más arriba, §§ 7, 4; 20, 1.

98 Véanse, por ejemplo, el art. 301 de la Constitución de 1999 de la República Bolivariana de Venezuela; los decretos bolivianos sobre la nacionalización de la industria del gas, ILM 45 (2006), p. 1018 y ss.; el art. 422 de la Constitución de Ecuador; véase *K. Fach Gómez*, América Latina y el CIADI: ¿David contra Goliath?, *Law and Business Review of the Americas* 17 (2011), p. 195 y ss.

99 Tratado modelo alemán sobre la promoción y la protección recíproca de las inversiones (Ministerio Federal de Economía y Tecnología, 2009). Véase, por ejemplo, el Tratado entre la República Federal de Alemania y la República de Indonesia sobre la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones, BGBl. 2005 II, p. 514; US Model Bilateral Investment Treaty (2012), <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/188371.pdf> (consultado el 3 de septiembre de 2022); estrechamente basado en este modelo de tratado se encuentra el Tratado de Protección de Inversiones entre EE.UU. y Uruguay, ILM 44 (2005), p. 268 y ss. Sobre el modelo de tratado estadounidense, *M. Kantor*, *The New Draft Model BIT: Noteworthy Developments*, *Journal of International Arbitration* 21 [4] (2004), p. 383 y ss.

y seguridad plenas)¹⁰⁰. La garantía de "*trato justo y equitativo*" también desempeña un papel muy importante¹⁰¹. Por último, las disposiciones sobre las restricciones a la expropiación y el estándar de compensación son de vital importancia.¹⁰²

- 13** Muchos tratados de protección de las inversiones sólo protegen las inversiones ya realizadas y se remiten a la legislación del Estado anfitrión a la hora de autorizar las inversiones (modelo "*post-establishment*").¹⁰³ Por el contrario, los modelos de tratados de Estados Unidos, Canadá y Japón, por ejemplo, también contemplan el acceso al mercado en el marco del principio de *trato nacional (trato nacional)* y el trato de nación más favorecida (modelo "*pre-entry*").¹⁰⁴ Incluso los acuerdos que prevén una autorización no discriminatoria tienen restricciones más o menos amplias a la apertura de los mercados a los inversores extranjeros. O bien se enumeran los sectores abiertos de forma enumerativa ("sistema de lista positiva") o se excluyen determinados sectores del acceso al mercado ("sistema de lista negativa").

b) **Ámbito de protección personal**

- 14** Los tratados de protección de inversiones se aplican inicialmente a las personas físicas o jurídicas con la nacionalidad (nacionalidad en el caso de las empresas) de un Estado contratante que realizan inversiones directamente en el otro Estado contratante. Además, los tratados de protección de las inversiones suelen ampliar también su ámbito de protección a las personas de un Estado contratante que realizan inversiones en el Estado receptor a través de una filial controlada por ellas que se ha establecido con arreglo a la legislación del otro Estado contratante o tiene su domicilio social en él. En términos de regulación, esta protección es:

- La inclusión de una entidad jurídica controlada (directa o indirectamente) por un inversor de un Estado contratante con nacionalidad del otro Estado contratante (Estado anfitrión) en el grupo de inversores protegidos,¹⁰⁵ o
- Esto significa la inclusión de inversiones controladas por un inversor de un Estado contratante como socio (accionista) en el otro Estado contratante.¹⁰⁶

El Convenio del CIADI prevé en el artículo 25 párr. 2 *lit. b.* la inclusión de una persona jurídica con la nacionalidad del Estado anfitrión entre los nacionales del otro Estado contratante si las partes en la controversia han acordado esta clasificación sobre la base de la relación de

100 Véase, por ejemplo, el art. 4 apdo. 1 del modelo de tratado de la República Federal de Alemania; el art. 5 apdo. 1 del modelo de tratado de los EE.UU.

101 Véase, por ejemplo, el art. 2 párr. 2 del modelo de tratado de la República Federal de Alemania; el art. 5 párr. 2 del modelo de tratado de los EE.UU.

102 Véase, por ejemplo, el art. 4 párr. 2 del modelo de tratado de la República Federal de Alemania; el art. 6 del modelo de tratado de los EE.UU.

103 Véase, por ejemplo, el apartado 1 del artículo 2 del Tratado Modelo de la República Federal de Alemania: "Cada Estado contratante promoverá en su territorio, en la medida de lo posible, las inversiones de los inversores del otro Estado contratante y admitirá dichas inversiones de conformidad con su legislación."

104 Véase, por ejemplo, el apartado 1 del artículo 3 del modelo de tratado de los EE.UU.

105 Véase *Aguas del Tunari S.A. c. República de Bolivia*, caso del CIADI n° ARB/02/3 (2005).

106 Cf. *Siemens AG c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/8, Decisión sobre competencia (2004), ILM 44 (2005), p. 138.

control. En este sentido, el control de la entidad jurídica por parte de inversores de otro estado contratante hace que una empresa con la nacionalidad del Estado anfitrión entre en el ámbito contractual de protección:

"'Nacional de otro Estado contratante' significa:

(b) cualquier persona jurídica que tuviera la nacionalidad de un Estado contratante distinto del Estado parte en la controversia en la fecha en que las partes consintieron en someter dicha controversia a conciliación o arbitraje y cualquier persona jurídica que tuviera la nacionalidad del Estado contratante parte en la controversia en esa fecha y que, debido a su control extranjero, las partes hayan acordado que sea tratada como nacional de otro Estado contratante a los efectos del presente Convenio."

El Tratado Modelo de EE. UU. de 2012 define el ámbito personal de protección ("inversor de una Parte") de la siguiente manera: "una Parte o una empresa estatal de la misma, o un nacional o una empresa de una Parte, que intente realizar, esté realizando o haya realizado una inversión en el territorio de la otra Parte; no obstante, se considerará que una persona física con doble nacionalidad es exclusivamente nacional del Estado de su nacionalidad dominante y efectiva" (Artículo 1).

Para que una entidad jurídica pertenezca a la nacionalidad de un Estado contratante, la práctica arbitral permite que baste con el establecimiento bajo la ley de ese Estado, incluso si el centro de administración de facto se ha trasladado a otro Estado. En *Niko Resources Ltd. contra Bangladesh*, el tribunal de arbitraje rechazó el requisito adicional de una "conexión real" con el lugar de constitución de la entidad jurídica:

"Los Demandados no han presentado ninguna autoridad que apoye su opinión de que el requisito de una 'conexión real', suponiendo que fuera aplicable en la protección diplomática o en las reclamaciones de tratados, debería aplicarse a las reclamaciones de contratos como en el presente caso. En opinión del Tribunal, tal requisito adicional no puede leerse en el texto del Convenio; ni los *travaux préparatoires* para el Convenio pueden justificar la suposición de que esto se hubiera pretendido. Basta con que un demandante demuestre que tiene la nacionalidad de otro Estado contratante por referencia a uno de los criterios generalmente aceptados, en particular la incorporación o la sede."¹⁰⁷

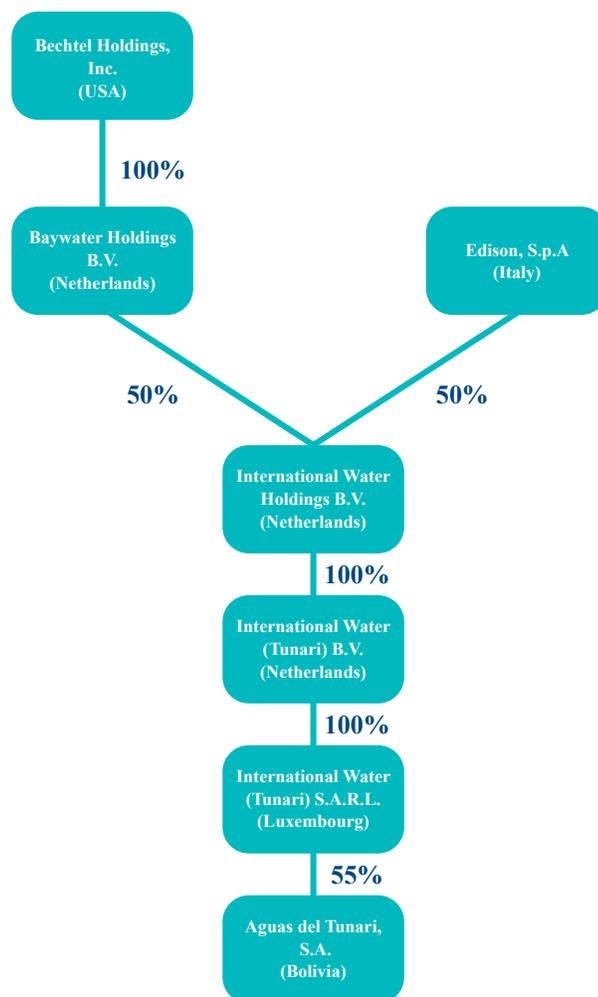
- 15** En el caso de relaciones accionariales a varios niveles, se abren interesantes opciones de estructuración si un tratado de protección de las inversiones protege también las inversiones realizadas en el país receptor por una empresa que sólo está "controlada indirectamente" por un nacional de un Estado contratante. En este caso, la nacionalidad de la empresa matriz, que controla al inversor directo ("subfilial") a través de una empresa intermediaria (filial), puede justificar la protección de las inversiones. En segundo lugar, los inversores (de un Estado no contratante o del propio Estado anfitrión) pueden beneficiarse a menudo de la protección de las inversiones basada en un tratado estableciendo una empresa en un Estado extranjero que sea parte de un tratado de protección de las inversiones con el Estado anfitrión. En este caso, la afiliación de la filial a un Estado contratante confiere la protección de las inversiones del tratado.

107 *Niko Resources (Bangladesh) Ltd v. People's Republic of Bangladesh et al*, ICSID Case No. ARB/10/11 and Case No. ARB/10/18 (Decision on Jurisdiction, 2013), párr. 203.

De este modo, se puede acceder a un acuerdo específico de protección de las inversiones a través de las construcciones del derecho de sociedades ("treaty shopping"). La UE está intentando eliminar esta posibilidad en las negociaciones sobre la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión mediante un reglamento que restringe el alcance personal de la protección a los inversores cuyas principales operaciones empresariales se encuentran en su país de origen.¹⁰⁸

- 16** El caso *Aguas del Tunari S. A. contra la República de Bolivia* ofrece un ejemplo interesante¹⁰⁹. En este caso, el inversor real, una empresa boliviana, estaba controlada indirectamente (es decir, a través de empresas intermediarias) por una empresa holandesa. Por encima de ella en la pirámide de control se encontraba una empresa holandesa, que a su vez estaba controlada por la filial holandesa de una empresa estadounidense y por una empresa italiana.

Relación de control en el caso *Aguas del Tunari S. A. c. República de Bolivia*, Caso N° ARB/02/3 del Laudo del CIADI, Decisión sobre las objeciones del demandado a la jurisdicción (2005), párr. 318:



108 Comisión Europea, Concept Paper - Investment in TTIP and beyond - the path for reform, p. 2 (http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF, consultado el 03 de enero de 2022).

109 Véase *Aguas del Tunari S.A. c. República de Bolivia*, caso del CIADI n° ARB/02/3 (2005).

La empresa boliviana (el inversor directo) invocó el Tratado de Protección de Inversiones entre Bolivia y los Países Bajos. Según este tratado, una persona jurídica del Estado anfitrión que estuviera controlada directa o indirectamente por un nacional del otro Estado contratante se consideraba también nacional del otro Estado contratante. Por lo tanto, el tribunal de arbitraje dictaminó que el control indirecto de la empresa boliviana por parte de la empresa holandesa era suficiente:

"El Tribunal, por mayoría, concluye que la frase ,controlada directa o indirectamente' significa que puede decirse que una entidad controla a otra entidad (ya sea directamente, es decir sin una entidad intermediaria, o indirectamente) si esa entidad posee la capacidad legal para controlar a la otra entidad. A reserva de que se demuestre la existencia de restricciones particulares al ejercicio de los derechos de voto, dicha capacidad jurídica se determinará en función del porcentaje de acciones que se posea. En el caso de un accionista minoritario, la capacidad legal para controlar una entidad puede existir en razón del porcentaje de acciones poseídas, de los derechos legales transmitidos en instrumentos o acuerdos como los estatutos o los acuerdos de accionistas, o de una combinación de éstos. En opinión del tribunal, el TBI no exige el control real cotidiano o final como parte del requisito de "controlada directa o indirectamente" contenido en el Artículo 1(b) (iii). El tribunal observa que no está encargado de determinar todas las formas que podría adoptar el control. Es la conclusión del Tribunal, por mayoría, que, en las circunstancias de este caso, cuando una entidad tiene tanto participaciones mayoritarias como la propiedad de una mayoría de derechos de voto, existe control tal como se plasma en la frase operativa ,controlada directa o indirectamente'."¹¹⁰

- 17** En el caso *Niko Resources Ltd. contra Bangladesh*, el tribunal de arbitraje se refirió a la libertad de organización del inversor:

"El Tribunal considera que, en principio, corresponde al inversor decidir cómo desea estructurar su inversión y qué organización corporativa desea adoptar para la misma, incluida la forma en que se asignan los recursos, las actividades y el control entre los diferentes vehículos corporativos. La estructura corporativa de la inversión forma parte, de hecho, de las prerrogativas y la responsabilidad del inversor. Dependiendo de la estructura adoptada, el vehículo corporativo utilizado para la inversión que se convierta en parte del contrato de inversión puede depender de los recursos del grupo al que pertenece para asegurar la inversión, incluyendo financiación, tecnología u otras contribuciones.

[...] Las identidades corporativas diferenciadas cumplen una función legítima en la movilización transfronteriza de la inversión. Mientras no se induzca a error a las partes contratantes sobre la estructura corporativa y no se infrinjan las leyes y reglamentos, no debería haber objeciones a la elección realizada por el inversor a este respecto."¹¹¹

- 18** En el caso *Flemingo Duty Free Shop Private Ltd. contra la República de Polonia*, el tribunal arbitral reconoció la posibilidad de que las empresas individuales de una "empresa nido" con diferentes nacionalidades iniciaran demandas de arbitraje en virtud de diferentes tratados de protección de inversiones:

110 CIADI, *Aguas del Tunari S.A. c. República de Bolivia*, Caso N° ARB/02/3 (Decisión sobre las objeciones del demandado a la jurisdicción, 2005), párr. 264.

111 CIADI, *Niko Resources (Bangladesh) Ltd c. República Popular de Bangladesh y otros*, Caso núm. ARB/10/11 y Caso núm. ARB/10/18 (Decisión sobre competencia, 2013), párrs. 177 f.

"El Tribunal no considera que la Demandante haya incurrido en *forum shopping* al instigar la presente demanda. El Demandante, accionista indirecto mayoritario de Baltona, cuya filial, BH Travel, explotaba las tiendas libres de impuestos, es por derecho propio un inversor, con derecho a protección en virtud del Tratado. La circunstancia de que Ashdod, filial al 100% de la filial del demandante, Flemingo International, también presentara una notificación de arbitraje, esta vez en virtud del tratado bilateral de inversiones firmado por Chipre y Polonia ("*TBI Chipre-Polonia*"), no excluye al demandante de su propia protección. El derecho internacional de las inversiones no excluye que varias entidades, situadas en diferentes niveles de una estructura de inversión, puedan reclamar la protección de la inversión. Además, Ashdod no ha proseguido el procedimiento de arbitraje que inició inicialmente, por lo que, en las circunstancias actuales, no se dictará ningún laudo paralelo en virtud del tratado de inversión."¹¹²

- 19 Desde el punto de vista de "*treaty shopping*" se han alcanzado los límites de la libertad de organización reconocida en el caso de manipulaciones en virtud del derecho de sociedades, cuyo único objetivo es garantizar la protección del inversor a través de un tratado específico de protección de inversiones frente a medidas específicas del Estado anfitrión. En *Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) contra Australia*, el tribunal arbitral consideró que el inversor había modificado su estructura corporativa estableciendo una filial en Hong Kong en un momento en el que ya podía prever la disputa sobre la inversión. Los cambios en la estructura corporativa habían servido al propósito específico de dar al inversor acceso al arbitraje internacional. El tribunal de arbitraje calificó este planteamiento de "abuso de derecho procesal" y desestimó la demanda de arbitraje por inadmisibles.

"[E]l Tribunal concluye que el inicio de un arbitraje inversor-Estado basado en un tratado constituye un abuso de derecho (o un abuso de proceso) cuando un inversor ha cambiado su estructura corporativa para obtener la protección de un tratado de inversión en un momento en el que era previsible una controversia. Una controversia es previsible cuando existe una perspectiva razonable de que se materialice una medida que pueda dar lugar a una reclamación en virtud del tratado.

[...] [E]l Tribunal no puede sino concluir que la iniciación de este arbitraje constituye un abuso de derecho, ya que la reestructuración societaria por la que la Demandante adquirió las filiales australianas se produjo en un momento en el que existía una perspectiva razonable de que la disputa se materializara y ya que se llevó a cabo con el propósito principal, si no único, de obtener la protección del Tratado. En consecuencia, las reclamaciones planteadas en este arbitraje son inadmisibles y el Tribunal no puede ejercer su jurisdicción sobre esta disputa."¹¹³

Algunos tratados restringen el alcance de la protección personal con la llamada cláusula de *denegación de beneficios*. Según esta cláusula, a las empresas de una parte contratante se les puede denegar la protección del tratado si están controladas por nacionales de la otra parte contratante o de un tercer país y no desarrollan ninguna actividad empresarial sustancial en el Estado de constitución.¹¹⁴

112 CNUDMI, *Flemingo Duty Free Shop Private Ltd. c. República de Polonia*, Laudo (2016), párrs. 337 y ss.

113 *Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia*, PCA Case No 2012-12, Award on Jurisdiction and Admissibility (2015), párrs. 585, 588.

114 Véase, por ejemplo, el apartado 1 del artículo 17 del Tratado de la Carta Europea de la Energía; el apartado 2 del artículo 17 del modelo de tratado estadounidense.

En el caso de las participaciones anidadas, se plantea la cuestión de hasta qué punto las empresas controladas por nacionales del Estado anfitrión pueden invocar la protección contractual de las inversiones (que, en última instancia, beneficiaría a los propios nacionales del Estado anfitrión). El alcance de la protección del tratado respectivo es crucial en este caso.

En el caso Yukos (*Yukos Universal Ltd. contra Rusia*), las empresas organizadas con arreglo a las leyes de Malta y Chipre, que eran accionistas de la mayor empresa petrolera de Rusia en aquel momento (*Yukos*), iniciaron un procedimiento de arbitraje contra Rusia sobre la base del Tratado de la Carta Europea de la Energía. El objeto del pleito eran las medidas tomadas por Rusia contra *Yukos*, que finalmente llevaron a la quiebra de la empresa. Rusia se opuso a la jurisdicción del tribunal de arbitraje, argumentando que las empresas demandantes constituían un mero cascarón ("*shell companies*") debido a su control por parte de nacionales rusos. Las inversiones protegidas en virtud del apartado 6 del artículo 1 del Tratado sobre la Carta de la Energía abarcan las participaciones en el capital de una empresa de la forma más amplia posible. El tratado no establece más requisitos, por ejemplo, en lo que respecta al control del inversor extranjero (en este caso, las empresas fundadas en Malta y Chipre). Sobre esta base, el tribunal de arbitraje afirmó su competencia.¹¹⁵

c) Inversiones protegidas

20 La práctica contractual moderna amplía ampliamente el alcance de las inversiones protegidas. Por ejemplo, según el modelo de contrato estadounidense de 2012, el término "inversión protegida" abarca

"cualquier activo que un inversor posea o controle, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluidas características como el compromiso de capital u otros recursos, la expectativa de ganancia o beneficio, o la asunción de riesgos. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen:

- a. una empresa;
- b. acciones, participaciones y otras formas de participación en una empresa;
- c. bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos;
- d. futuros, opciones y otros derivados;
- e. contratos llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de reparto de ingresos y otros contratos similares;

115 Véase el laudo arbitral en el caso *Yukos Universal Ltd. contra la Federación Rusa*, Laudo provisional sobre jurisdicción y admisibilidad de 30 de noviembre de 2009, Caso PCA n° AA 227. El Tribunal de Distrito de La Haya anuló el laudo arbitral en 2016, ya que el Gobierno ruso había declarado la aplicabilidad provisional del Tratado sobre la Carta de la Energía sin la participación del Parlamento, decisión de 20 de abril de 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:4230, párrs. 5.95 y ss. Se ha presentado un recurso contra esta decisión.

- f. derechos de propiedad intelectual;
- g. licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares conferidos en virtud de la legislación nacional; y
- h. otros bienes tangibles o intangibles, muebles o inmuebles, y los derechos de propiedad relacionados, como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y prendas".

El modelo de contrato alemán de 2009 define el alcance material de la protección de forma igualmente amplia:

"En el sentido del presente Tratado,

1. el término "inversiones" comprende todo tipo de activos invertidos directa o indirectamente por inversores de un Estado contratante en el territorio del otro Estado contratante. Las inversiones incluyen en particular

- a. bienes muebles e inmuebles, así como cualquier otro derecho real, como hipotecas, gravámenes y prendas;
- b. acciones de comisas y otros tipos de participaciones en sociedades;
- c. reclamaciones de dinero que se haya utilizado para crear un valor económico o reclamaciones de cualquier prestación que tenga un valor económico;
- d. (d) los derechos de propiedad intelectual, en particular los derechos de autor y derechos afines, las patentes, las patentes de modelos de utilidad, los diseños industriales, las marcas, los derechos de obtención vegetal;
- e. (e) nombres comerciales, secretos comerciales y empresariales, procesos técnicos, conocimientos técnicos y buena voluntad;
- f. (f) las concesiones comerciales de derecho público, incluidas las concesiones para buscar, extraer o explotar recursos naturales" (Artículo 1 párr. 1).

Además, el modelo de contrato alemán para inversiones indirectas estipula

"En el caso de las inversiones indirectas, en principio sólo estarán cubiertas aquellas inversiones indirectas que el inversor realice a través de una empresa situada en el otro Estado contratante" (Artículo 1 párr. 1, frase 3).

- 21 En principio, la inclusión de las participaciones también protege a los accionistas minoritarios y a otros accionistas sin influencia de control.

Como deja claro el laudo arbitral en el caso *CMS Gas Transmission Co. contra la República Argentina*¹¹⁶, la influencia controladora no suele ser decisiva:

"De hecho, no existe ningún requisito que establezca que una inversión, para poder optar a ella, deba ser realizada necesariamente por accionistas que controlen una sociedad o que posean la mayoría de sus acciones. Por cierto, es bien sabido que, dependiendo de cómo se distribuyan las acciones, los accionistas mayoritarios pueden poseer de hecho menos que la mayoría de las acciones" (nº 51).

El tratado modelo alemán de 2009 también cubre las meras inversiones de cartera con participaciones en empresas (Artículo 1 nº 1 *lit.* b), al igual que el tratado modelo estadounidense de 2012 (Artículo 1 "inversión" *lit.* b). En cambio, los acuerdos individuales de protección de las inversiones limitan la protección a las inversiones directas.

Por ejemplo, el tratado de protección de las inversiones entre Alemania y la República Popular China¹¹⁷ sólo protege las inversiones de capital «realizadas con el fin de establecer relaciones económicas duraderas en relación con las empresas, en particular las que permiten ejercer una influencia efectiva en la gestión de las empresas» (Nota del Protocolo al Artículo 1).

- 22 La protección de los accionistas y otros socios no se limita a su posición en el derecho de sociedades como tal. Más bien, la protección de los accionistas también se aplica a las medidas contra la empresa que tienen un efecto de reducción del valor y, por lo tanto, afectan indirectamente a los accionistas.¹¹⁸

En *Poštová Banka contra la República Helénica* el tribunal arbitral especificó que un accionista sólo está protegido si el efecto reductor de valor de dichas medidas afecta al valor de sus propias acciones y no si se ven afectados los activos de la empresa en general¹¹⁹.

- 23 La mayoría de los nuevos tratados de protección de las inversiones también amplían el alcance de las inversiones protegidas a las reclamaciones en virtud del derecho de obligaciones, que se basan en un pago monetario o tienen de otro modo un valor económico.¹²⁰ Esto significa que, en principio, los bonos del Estado también están cubiertos por la protección de las inversiones basada en los tratados. En este sentido, el tribunal arbitral en el caso *Abaclat contra la República Argentina*¹²¹ calificó la adquisición de bonos del Estado argentino como una inversión en el

116 *CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic*, Caso CIADI nº ARB/01/8, Decisión sobre jurisdicción, ILM 42 (2003), p. 788.

117 BGBl. II 2005, p. 732.

118 *CMS Gas Transmission Co. contra República Argentina*, caso del CIADI nº ARB/01/8, Decisión sobre jurisdicción, ILM 42 (2003), p. 788 párrs. 59, 66 y ss.; *Siemens AG v. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Decisión sobre jurisdicción (2004), ILM 44 (2005); p. 138. párr. 142.

119 *Poštová Banka, a.s. and ISTROKAPITAL SE v. The Hellenic Republic*, ICSID Case No. ARB/13/8 (Laudo), párr. 245.

120 Sobre el tratamiento de los bonos del Estado como inversiones en el sentido del artículo 25(1) del Convenio del CIADI, véase *FEDAX N.V. v. Republic of Venezuela*, ICSID Decision on Jurisdiction, ILM 37 (1998), p. 1378, párr. 29.

121 *Abaclat y otros contra la República Argentina*, caso del CIADI nº ARB/07/5 (2011).

sentido del tratado de protección de inversiones entre Argentina e Italia, refiriéndose al Artículo 1 párrafo 1 *lit. c)* del tratado:

"obligaciones, títulos privados o públicos o cualquier otro derecho sobre prestaciones o servicios que tengan valor económico, incluidos los ingresos capitalizados".

El tribunal de arbitraje hizo hincapié en el amplio ámbito de aplicación de la disposición:

"Es cierto que el término ,obligaciones‘ es un término amplio y puede referirse a cualquier tipo de obligación contractual, es decir, deuda, y también es cierto que el término ,título‘ también es muy amplio. Sin embargo, en conexión con otros términos enumerados en el lit. (c), como "valor económico" o "ingresos capitalizados", así como considerando que el lit. (f) ya se ocupa del contenido más literal de "cualquier derecho de naturaleza económica", el lit. (c) debe leerse como referido al significado financiero de estos términos. Así, el término "obligación" puede entenderse como referido a un valor económico incorporado a un título de crédito que representa un préstamo. Este tipo de obligaciones se denominarían en la lengua inglesa más comúnmente "bond", en lugar de "obligation". Del mismo modo, el término ,título‘ en español e italiano se traduciría con mayor precisión al término inglés de ,security‘, que no significa otra cosa que un instrumento fungible y negociable que representa un valor económico."¹²²

- 24 Por el contrario, el tribunal de arbitraje en *Poštová Banka contra la República Helénica*, consideró que los bonos públicos griegos emitidos por un banco eslovaco no debían estar cubiertos por el acuerdo eslovaco-griego de protección de las inversiones. Algunos bonos privados estaban cubiertos, mientras que los bonos públicos no se mencionaban y, a diferencia del caso *Abaclat*, ni siquiera se insinuaban:

"Está claro para el Tribunal que la lista de inversiones contenida en el Artículo 1(1) del TBI Eslovaquia-Grecia no incluye el lenguaje del TBI Italia-Argentina del que el tribunal *Abaclat* derivó sus conclusiones sobre admisibilidad y jurisdicción, y específicamente, no contiene ninguna referencia a "obligaciones" o a "títulos", mucho menos a títulos u obligaciones públicas.

Ni el artículo 1(1) del TBI Eslovaquia-Grecia ni otras disposiciones del tratado se refieren, en modo alguno, a la deuda soberana, los títulos públicos, los valores públicos, las obligaciones públicas o similares. El TBI Eslovaquia-Grecia no contiene lenguaje que pueda sugerir que los Estados parte consideraron, en la amplia categoría de inversiones de la lista del artículo 1(1) del TBI, la deuda o las obligaciones públicas, y mucho menos la deuda soberana, como una inversión en virtud del tratado".¹²³

- 25 Según la práctica reciente de los tribunales de arbitraje, las posiciones jurídicas obtenidas mediante corrupción no suelen gozar de protección. El principal caso a este respecto es *World Duty Free Co. Ltd. contra la República de Kenia*.¹²⁴ Sin embargo, en *Niko Resources Ltd. contra Bangladesh*, el tribunal arbitral dictaminó que una parte podía tener un interés legítimo

122 *Abaclat y otros c. la República Argentina*, caso del CIADI núm. ARB/07/5 (2011), párr. 355.

123 *Poštová Banka, a.s. and ISTROKAPITAL SE v. The Hellenic Republic*, ICSID Case No. ARB/13/8 (Laudo), párrs. 331 f.

124 *World Duty Free Co. Ltd. contra la República de Kenia*, caso del CIADI n° ARB/00/7, ILM 46 (2007), p. 339, véase más arriba § 6, 1.

en mantener un contrato con un inversor extranjero a pesar de la corrupción. Diferenció entre contratos de corrupción y contratos surgidos de la corrupción. En estos últimos, a diferencia de los contratos de corrupción, es posible que sólo una de las partes contratantes sea consciente del proceso de corrupción. La invalidez o anulación de un contrato de este tipo dependería entonces de la correspondiente declaración de la parte no implicada.¹²⁵

- 26** Además, algunos tratados de protección de las inversiones limitan la protección a las inversiones que se han realizado de conformidad con la legislación nacional (cláusula de conformidad). Así lo estipula el apartado 1 del Artículo 1 del Tratado de Protección de Inversiones entre Alemania y Filipinas:

"[...] el término ‚inversión‘ significará cualquier tipo de activo aceptado de conformidad con las respectivas leyes y reglamentos de cualquiera de los Estados Contratantes [...]"

Esto también puede dar lugar a la exclusión de reclamaciones obtenidas mediante corrupción o de forma ilícita¹²⁶. Así lo dictaminó el tribunal de arbitraje en *Metal-Tech*:

"el ámbito de aplicación del requisito de legalidad abarca: (i) las violaciones no triviales del ordenamiento jurídico del Estado receptor [...], (ii) las violaciones del régimen de inversión extranjera del Estado receptor [...], y (iii) el fraude - por ejemplo, para asegurar la inversión [...] o para asegurar beneficios. No cabe duda de que la corrupción entra dentro de una o más de estas categorías".¹²⁷

- 27** El tribunal de arbitraje del CIADI en el caso *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide contra la República de Filipinas* también hizo declaraciones fundamentales sobre el cumplimiento del sistema jurídico del Estado anfitrión:

En este caso, una empresa alemana reclamaba una indemnización por la frustración de inversiones para la construcción de un aeropuerto. La reclamación de Fraport ante el Tribunal de Arbitraje del CIADI fracasó debido a una disposición del Acuerdo de Protección de Inversiones Germano-Filipino, que sólo protege las inversiones autorizadas por las leyes y reglamentos de los Estados contratantes (Artículo 1 N° 1). Fraport había invertido en una empresa filipina a la que el gobierno filipino había transferido la concesión para construir y explotar un aeropuerto. Según las conclusiones del tribunal de arbitraje, Fraport había eludido deliberadamente las restricciones a las inversiones extranjeras y se había hecho con el control de la concesionaria filipina mediante acuerdos secretos. El tribunal de arbitraje negó la existencia de una inversión contractualmente protegida y, al mismo tiempo, el consentimiento efectivo de Filipinas a la jurisdicción (con la consecuencia de que el tribunal de arbitraje carecía de jurisdicción):

125 *Niko Resources (Bangladesh) Ltd v. People's Republic of Bangladesh et al*, Caso del CIADI núm. ARB/10/11 y Caso núm. ARB/10/18 (Decisión sobre competencia, 2013), párrs. 440 y ss.

126 *Inceysa Vallisoletana S. L. v. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/03/26, Decisión sobre jurisdicción (2006).

127 *Metal-Tech Ltd. contra la República de Uzbekistán*, Caso CIADI n° ARB/10/3 (Laudo 2013); (2015) 54 ILM 190 párr. 165.

"Basándose en el análisis anterior y tras la debida y exhaustiva consideración de los argumentos de las Partes y de las pruebas que constan en el expediente, el Tribunal concluye que Fraport violó la LAD al realizar su Inversión Inicial, quedando ésta, en consecuencia, excluida como inversión protegida por el TBI debido a su ilegalidad. La ilegalidad de la inversión en el momento en que se realiza va a la raíz de la oferta de arbitraje del Estado anfitrión en virtud del tratado. Como se ha sostenido, "no puede considerarse que los Estados ofrezcan acceso al mecanismo de solución de diferencias del CIADI a inversiones realizadas en violación de su propia legislación". [Phoenix Action, Ltd v. The Czech Republic ICSID Case No ARB/06/5 (Award 2009) para. 101] La falta de jurisdicción se fundamenta en este caso en la ausencia de consentimiento al arbitraje por parte del Estado por no satisfacer una condición esencial de su oferta de este método de solución de controversias".¹²⁸

28 En el caso *Alasdair Ross Anderson y otros contra la República de Costa Rica*¹²⁹, un tribunal de arbitraje del CIADI rechazó la protección contractual de la inversión en relación con la participación en un proyecto organizado como un esquema Ponzi sobre la base de una cláusula de conformidad porque tal empresa estaba prohibida por la legislación del Estado anfitrión. Al hacerlo, el tribunal de arbitraje subrayó que un inversor debe asegurarse de que su inversión de capital está en consonancia con el sistema jurídico del Estado anfitrión como parte de la *diligencia debida (due diligence)*.¹³⁰

29 Según algunas decisiones arbitrales, las inversiones quedan fuera del ámbito de protección de un tratado incluso sin una cláusula de conformidad especial si se han realizado violando la legislación nacional. En el caso *Cortec contra Kenia*, por ejemplo, un tribunal de arbitraje del CIADI denegó la protección contractual a un proyecto minero en una reserva natural keniana porque los inversores demandantes habían obtenido los derechos mineros posteriormente retirados violando la legislación medioambiental keniana, en particular sin llevar a cabo la evaluación de impacto ambiental requerida:

"Por lo tanto, el Tribunal concluye que el incumplimiento por parte de los demandantes del régimen normativo de la legislatura que rige el bosque y la reserva natural de Mrima Hill, y el hecho de que los demandantes no obtuvieran una licencia de EIA (o una aprobación en cualquier forma válida) de la NEMA en relación con las cuestiones medioambientales implicadas en la retirada propuesta de 130 millones de toneladas de material de Mrima Hill, constituyeron violaciones de la legislación keniana que, en términos de derecho internacional, justifican la respuesta proporcionada de una denegación de la protección del tratado en virtud del TBI y del Convenio del CIADI."¹³¹

128 *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas*, Caso CIADI núm. ARB/11/12 (Laudo 2014), párr. 467. El laudo anterior en este caso (Caso CIADI núm. ARB/03/25 [Laudo 2007]) fue anulado por motivos de procedimiento (véase Caso CIADI núm. ARB/03/25 (Decisión sobre la solicitud de anulación 2010), párrs. 197 y ss.

129 *Alasdair Ross Anderson y otros contra República de Costa Rica*, Caso CIADI n° ARB(AF)/07/3 (Laudo 2010).

130 *Alasdair Ross Anderson y otros contra República de Costa Rica*, Caso CIADI n° ARB(AF)/07/3 (Laudo 2010), párr. 58.

131 *Cortec Mining Kenya Ltd. c. República de Kenia*, Caso del CIADI N° ARB/15/29, Laudo (2018), párr. 365.

- 30 En caso de violaciones de la legislación nacional por parte de órganos del Estado anfitrión (por ejemplo, al concluir acuerdos de concesión), éste no puede invocar, en principio, una violación de su propio ordenamiento jurídico¹³². Las violaciones menores y más técnicas del derecho nacional no conducen automáticamente a que un inversor pierda la protección contractual.¹³³
- 31 Se discute si una violación relevante del ordenamiento jurídico del Estado anfitrión conduce ya a la inadmisibilidad de una acción y a la falta de jurisdicción de un tribunal de arbitraje designado o si sólo necesita ser examinada en el contexto del fondo. El laudo arbitral citado en el caso *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines* es una expresión de la tendencia predominante a tratar las violaciones de la ley del Estado anfitrión en el marco de la cláusula de conformidad como parte de la jurisdicción del tribunal arbitral.¹³⁴

d) "Cláusula paraguas" (*umbrella clause*)

Literatura:

R. Dolzer, Schirmklauseln in Investitionsschutzverträgen, en: Festschrift für Christian Tomuschat, Common Values in International Law, 2006 p. 281 y ss.; *Y. Shany*, Contract Claims vs. Treaty Claims: Mapping Conflicts Between ICSID Decisions on Multisourced Investment Claims, AJIL 99 (2005), p. 835 y ss.

- 32 Los tratados bilaterales de protección de inversiones contienen a menudo una *cláusula paraguas*, según la cual las partes deben cumplir sus obligaciones con el inversor individual asumidas al margen del TBI. Un ejemplo es el Artículo 7 párr. 2 del modelo de tratado de la República Federal de Alemania de 2009:

"Cada Estado contratante cumplirá cualesquiera otras obligaciones que haya contraído en relación con las inversiones en su territorio de inversores del otro Estado contratante".

El modelo de contrato estadounidense es algo más suave.¹³⁵

- 33 El significado de tales cláusulas es muy controvertido. En la práctica reciente de los tribunales de arbitraje, existe un amplio espectro de interpretaciones, que no puede explicarse únicamente por la redacción específica, sino que puede atribuirse a una incertidumbre fundamental sobre el significado. Según la opinión mantenida durante mucho tiempo y reafirmada más recientemente, una cláusula paraguas eleva cualquier acuerdo entre el inversor y el Estado anfitrión o los compromisos unilaterales contraídos por el Estado anfitrión con el inversor a la categoría de obligación en virtud de un tratado internacional, con la consecuencia de que cualquier incumplimiento constituye una violación del derecho internacional¹³⁶. El laudo arbitral en el

132 *Kardassopoulos contra Georgia*, caso del CIADI n° ARB/05/18, Decisión sobre competencia (2007), párr. 182.

133 *Tokio Tokelés contra Ucrania*, caso del CIADI n° ARB/02/18, Decisión sobre competencia (2004), párrafo 183.

134 Asimismo, por ejemplo, *Alasdair Ross Anderson y otros c. República de Costa Rica*, Caso CIADI núm. ARB(AF)/07/3 (Laudo 2010), párrs. 47, 59.

135 Véase el Art. 16 del Tratado Modelo de EE.UU.: "El presente Tratado no derogará ninguno de los siguientes elementos que dan derecho a un inversor de una Parte o a una inversión cubierta a un trato más favorable que el otorgado por el presente Tratado: [...]; 2. las obligaciones jurídicas internacionales de una Parte; o 3. las obligaciones asumidas por una Parte, incluidas las contenidas en una autorización de inversión o en un acuerdo de inversión."

136 En este sentido favorable al inversor, por ejemplo, *Noble Ventures, Inc. c. Rumanía*, caso del CIADI n° ARB/01/11 (Laudo) de 2005, párrs. 46 y ss. Re Art. II (2) (c) del Tratado de Protección de Inversiones entre EE.UU. y

caso *SGS contra la República de Pakistán (Decisión sobre la jurisdicción)*¹³⁷ en particular se ha distanciado de esta interpretación y, por lo tanto, ha causado incertidumbre. Por otro lado, varios laudos arbitrales muestran ciertamente una voluntad de otorgar a la cláusula paraguas una obligación independiente en virtud del derecho internacional, según la cual la violación de las obligaciones contractuales y de otro tipo del Estado anfitrión hacia el inversor puede constituir también una violación del tratado de protección de inversiones en virtud del derecho nacional¹³⁸. Sin embargo, en caso de incumplimiento de obligaciones arraigadas en la legislación nacional, debe examinarse la jurisdicción acordada de los tribunales nacionales u otro foro especial¹³⁹. En particular, es probable que las obligaciones del Estado receptor, que constituyen la base de una inversión y caracterizan su valor, adquieran validez de tratado internacional a través de una cláusula paraguas. En contra de la opinión generalizada, el efecto protector de una cláusula paraguas no se limita a la injerencia soberana en las posiciones jurídicas del inversor, sino que también puede abarcar el mero incumplimiento de las obligaciones de pago y de otro tipo. Sin embargo, la práctica de los tribunales de arbitraje sigue centrándose en las condiciones en las que las obligaciones del Estado anfitrión están cubiertas por la cláusula paraguas en virtud de la legislación nacional.¹⁴⁰

Rumanía párr. 51: "Considerando que el Art. II (2) (c) del TBI utiliza el término "deberá" y que forma parte del artículo que establece las principales obligaciones sustanciales asumidas por las partes, no cabe duda de que el artículo pretendía crear obligaciones, y obviamente obligaciones más allá de las especificadas en otras disposiciones del propio TBI. Dado que los Estados no suelen concluir, con referencia a inversiones específicas, acuerdos internacionales especiales además de los tratados bilaterales de inversión existentes, es difícil entender la noción de "obligación" como referida a las obligaciones contraídas en virtud de otros acuerdos "internacionales". Y dado que tales acuerdos, de celebrarse, también estarían sujetos al principio general de *pacta sunt servanda*, ciertamente no habría necesidad de una cláusula de ese tipo".

137 Véase *SGS c. República de Pakistán*, caso del CIADI n° ARB/01/13, Decisión sobre competencia, ILM 42 (2003), p. 1290, párr. 172.

138 Así, según una opinión muy extendida, el incumplimiento de los acuerdos entre el inversor extranjero y el Estado anfitrión, que están sujetos a la legislación nacional, también puede constituir una violación de la cláusula paraguas, véase *SGS c. República de Filipinas*, caso del CIADI n° ARB/02/6, párr. 127: "En resumen, a los efectos actuales, el apartado 2 del artículo X incluye los compromisos u obligaciones derivados de contratos celebrados por el Estado anfitrión. La obligación básica del Estado en este caso es la obligación de pagar lo adeudado en virtud del contrato, que es una obligación asumida con respecto a la inversión específica (la prestación de servicios en virtud del Acuerdo CISS). Pero esta obligación no significa que la determinación de cuánto dinero está obligado a pagar Filipinas se convierta en una cuestión de tratado. El alcance de la obligación sigue rigiéndose por el contrato, y sólo puede determinarse por referencia a los términos del contrato".

139 *SGS c. República de Filipinas*, caso del CIADI N° ARB/02/6, párr. 128: "Para resumir las conclusiones del Tribunal sobre este punto, el Artículo X(2) considera una violación del TBI el hecho de que el Estado anfitrión no observe los compromisos vinculantes, incluidos los contractuales, que ha asumido con respecto a inversiones específicas. Pero no convierte la cuestión del alcance o contenido de tales obligaciones en una cuestión de derecho internacional. Esa cuestión (en el presente caso, la cuestión de cuánto se debe pagar por los servicios prestados en virtud del Acuerdo CISS) sigue rigiéndose por el acuerdo de inversión. En ausencia de otros factores, podría ser decidida por un tribunal constituido de conformidad con el artículo VIII (2). La ley apropiada del Acuerdo CISS es la ley de Filipinas, que en cualquier caso este Tribunal está obligado a aplicar en virtud del Artículo 42(1) del Convenio del CIADI. Por otra parte, si alguna otra corte o tribunal tiene jurisdicción exclusiva sobre el Acuerdo, la posición puede ser diferente".

140 Sobre la estabilización de los rendimientos para protegerse contra la depreciación de la moneda nacional, véase, por un lado, *CMS Gas Transmission Co. c. República Argentina*, caso CIADI n° ARB/01/8, ILM 44 (2005), p. 1205, párrs. 269 y ss. y, por otra parte, la anulación parcial de este laudo por el Comité ad hoc, ILM 46 (2007), p. 1136, párrs. 86 y ss.

e) Principio de trato nacional

34 El requisito de *trato nacional* (*fair and equitable treatment*) es una característica estándar de los acuerdos modernos de protección de las inversiones. El modelo de tratado estadounidense lo estipula en el Artículo 3:

“

1. Cada Parte otorgará a los inversionistas de la otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de las inversiones en su territorio.
2. cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones en su territorio de sus propios inversionistas con respecto al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra disposición de las inversiones.
3. El trato que debe conceder una Parte en virtud de los párrafos 1 y 2 significa, con respecto a un nivel regional de gobierno, un trato no menos favorable que el concedido, en circunstancias similares, por ese nivel regional de gobierno a las personas físicas residentes en y a las empresas constituidas con arreglo a las leyes de otros niveles regionales de gobierno de la Parte de la que forma parte, y a sus respectivas inversiones.”

Como parte del principio de igualdad de trato de los nacionales en virtud del acuerdo de protección de inversiones entre EE.UU. y Ecuador, el tribunal de arbitraje del caso *Occidental Exploration and Production Co. contra la República de Ecuador* llevó a cabo un examen muy exhaustivo de las opciones de política legal del Estado anfitrión. El tribunal de arbitraje consideró que los productores extranjeros de petróleo eran discriminados porque, a diferencia de los exportadores nacionales de otros sectores económicos (como los exportadores de flores), no recibían una devolución del IVA sobre las exportaciones. Al hacerlo, el tribunal de arbitraje pasó por alto el hecho de que a la empresa petrolera nacional tampoco se le concedió una devolución del IVA y que se aplica el mismo régimen fiscal a los exportadores nacionales y extranjeros de otros sectores¹⁴¹.

f) Cláusula de la nación más favorecida

35 Los tratados modernos de protección de las inversiones contienen habitualmente una cláusula de nación más favorecida.¹⁴² La aplicabilidad de dicha cláusula depende inicialmente de si los

141 Sobre el trato adecuado al inversor "sobre una base no menos favorable que la concedida en situaciones similares a las inversiones o actividades asociadas de sus propios nacionales y empresas" (Art. II párr. 1 del Tratado de Protección de Inversiones entre EE.UU. y Ecuador) *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN 3467, paras. 167 y ss.; véase *S. D. Franck*, AJIL 99 (2005), p. 675 y ss.

142 Véase, por ejemplo, el art. 4 del modelo de contrato estadounidense. Información general sobre las cláusulas de

beneficios contractuales frente a terceros países y sus nacionales tienen el mismo objeto que el tratado original. Además, de la interpretación del tratado original puede deducirse que los beneficios más amplios de los tratados con terceros países no pueden ampliarse debido a su naturaleza especial o a la simetría de derechos y obligaciones.¹⁴³ Algunos tratados de protección de las inversiones excluyen los beneficios en el marco de uniones aduaneras o acuerdos de libre comercio de¹⁴⁴ o no extienden el trato de nación más favorecida a ciertas ventajas fiscales.¹⁴⁵

- 36** En el caso *Tecmed*, el tribunal de arbitraje excluyó de la cláusula de nación más favorecida aquellas disposiciones de los acuerdos con terceros países que están inextricablemente vinculadas a una situación particular de negociación bilateral en el sentido de un conjunto especial de derechos y obligaciones y que, por lo tanto, no son susceptibles de extensión a las partes del acuerdo original. En este caso, el tribunal de arbitraje habla de un "núcleo de materias que deben considerarse específicamente negociadas por las partes contratantes".¹⁴⁶

Este caso se refería a la controvertida ampliación de una disposición sobre retroactividad en un tratado con un tercer país, que también extendía la protección del tratado a inversiones ya realizadas en el pasado.

Por regla general, las cláusulas de nación más favorecida sólo se referirán a disposiciones sustantivas sobre la protección de las inversiones. Por ejemplo, el trato de nación más favorecida puede conducir a la ampliación de una determinada disposición de compensación de un tratado con un tercer país¹⁴⁷.

- 37** Se requiere especial precaución cuando se trata de ampliar las cláusulas de nación más favorecida a las normas de resolución de litigios¹⁴⁸. Lo más probable es que se considere la ampliación de las normas de resolución de litigios si sólo se trata de eliminar obstáculos de procedimiento (como la necesaria remisión a los tribunales nacionales en un plazo determinado antes de que se inicie el procedimiento de arbitraje).¹⁴⁹ De lo contrario, es probable que invocar las normas de resolución de litigios de un tratado con un tercer país contradiga la voluntad objetiva de

nación más favorecida supra, § 4, 1.

143 A este respecto, R. Dolzer/T. Myers, *After Tecmed: Most-Favoured-Nation Clauses in Investment Protection Agreements*, ICSID Review 19 (2004), p. 49 y ss.

144 Véase, por ejemplo, el apartado 3 del artículo 3 del modelo de contrato alemán.

145 Véase, por ejemplo, el art. 3 (4) y (5) del modelo de contrato alemán.

146 ILM 43 (2004), p. 133, párr. 69.

147 *CME Czech Republic B.V. (Países Bajos) c. República Checa* (Laudo final), párr. 500: "La determinación de la indemnización en virtud del Tratado entre los Países Bajos y la República Checa sobre la base del 'valor justo de mercado' encuentra apoyo adicional en la disposición de 'nación más favorecida' del Art. 3 (5) del Tratado. Dicho apartado especifica que si las obligaciones derivadas de la legislación nacional de cualquiera de las partes, además del presente Tratado, contienen normas, generales o específicas, que otorguen a las inversiones de los inversores de la otra parte un trato más favorable que el previsto en el presente Tratado, 'dichas normas, en la medida en que sean más favorables, prevalecerán sobre el presente Acuerdo'. El tratado bilateral de inversión entre los Estados Unidos de América y la República Checa establece que la indemnización será equivalente al valor justo de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de que se tomara la medida expropiatoria. [...]".

148 Así, *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. contra Jordania*, caso del CIADI n° ARB/02/13, ILM 44 (2005), p. 573, párrs. 102 y ss.; *Plama c. Bulgaria*, CIADI Caso No. ARB/03/24, ILM 44 (2005), p. 721 párr. 223: "[U]na disposición NMF en un tratado básico no incorpora por referencia disposiciones de solución de controversias en su totalidad o en parte establecidas en otro tratado, a menos que la disposición NMF en el tratado básico no deje dudas de que las Partes Contratantes tenían la intención de incorporarlas".

149 *Maffezini contra España*, caso del CIADI n° ARB/97/7, ICSID Review 16 (2001), p. 212 párrs. 53 y ss. (64).

las partes. Esto se aplica en particular si se trata de un foro específico de resolución de litigios (como la decisión de un tribunal de arbitraje del CIADI).¹⁵⁰

El acuerdo europeo-canadiense CETA restringe el ámbito de aplicación de la cláusula de nación más favorecida. En concreto, excluye del trato de nación más favorecida las disposiciones sobre solución de diferencias y sólo incluye los beneficios jurídicos sustantivos en otros tratados si éstos también han sido aplicados por la otra parte contratante a través de medidas específicas:

"Para mayor certeza, el "trato" a que se refieren los párrafos 1 y 2 no incluye los procedimientos para la solución de controversias en materia de inversión entre inversores y Estados previstos en otros tratados internacionales de inversión y otros acuerdos comerciales. Las obligaciones sustantivas en otros tratados internacionales de inversión y otros acuerdos comerciales no constituyen en sí mismas "trato", y por lo tanto no pueden dar lugar a una violación de este Artículo, a falta de medidas adoptadas o mantenidas por una Parte de conformidad con dichas obligaciones."

g) Principio de "*protección y seguridad plenas*".

Literatura:

S. Mantilla Blanco, *Protección y seguridad plenas en el derecho internacional de inversiones*, 2019.

- 38** La garantía de "*protección y seguridad plenas*", que tiene sus raíces en la práctica de los tratados estadounidenses, está muy próxima a la norma mínima internacional consuetudinaria del derecho de extranjería. En la mayoría de los acuerdos de protección de inversiones se incluye una cláusula de "*protección y seguridad plenas*"¹⁵¹. La idea central es la obligación del Estado anfitrión de tomar todas las medidas razonables necesarias para proteger la vida, la propiedad y otros intereses legales del inversor. El tribunal de arbitraje del caso *Saluka Investment BV contra la República Checa* se expresó en este sentido:

"[L]a norma obliga al Estado anfitrión a adoptar todas las medidas razonables para proteger los bienes y la propiedad de amenazas o ataques que puedan dirigirse particularmente contra extranjeros o ciertos grupos de extranjeros".¹⁵²

150 Así, *Plama contra Bulgaria*, caso del CIADI n° ARB/03/24, ILM 44 (2005), p. 721 párr. 223.

151 Cf. art. 5 del TBI modelo de EE.UU. (2012); art. 4 párr. 1 del TBI modelo de Alemania (2008); art. 1105 párr. 1 del TLCAN. Véase también *G Cordero Moss, Plena protección y seguridad*, en: A Reinisch (ed.), *Standards of Investment Protection*, 208, p. 131; *C Schreuer, Plena protección y seguridad*, *J Int'l Dispute Settlement* 2010, p. 1; *HE Zeitler, The Guarantee of "Full Protection and Security" in Investment Treaties Regarding Harm Caused by Private Actors*, *Stockholm Int'l Arb Rev* 2005, p. 1.

152 CPA, *Saluka Investments BV c. República Checa*, Laudo parcial (17 de marzo de 2006), párr. 484. Véase también *Rumeli Telekom AS y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri AS c. República de Kazajstán*, Caso del CIADI núm. ARB/05/16, IIC 420 (2010), párr. 668; CCE, *Eastern Sugar c. República Checa*, Caso núm. 088/2004 (Laudo parcial, 27 de marzo de 2007), IIC 310 (2007), párr. 203.

El Estado anfitrión viola el principio de "protección y seguridad plenas" si sus órganos no toman medidas contra una amenaza física que sean adecuadas desde un punto de vista razonable.¹⁵³

Sin embargo, no está claro si el Estado anfitrión también tiene el deber de proteger en caso de otras amenazas además de las físicas. El tribunal de arbitraje en *Saluka Investment BV contra la República Checa* asumió una interpretación restrictiva del deber de protección:

"La práctica de los tribunales de arbitraje parece indicar, sin embargo, que la cláusula de 'seguridad y protección plenas' no pretende cubrir cualquier tipo de menoscabo de la inversión de un inversor, sino proteger más específicamente la integridad física de una inversión contra la interferencia mediante el uso de la fuerza".¹⁵⁴

El CETA también hace referencia a la seguridad física en el Artículo 8.10 párrafo 5:

"Para mayor certeza, 'protección y seguridad plenas' se refiere a las obligaciones de la Parte relativas a la seguridad física de los inversores y de las inversiones cubiertas".

- 39** El laudo arbitral en el caso *CME Czech Republic BV v. The Czech Republic* hace referencia a la obligación de "protección y seguridad plenas" también a las medidas legislativas o administrativas que reducen el valor:

"El Estado receptor está obligado a garantizar que ni mediante la modificación de sus leyes ni mediante acciones de sus órganos administrativos se retire o devalúe la seguridad y protección acordadas y aprobadas de la inversión del inversor extranjero".¹⁵⁵

En el caso *Compañía de Aguas del Aconquija SA y Vivendi Universal contra la República Argentina*, el tribunal arbitral también incluyó amenazas no físicas:

"Si las partes del TBI hubieran tenido la intención de limitar la obligación a las 'interferencias físicas', podrían haberlo hecho incluyendo palabras a tal efecto en la sección. En ausencia de tales palabras de limitación, debe interpretarse que el alcance de la protección del Artículo 5 (1) se aplica para alcanzar cualquier acto o medida que prive a la inversión de un inversor de protección y plena seguridad. [...] Tales acciones o medidas no tienen por qué amenazar la posesión física o las condiciones legalmente protegidas de las operaciones de la inversión".¹⁵⁶

153 En *Wena Hotels Ltd contra Egipto*, caso del CIADI n° ARB/98/4, ILM 41 (2002), párr. 84, el tribunal arbitral concluyó que se había violado el principio de "protección y seguridad plenas" porque el Estado anfitrión no había tomado medidas para proteger al inversor de daños físicos.

154 TPA, *Saluka Investments BV contra la República Checa*, Laudo parcial (17 de marzo de 2006), párr. 484.

155 *CME Czech Republic BV (Países Bajos) contra la República Checa*, Laudo final (14 de marzo de 2004), párr. 613; véase también *PSEG Global Inc contra la República de Turquía*, caso del CIADI n° ARB/02/5, ILM 44 (2005), párr. 258; *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd contra la República Unida de Tanzania*, caso del CIADI n° ARB/05/22, ICSID Review 22 (2007), párr. 729.

156 *Compañía de Aguas del Aconquija SA y Vivendi Universal c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3 (2007), párr. 7.4.15; un enfoque similar fue seguido por el tribunal arbitral en *Siemens AG c. República Argentina*, caso del CIADI núm. ARB/02/8 (2007), párr. 303.

- 40 La cuestión del alcance de la protección también se repite en la distinción entre la norma de "protección y seguridad plenas" y la norma mínima del derecho internacional. En una declaración interpretativa, la Comisión de Libre Comercio del TLCAN dio a la norma "protección y seguridad plenas" el mismo contenido que a la norma mínima según el derecho consuetudinario¹⁵⁷. Del mismo modo, el modelo de TBI de EE.UU. (2012) equipara la norma de "protección y seguridad plenas" con la norma mínima en virtud del derecho internacional y la define de forma muy restrictiva:

"'protección y seguridad plenas' requiere que cada Parte proporcione el nivel de protección policial exigido por el derecho internacional consuetudinario".¹⁵⁸

Existen buenas razones a favor de evaluar el grado de diligencia debida en función del desarrollo del Estado anfitrión y de su capacidad específica para actuar, aplicando así una norma relativa.¹⁵⁹ El árbitro del caso *Pantechniki contra Albania* respaldó este punto de vista¹⁶⁰. En el caso *Asian Agricultural Products contra Sri Lanka*, el tribunal arbitral se inclinó por un estándar de diligencia que va más allá del derecho común:

"En opinión del presente Tribunal Arbitral, la adición de palabras como 'constante' o 'plena' para reforzar los estándares requeridos de 'protección y seguridad' podría indicar justificadamente la intención de las Partes de exigir dentro de su relación convencional un estándar de 'diligencia debida' superior al 'estándar mínimo' del derecho internacional general."¹⁶¹

- 41 Se discute si una amenaza que entra dentro del principio de "protección y seguridad plenas" puede emanar no sólo de actores no estatales,¹⁶² sino también de autoridades estatales¹⁶³. En cualquier caso, la protección contra los ataques de particulares es primordial. En *Electrabel contra Hungría*, el tribunal de arbitraje consideró que la norma FPS impone al Estado anfitrión la obligación de protegerse proactivamente contra los ataques privados:

"El Tribunal considera que, al prometer protección y seguridad plenas, Hungría asumió la obligación de crear y mantener activamente medidas que promuevan la seguridad. Las medi-

157 Véase más abajo, § 23, 2 párrafo 45.

158 Art. 5 (1) y (2) del Modelo de Tratado Bilateral de Inversión de EEUU (Nota 92).

159 *A. Newcombe/L. Paradell, Law and Practice of Investment Treaties* (2009), p. 310 ("Aunque se exige al Estado receptor que ejerza un nivel mínimo objetivo de diligencia debida, el nivel de diligencia debida es el de un Estado receptor en las circunstancias y con los recursos del Estado en cuestión. Esto sugiere que la diligencia debida es una norma objetiva modificada: el Estado anfitrión debe ejercer el nivel de diligencia debida de un Estado anfitrión en sus circunstancias particulares. En la práctica, es probable que los tribunales consideren el nivel de desarrollo y estabilidad del Estado como una circunstancia relevante para determinar si ha habido diligencia debida. Un inversor que invierte en una zona con enfrentamientos civiles endémicos y un mal gobierno no puede tener las mismas expectativas de seguridad física que uno que invierte en Londres, Nueva York o Tokio").

160 *Pantechniki S. A. Contractors & Engineers (Grecia) c. República de Albania*, Caso del CIADI n° ARB/07/21, Laudo (30 de julio de 2009) párr. 81.

161 *Asian Agricultural Products Ltd v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, caso del CIADI n° ARB/87/3, ICSID Review 6 (1991), párr. 50.

162 *Tecmed contra México*, caso del CIADI N° ARB (AF)/00/2 (2003), párr. 177; *Lauder contra la República Checa*, IIC 205 (2001), párr. 308; CPA, *Saluka Investments BV contra la República Checa*, laudo parcial (17 de marzo de 2006), párr. 484.

163 La violencia o las amenazas que emanan exclusivamente del propio Estado anfitrión ya están sujetas a la norma mínima del derecho internacional. Para el debate, véase *El Paso c. Argentina*, caso del CIADI núm. ARB/03/15 (2011), párrs. 520-525.

das necesarias deben ser capaces de proteger la inversión cubierta contra la acción adversa de personas privadas."¹⁶⁴

- 42 Incluso en caso de exceso, las acciones de los organismos estatales en el ejercicio de funciones públicas son imputables al Estado¹⁶⁵. En este caso, el Estado es directamente responsable de la injerencia en la propiedad, por ejemplo. Sólo puede considerarse una violación de la norma de "protección y seguridad plenas" si el deber de protección que contiene se extiende también a los actos directamente atribuibles al Estado y no sólo a la protección contra la usurpación privada. El comportamiento de los funcionarios públicos y otros empleados del Estado que no esté directamente relacionado con las funciones estatales, sino que se limite a explotar dicha función para fines privados, debe valorarse de forma diferente a los actos que excedan los poderes soberanos o las instrucciones internas. El Estado no es entonces responsable en virtud de la atribución de las acciones positivas de sus empleados, sino por no haber ejercido el control o la supervisión necesarios. La garantía de "protección y seguridad plenas" obliga al Estado a proteger a sus propios empleados al menos de la misma manera que a protegerlos contra los ataques de particulares. Este punto de vista fue seguido por el tribunal de arbitraje en *American Manufacturing & Trading, Inc contra Zaire* en relación con el saqueo de las instalaciones de la empresa por soldados merodeadores. El tribunal de arbitraje justificó la responsabilidad del Estado alegando que había incumplido su deber de proporcionar a "protección y seguridad plenas" debido a una supervisión inadecuada:

"La obligación como la citada contraída por la República del Zaire y los Estados Unidos de América constituye una obligación de garantía para la protección y la seguridad de las inversiones realizadas por nacionales y empresas de una u otra Parte, en el caso que nos ocupa, por nacionales o empresas americanas, AMT, en el territorio del Zaire, en Kinshasa. La obligación que incumbe al Zaire es una obligación de vigilancia, en el sentido de que el Zaire, como Estado receptor de las inversiones realizadas por AMT, una sociedad americana, deberá tomar todas las medidas necesarias para garantizar el pleno disfrute de la protección y la seguridad de su inversión y no se le debe permitir invocar su propia legislación para sustraerse a tal obligación."¹⁶⁶

Para el tribunal de arbitraje es irrelevante si el saqueo lo llevaron a cabo soldados merodeadores o ladrones privados:

"Sin discutir por el momento la cuestión del quantum de la indemnización compensatoria apropiada, basta con confirmar una vez más el compromiso de la responsabilidad del Estado del Zaire por todas las pérdidas resultantes "de disturbios o actos de violencia en el territorio de esa otra Parte", en este caso, el Zaire. Tal es el caso sin que el Tribunal indague sobre la identidad del autor de los actos de violencia cometidos en territorio zaireño. Poco o nada importa que se trate de un miembro de las fuerzas armadas zaireñas o de un ladrón cualquiera. Esta responsabilidad Zaire no puede dejarla de lado invocando su propia legislación nacional. Es una obligación internacional que Zaire ha contraído libremente en el marco del TBI".¹⁶⁷

164 *Electrabel S.A. contra Hungría*, caso del CIADI n° ARB/07/19, Decisión sobre competencia, ley aplicable y responsabilidad, párrafo 7.145.

165 Cf. Art. 7 Artículos de la CDI sobre la responsabilidad del Estado; J Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility* (CUP 2002) p. 106 ss.

166 *American Manufacturing and Trading, Inc. contra la República del Zaire*, caso del CIADI n° ARB/93/1 (Laudo 1997), párrafo 6.05.

167 *American Manufacturing and Trading, Inc. contra la República del Zaire*, caso del CIADI n° ARB/93/1 (Laudo

Incluso si las medidas estatales en cuestión se adoptan en respuesta a levantamientos, rebeliones o situaciones de guerra civil, el Estado anfitrión tiene el deber de evitar o minimizar los daños a los inversores.¹⁶⁸

- 43** La obligación de "protección y seguridad plenas" no es -basada en la norma mínima del common law- una garantía absoluta. Como subrayó el tribunal de arbitraje en el caso *Noble Ventures, Inc contra Rumanía*, el Estado tiene un deber de cuidado:

"[P]arece dudoso que esa disposición pueda entenderse como de alcance más amplio que el deber general de proporcionar protección y seguridad a los extranjeros que se encuentra en el derecho internacional consuetudinario de los extranjeros. Este último no es una norma estricta, sino que requiere que el Estado ejerza la diligencia debida".¹⁶⁹

Del mismo modo, el tribunal arbitral en *Asian Agricultural Products v. Sri Lanka* rechazó la responsabilidad objetiva por un deber de protección que va más allá de la norma mínima del common law:

"El Tribunal Arbitral no tiene conocimiento de ningún caso en el que la obligación asumida por el Estado de acogida de proporcionar a los nacionales del otro Estado contratante 'protección y seguridad plenas' se haya interpretado como una obligación absoluta que garantiza que no se sufrirán daños, en el sentido de que cualquier violación de la misma crea automáticamente una 'responsabilidad objetiva' por parte del Estado de acogida".¹⁷⁰

El deber de diligencia del Estado anfitrión se evalúa sobre la base de una valoración global en caso de que se produzca una secuencia de varios acontecimientos perjudiciales. Esto se aplica en particular a la previsibilidad de las infracciones. En el caso *Ampal-American Israel Corp. et al. v. Egipto*, un tribunal arbitral del CIADI diferenció la protección requerida tras un total de trece ataques terroristas consecutivos contra el oleoducto Trans-Sinaí durante la Primavera Árabe:

"284. Para empezar, el Tribunal reconoce que las circunstancias en el norte del Sinaí egipcio eran difíciles tras la revolución de la Primavera Árabe. Los grupos militantes armados aprovecharon la inestabilidad política, el deterioro de la seguridad y la anarquía general que se produjeron en el norte del Sinaí para perpetrar ataques contra el oleoducto Trans-Sinaí.

285. en este contexto, el Tribunal opina que el primer ataque del 5 de febrero de 2011 no podría haber sido evitado por el demandado y no puede equivaler en sí mismo a un incumplimiento de la norma de protección y seguridad plenas [...].

286. Sin embargo, el Tribunal considera los trece ataques perpetrados contra el oleoducto

1997), párrafo 6.05.

168 *Asian Agricultural Products Ltd contra República Socialista Democrática de Sri Lanka*, caso del CIADI n° ARB/87/3, ICSID Review 6 (1991), párrs. 43 y ss.

169 *Noble Ventures Inc contra Rumanía*, caso del CIADI n° ARB/01/11, CII 179 (2005), párr. 164.

170 *Asian Agricultural Products Ltd v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/87/3, ICSID Review 6 (1991), párr. 48; véase también *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/2, ILM 43 (2004), párr. 177; CPA, *Saluka Investments BV v. The Czech Republic*, Laudo parcial (17 de marzo de 2006), párr. 484.

Trans-Sinaí en su conjunto para determinar si el demandado ha violado el estándar de protección y seguridad plenas del Tratado.

[...]

290 Por lo tanto, es evidente para el Tribunal que el hecho de que las autoridades egipcias no adoptaran ninguna medida concreta para proteger la inversión de los demandantes de los daños como reacción a los ataques de terceros contra el sistema de oleoductos ascendentes, a partir de la fecha del ataque n° 5, es decir, el 12 de julio de 2011, constituye un incumplimiento de la obligación de diligencia debida que Egipto debía ejercer para garantizar la plena protección y seguridad de la inversión de los demandantes.¹⁷¹

h) Principio de "trato justo y equitativo" Literatura:

R. Dolzer, Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties, *The International Lawyer* 39 (2005), p. 87 y ss.; OCDE, Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law, Working Paper on International Investment 2004/03; *R. Kläger*, 'Fair and Equitable Treatment' in *International Investment Law*, 2011; *A. Orakhelashvili*, The Normative Basis of "Fair and Equitable Treatment": General International Law on Foreign Investment? *AVR* 46 (2008), p. 74 y ss.; *A. Schernbeck*, Der Fair and Equitable Treatment Standard in internationalen Investitionsschutzabkommen, 2013; *I. Tudor*, The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment, 2008.

- 44 Una garantía fundamental en la práctica moderna de la protección de las inversiones basada en tratados se refiere al *trato justo y equitativo* de las inversiones en el territorio del Estado receptor.¹⁷² Al menos en esencia, esta garantía se ajusta a la norma mínima del derecho internacional consuetudinario que se aplica a todo Estado en su trato a los extranjeros¹⁷³. Lo mismo se aplica a la garantía de "protección y seguridad plenas", que está estrechamente relacionada con "trato justo y equitativo". La *Comisión de Reclamaciones Generales EE.UU. - México* en el caso *Neer-* en 1926¹⁷⁴ dio la descripción clásica de esta norma mínima en derecho extranjero. En consecuencia, una violación de esta norma mínima suponía un comportamiento arbitrario, escandaloso o malicioso (*mala fe*) o una grave infracción de la diligencia debida. En el caso *Roberts-*, la Comisión de Arbitraje EE.UU. -México se pronunció a favor de una norma objetiva que va más allá de la mera discriminación de extraños y del comportamiento malicioso:

171 *Ampal-American Israel Corp. et al. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/12/11, Decision on Liability and Heads of Loss (2017).

172 Véase, por ejemplo, el art. 2 párr. 2 del modelo de tratado de la República Federal de Alemania; el art. 5 párr. 1 del modelo de tratado de EE.UU.; el art. 4 párr. 1 del acuerdo de protección de inversiones entre España y México; el art. 1105 párr. 1 del TLCAN.

173 Véase la decisión en el arbitraje del TLCAN *S. D. Myers, Inc. contra Gobierno de Canadá*, *ILM* 40 (2001), p. 1408 párrs. 262 y ss.; *Waste Management, Inc. contra Estados Unidos Mexicanos* Caso del CIADI No. ARB(AF)/98/2, *ILM* 43 (2004), p. 9 párr. 98 sobre la norma mínima a la luz de la práctica arbitral anterior: "La norma mínima de trato justo y equitativo se infringe por una conducta atribuible al Estado y perjudicial para el demandante si la conducta es arbitraria, manifiestamente injusta, injusta o idiosincrásica, es discriminatoria y expone al demandante a prejuicios seccionales o raciales, o implica una falta de debido proceso que conduzca a un resultado que ofenda la corrección judicial - como podría ser el caso de una falta manifiesta de justicia natural en un procedimiento judicial o una falta total de transparencia y franqueza en un proceso administrativo. A la hora de aplicar esta norma, es relevante que el trato infrinja las declaraciones realizadas por el Estado anfitrión en las que razonablemente confió el demandante".

174 Comisión General de Reclamaciones México-Estados Unidos, *Estados Unidos contra México*, *RIAA* 4 (1926), p. 60; véase supra § 7, 4.

"Los hechos relativos a la igualdad de trato entre extranjeros y nacionales pueden ser importantes para determinar el fundamento de una denuncia de malos tratos a un extranjero. Pero dicha igualdad no es la prueba definitiva de la corrección de los actos de las autoridades a la luz del derecho internacional. La prueba es, en términos generales, si los extranjeros son tratados de acuerdo con las normas ordinarias de la civilización".¹⁷⁵

- 45** En 2001, la Comisión de Libre Comercio del TLCAN emitió una declaración formal sobre la interpretación del requisito de "*trato justo y equitativo*" y de "*protección y seguridad plenas*" en el sentido del Artículo 1105 párr. 1 del TLCAN, equiparándolo a la norma mínima para el trato de los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario y subrayando que esto no da lugar a ninguna otra obligación por parte del Estado anfitrión hacia los inversores extranjeros:

"B. Nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional

(1) El Artículo 1105(1) prescribe la norma mínima de trato a los extranjeros del derecho internacional consuetudinario como la norma mínima de trato que debe otorgarse a las inversiones de los inversores de otra Parte.

2. Los conceptos de "trato justo y equitativo" y "protección y seguridad plenas" no requieren un trato adicional o superior al que exige la norma mínima de trato a los extranjeros del derecho internacional consuetudinario."¹⁷⁶

- 46** La práctica más reciente de los tratados bilaterales de EE.UU.¹⁷⁷ y Canadá sobre la protección de las inversiones, por ejemplo, también equipara ambas normas. Así se recoge en el modelo de tratado de EEUU:

"Artículo 5: Nivel mínimo de trato

(1) Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo y la protección y seguridad plenas.

2. para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe la norma mínima del derecho internacional consuetudinario sobre el trato a los extranjeros como la norma mínima de trato que debe otorgarse a las inversiones cubiertas. Los conceptos de "trato justo y equitativo" y "protección y seguridad plenas" no exigen un trato adicional o más allá del exigido por dicha norma, y no crean derechos sustantivos adicionales. La obligación del apartado 1 de proporcionar:

(a) El "trato justo y equitativo" incluye la obligación de no denegar la justicia en los procedimientos judiciales penales, civiles o administrativos de conformidad con el principio del debido proceso consagrado en los principales sistemas jurídicos del mundo; [...]"

175 US-Mexican General Claims Commission, *United States v. Mexico*, RIAA 4 (1926), p. 80. Para un análisis crítico de estas formulaciones "clásicas" del estándar mínimo, véase *J. Paulsson, Neer-ly Misled?* ICSID Review 22 (2007), p. 242 y ss.

176 Comisión de Libre Comercio del TLCAN, Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Notas de interpretación de ciertas disposiciones del capítulo 11, 31 de julio de 2001.

177 Véase el Art. 5 (1) y (2) del Modelo de Tratado Bilateral de Inversión de EEUU (Nota 92).

- 47 Otros tratados, como el acuerdo de libre comercio entre EE.UU., México y Canadá (artículo 14.6) o el Acuerdo Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP) en su artículo 9.6, también contienen una cláusula similar. En una resolución de 2011 sobre la futura política europea de inversión extranjera, el Parlamento Europeo se pronunció a favor de "un trato justo y equitativo [...] sobre la base del trato previsto en el derecho internacional consuetudinario", entre otras cosas.¹⁷⁸

El modelo de tratado indio no incluye una cláusula sobre "trato justo y equitativo". Esto refleja una fuerte tendencia a rebajar la protección contractual de las inversiones al nivel del derecho internacional consuetudinario (norma mínima).¹⁷⁹ El tratado de protección de las inversiones entre Brasil e India, por ejemplo, sigue este nuevo modelo¹⁸⁰.

- 48 En el caso *Rusoro Mining Ltd. contra Venezuela*, el tribunal arbitral consideró que la norma mínima del derecho consuetudinario y la norma de "trato justo y equitativo" coincidían en gran medida:

"[L]a incorporación del Estándar CIM [Mínimo Internacional Consuetudinario] a la definición del FET no provoca una alteración importante del nivel de protección: el Estándar CIM [Estándar Internacional Consuetudinario] se ha desarrollado y hoy es indistinguible del estándar FET y concede a los inversores un nivel de protección equivalente al de este último. Toda la discusión sobre si el Artículo II.2 del TBI incorpora o no la Norma SIA a la hora de definir FET se ha convertido en dogmática: no existe ninguna diferencia sustantiva en el nivel de protección otorgado por ambas normas".¹⁸¹

- 49 La equiparación de la norma de "trato justo y equitativo" con la norma mínima del derecho anglosajón no sólo pretende restringir la protección contractual de las inversiones, sino que también es adecuada para promover un desarrollo dinámico de la norma del derecho anglosajón en consonancia con las necesidades modernas de la protección de las inversiones. Se reconoce ampliamente que las normas del estándar mínimo del common law se han perfeccionado y endurecido en el transcurso del último siglo. Lo que se discute es si las propias normas mínimas abstractas se han desarrollado de forma dinámica o si la concreción de los parámetros tradicionales es simplemente el resultado de una mayor sensibilidad en comparación con épocas anteriores.

- 50 En el caso *Mondev contra Estados Unidos de América*, el tribunal arbitral reconoció un desarrollo sustantivo de la norma mínima con respecto a los derechos sustantivos y procesales del individuo en el marco del TLCAN y fijó el umbral del trato injusto más bajo que el del trato ultrajante. En consecuencia, el trato injusto no requiere dolo por parte del Estado anfitrión:

"A los ojos modernos, lo que es injusto o inequitativo no tiene por qué equivaler a lo escandaloso o lo atroz. En particular, un Estado puede tratar la inversión extranjera de forma injusta e inequitativa sin actuar necesariamente de mala fe."¹⁸²

178 Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de abril de 2011, sobre la futura política europea en materia de inversiones extranjeras [2010/2203(INI)], párrafo 19.

179 Véase el Art. 3 párr. 1 del Texto Modelo para el Tratado Bilateral de Inversión de la India, 2015.

180 Sobre el nuevo tratado, véase *J. Dahlquist, Brazil and India conclude Bilateral Investment Treaty*, Investment Arbitration Reporter (28 de noviembre de 2016).

181 *Rusoro Mining Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso N° ARB(AF)/12/05 (2016), párr. 520.

182 *Mondev International Ltd. contra Estados Unidos de América*, caso del CIADI n° ARB(AF)/99/2 ILM 42 (2003), p. 85, párr. 116; véase supra § 7, 4.

- 51 Por el contrario, el tribunal arbitral del caso *Glamis Gold Ltd. contra Estados Unidos de América* parece seguir una visión más bien estática, según la cual las normas desarrolladas en el caso *Neer-Claim* se aplican sin cambios en principio y sólo necesitan concretarse según la perspectiva de un observador moderno. No obstante, también se reconoce aquí que el dolo (*mala fe*) ya no es relevante:

"Por lo tanto, parece que, aunque las situaciones puedan ser más variadas y complicadas hoy que en los años veinte, el nivel de escrutinio es el mismo. Así pues, los fundamentos de la norma *Neer* siguen aplicándose hoy en día: para violar la norma mínima de trato del derecho internacional consuetudinario codificada en el Artículo 1105 del TLCAN, un acto debe ser lo suficientemente atroz y chocante - una denegación flagrante de justicia, una arbitrariedad manifiesta, una injusticia flagrante, una falta total de garantías procesales, una discriminación evidente o una falta manifiesta de razones - como para quedar por debajo de las normas internacionales aceptadas y constituir una violación del artículo 1105(1). El Tribunal señala que un aspecto de la evolución de *Neer* sobre el que existe un consenso general es que la mala fe no es necesaria para constatar una violación de la norma de trato justo y equitativo, pero su presencia es una prueba concluyente de ello. Así, un acto atroz o escandaloso también puede evidenciar mala fe, pero dicha mala fe no es necesaria para constatar una violación. Por lo tanto, la norma para constatar una violación de la norma mínima de trato del derecho internacional consuetudinario sigue siendo tan estricta como lo era en *Neer*; sin embargo, es totalmente posible que, como comunidad internacional, nos escandalicemos ahora por acciones de un Estado que antes no nos ofendían."¹⁸³

- 52 Mientras tanto, parece estar ganando terreno la opinión de que la norma mínima del derecho internacional está en constante evolución y que la "fórmula *Neer*" exige un enriquecimiento considerable. El laudo arbitral en el caso *Waste Management, Inc. contra Estados Unidos Mexicanos (Waste Management II)*, por ejemplo, sigue esta interpretación:

"[...] la norma mínima de trato justo y equitativo es infringida por una conducta atribuible al Estado y perjudicial para el demandante si la conducta es arbitraria, manifiestamente injusta, inequitativa o idiosincrásica, es discriminatoria y expone al demandante a prejuicios sectoriales o raciales, o implica una falta de debido proceso que conduzca a un resultado que ofenda la corrección judicial - como podría ser el caso de una falta manifiesta de justicia natural en un procedimiento judicial o una falta total de transparencia y franqueza en un proceso administrativo. A la hora de aplicar esta norma, es relevante que el trato infrinja las declaraciones realizadas por el Estado anfitrión en las que razonablemente confió el demandante."¹⁸⁴

El desarrollo de la norma mínima del derecho anglosajón y la concretización del *trato justo y equitativo* (FET) muestran una correlación entre ambas normas. Esto ha conducido a una convergencia de gran alcance en términos de contenido, incluso cuando el nivel contractual de protección no se equipara expresamente con la norma del common law. En el caso *Murphy contra Ecuador*, el tribunal arbitral ya no vio diferencias significativas entre la norma mínima del derecho anglosajón y la cláusula FET del acuerdo entre Ecuador y Estados Unidos:

183 *Glamis Gold Ltd. c. Estados Unidos de América*, Laudo del CIADI de 8 de junio de 2009, párr. 616.

184 *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N° ARB(AF)/00/3, Laudo de 30 de abril de 2004 (*Waste Management II*), párr. 98.

"La norma mínima internacional y la norma del tratado siguen influyéndose mutuamente y, en opinión del Tribunal, estas normas están cada vez más alineadas. Este punto de vista se refleja en la *jurisprudencia constante* no sólo de la jurisprudencia del TLCAN, como se ha comentado anteriormente, sino también en la jurisprudencia arbitral asociada a los tratados bilaterales de inversión. [...] El Tribunal considera que no existe ninguna diferencia material entre la norma del derecho internacional consuetudinario y la norma FET del presente TBI. Ciertamente, la norma FET del TBI no es inferior a la norma mínima internacional. El Tribunal no considera necesario determinar a los efectos del presente caso si la norma FET refleja una norma autónoma por encima de la norma del derecho internacional consuetudinario."¹⁸⁵

- 53** El laudo arbitral del caso *Railroad Development Corporation (RDC) contra la República de Guatemala*¹⁸⁶ se basa en la interpretación de una prohibición de comportamiento contradictorio. Este caso se refería a la retirada del usufructo de la red ferroviaria en Guatemala por parte del gobierno local alegando que la adjudicación a un inversor estadounidense era ilegal y, por lo tanto, violaba los intereses del Estado de Guatemala (la llamada "*declaración lesivo*"). El tribunal de arbitraje consideró que se trataba de una violación del requisito de *trato justo y equitativo* (de acuerdo con la norma mínima), ya que la compañía estatal de ferrocarriles se había beneficiado de un acuerdo de uso con el inversor durante años, el gobierno era responsable de las violaciones legales que había alegado y el gobierno tenía pleno conocimiento de las modalidades de explotación ferroviaria impugnadas posteriormente:

"[...] En las circunstancias de este caso, el recurso *lesivo* se ha utilizado bajo un manto de corrección formal supuestamente en defensa del Estado de derecho, de hecho, para exigir concesiones no relacionadas con la constatación de *lesivo*. [...] debería impedirse al Gobierno alegar violaciones de su propia ley como defensa cuando, durante un período de tiempo sustancial, las pasó por alto a sabiendas, obtuvo beneficios de ellas y tenía el poder de corregirlas".¹⁸⁷

- 54** Ejercer presiones indebidas mediante acoso físico o económico o amenazas es incompatible con el requisito de "*trato justo y equitativo*".

En este sentido, en el caso *Desert Line Projects LLC v. Republic of Yemen*, un tribunal arbitral del CIADI reconoció como inválido un acuerdo al que el gobierno de Yemen había obligado a un inversor omaní con presiones masivas ("*coacción financiera y física*"), tales como detenciones arbitrarias de personal y amenazas, con el fin de reducir una reclamación concedida por un laudo arbitral definitivo.¹⁸⁸

- 55** Según la práctica reciente de los tribunales de arbitraje, el requisito de *trato justo y equitativo* protege la confianza del inversor basada en expectativas legítimas y la validez de las decisiones administrativas. Por otra parte, la garantía obliga al Estado anfitrión a cooperar lealmente con el inversor en el procedimiento administrativo revelando los criterios de decisión pertinentes.

185 Murphy Exploration & Production Co. c. Ecuador, Caso CPA núm. 2012-16, 6 de mayo de 2016, párr. 208.

186 *Railroad Development Corporation (RDC) contra República de Guatemala*, Caso CIADI n° ARB/07/23, Laudo de 29 de junio de 2012.

187 *Railroad Development Corporation (RDC) c. República de Guatemala*, Caso CIADI núm. ARB/07/23, Laudo de 29 de junio de 2012, párr. 234.

188 *Desert Line Projects LLC v. Republic of Yemen*, Caso CIADI núm. ARB/05/17, ILM 48 (2009), p. 82, párrs. 162 y ss.

La práctica arbitral, especialmente en el contexto del CIADI, interpreta la norma de "*trato justo y equitativo*" principalmente como una expresión del principio *de buena fe* y de la protección de las expectativas legítimas.

56 El caso más destacado es el laudo arbitral en el asunto *Tecmed contra México*.¹⁸⁹

En el caso *Tecmed*, las autoridades mexicanas habían convertido inicialmente la licencia de duración indefinida para la explotación de una planta de aprovechamiento de residuos tomada de la instalación predecesora por la filial de un inversor español en una licencia temporal y luego la habían dejado expirar tras una única prórroga. Según las conclusiones del tribunal de arbitraje, la empresa operadora había acordado trasladar la planta de aprovechamiento de residuos una vez que se dispusiera de un nuevo emplazamiento frente a la oposición política; la empresa pudo basarse en los acuerdos existentes y en el principio de buena fe para que se le permitiera seguir operando la planta hasta el traslado.

En este caso, el tribunal de arbitraje declaró la cláusula de "*trato justo y equitativo*" del acuerdo de protección de inversiones hispano-mexicano:

"El Tribunal Arbitral considera que esta disposición del Acuerdo, a la luz del principio de buena fe establecido por el derecho internacional, obliga a las Partes Contratantes a otorgar a las inversiones internacionales un trato que no afecte las expectativas básicas que fueron tomadas en cuenta por el inversionista extranjero para realizar la inversión. El inversor extranjero espera que el Estado receptor actúe de forma coherente, libre de ambigüedades y con total transparencia en sus relaciones con el inversor extranjero, de forma que pueda conocer de antemano todas y cada una de las normas y reglamentos que regirán sus inversiones, así como los objetivos de las políticas y prácticas administrativas o directivas pertinentes, para poder planificar su inversión y cumplir con dichas normas. Todas y cada una de las acciones del Estado que se ajusten a tales criterios deben referirse no sólo a las directrices, directivas o requisitos emitidos, o a las resoluciones aprobadas en virtud de estos, sino también a los objetivos subyacentes a dichas normativas. El inversor extranjero también espera que el Estado anfitrión actúe de forma coherente, es decir, sin revocar arbitrariamente las resoluciones o permisos preexistentes emitidos por el Estado en los que se basó el inversor para asumir sus compromisos, así como para planificar y poner en marcha sus actividades comerciales y empresariales. El inversor también espera que el Estado utilice los instrumentos jurídicos que rigen las acciones del inversor o la inversión de conformidad con la función que habitualmente se asigna a dichos instrumentos, y que no prive al inversor de su inversión sin la compensación requerida. De hecho, el incumplimiento por parte del Estado receptor de esa pauta de conducta con respecto al inversor extranjero o a sus inversiones afecta a la capacidad del inversor para medir el trato y la protección otorgados por el Estado receptor y para determinar si las acciones del Estado receptor se ajustan al principio de trato justo y equitativo" (párrafo 154).

¹⁸⁹ *Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI (Mecanismo Complementario) Caso n° ARB(AF)/00/2, ILM 43 (2004), p. 133.

- 57** El laudo arbitral en el caso *Tecmed* ha tenido una influencia duradera en la ulterior concreción de la norma de "trato justo y equitativo".¹⁹⁰ El principio de "*trato justo y equitativo*" protege a los inversores extranjeros de cambios en el marco jurídico de la inversión realizada si el Estado receptor ha establecido su confianza en la estabilidad de un régimen jurídico concreto a través de un tratado u otros compromisos. Así lo dejó claro un tribunal arbitral del CIADI en el caso *CMS Gas Transmission Co. contra la República Argentina*.¹⁹¹

En este caso, un inversor estadounidense en Argentina había adquirido una participación en una empresa argentina de suministro de gas como parte de la privatización del sector del gas. Esta inversión se basaba en un marco reglamentario (compuesto por la ley y las disposiciones de una licencia estatal), según el cual la tarifa del gas se calculaba en dólares estadounidenses y debía ajustarse a la evolución de los precios y convertirse a la moneda argentina de acuerdo con determinados mecanismos. En el transcurso de la crisis económica argentina, el gobierno argentino abandonó este régimen, que garantizaba un rendimiento estable, con el resultado de que la participación del inversor estadounidense en la empresa cayó drásticamente de valor. El tribunal de arbitraje dictaminó que el inversor tenía derecho al antiguo modo de cálculo existente. En este contexto, el tribunal de arbitraje también afirmó a la luz del preámbulo del tratado de protección de inversiones entre Argentina y EE.UU. (con su compromiso de condiciones marco estables para las inversiones):

"[...] un entorno jurídico empresarial estable es un elemento esencial del trato justo y equitativo" (párrafo 274).

- 58** Un tribunal de arbitraje del CIADI en el caso *LG & E contra la República Argentina* ha precisado aún más las expectativas protegidas del inversor:¹⁹²

"Puede decirse que las justas expectativas del inversor tienen las siguientes características: se basan en las condiciones ofrecidas por el Estado receptor en el momento de la inversión; no pueden ser establecidas unilateralmente por una de las partes; deben existir y ser exigibles por ley; en caso de infracción por parte del Estado receptor, deber de indemnizar al inversor por los daños y perjuicios, salvo los causados en caso de estado de necesidad; sin embargo, las justas expectativas del inversor no pueden dejar de considerar parámetros como el riesgo empresarial o las pautas habituales de la industria" (párrafo 130).

Como parte de la protección de las expectativas legítimas, algunos tratados como el Acuerdo de Protección de las Inversiones UE-Vietnam exigen una "*declaración específica*" en la que se basen las expectativas legítimas del inversor (artículo 2.5). Sin embargo, sin una restricción contractual de este tipo, la protección de las expectativas legítimas también puede derivarse de las normativas legales y de las declaraciones con las que el Estado receptor incentiva la inversión. Así lo consideró el tribunal arbitral en el caso *SolEs Badajoz GmbH v. Reino de España*:

190 Véase el laudo arbitral en *Occidental Exploration and Production Company contra la República de Ecuador*, LCIA Caso n° ONU 3467, párr. 185.

191 *CMS Gas Transmission Co. contra la República Argentina*, caso del CIADI n° ARB/01/8, ILM 44 (2005), p. 1205.

192 *LG & E Energy Corp. contra la República Argentina*, caso del CIADI n° ARB/02/1, ILM 46 (2007), p. 36.

"El Tribunal no acepta la afirmación de la Demandada de que los ,compromisos específicos contraídos con un inversor‘ son necesarios para una reclamación FET. Como se ha reconocido ampliamente, las expectativas legítimas de un inversor también pueden surgir de disposiciones legales y reglamentarias y de declaraciones hechas por el Estado o en su nombre con el fin de inducir la inversión de una clase de inversores."¹⁹³

En el caso *Eiser et al. contra España* (2017), un tribunal arbitral del CIADI aclara que la protección de las expectativas legítimas en virtud de la norma FET no excluye cualquier desarrollo ulterior del sistema jurídico nacional, sino únicamente los cambios radicales del marco reglamentario pertinente para una inversión:

"Teniendo en cuenta el contexto y el objeto y fin del TCE, el Tribunal concluye que la obligación del artículo 10(1) de conceder un trato justo y equitativo abarca necesariamente una obligación de proporcionar estabilidad fundamental en las características esenciales del régimen jurídico en el que se basan los inversores para realizar inversiones a largo plazo. Esto no significa que los regímenes normativos no puedan evolucionar. Sin duda pueden hacerlo. [...] Sin embargo, la obligación del apartado 1 del artículo 10 [del TCE] de conceder un trato justo y equitativo significa que los regímenes reguladores no pueden alterarse radicalmente en su aplicación a las inversiones existentes de forma que priven del valor de su inversión a los inversores que invirtieron confiando en esos regímenes."¹⁹⁴

- 59** La jurisprudencia reciente del CIADI interpreta la garantía de "*trato justo y equitativo*" como una obligación de comportamiento proactivo y, en particular, niega al gobierno del Estado anfitrión el derecho a esconderse tras la resistencia de las autoridades subordinadas¹⁹⁵. Se discute hasta qué punto el desarrollo de las condiciones marco económicas influye en la concreción del "*trato justo y equitativo*". En el caso *National Grid P.L.C. contra República Argentina*, el tribunal de arbitraje asume una interpretación diferenciada de esta norma en tiempos de crisis económica:

"Lo que es justo y equitativo no es un parámetro absoluto. Lo que sería injusto e inequitativo en circunstancias normales puede no serlo en una situación de crisis económica y social."¹⁹⁶

- 60** La práctica arbitral reciente muestra una tendencia a conceder al Estado anfitrión un margen de maniobra considerable a la hora de sopesar los intereses públicos y privados en conflicto al aplicar la norma FET. El tribunal de arbitraje del caso *Electrabel contra Hungría* comentó el Tratado sobre la Carta de la Energía en este sentido:

"[L]a aplicación de la norma FET del TCE permite un ejercicio de equilibrio por parte del Es-

193 *SolEs Badajoz GmbH c. Reino de España*, Caso CIADI N° ARB/15/38, Laudo, 31 de julio de 2019, párr. 313. Sin embargo, esta opinión es controvertida. En principio, para una declaración específica como requisito previo para la protección de las expectativas legítimas, véase *PSEG Global Inc. et al. v. República de Turquía*, Caso del CIADI N° ARB/02/5, Laudo, 19 de enero de 2007, párrs. 241 f.

194 *Eiser Infrastructure Ltd. et al. c. Reino de España*, Caso CIADI N° ARB/13/36, Laudo (2017), párr. 282.

195 Véase, por ejemplo, *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S. A. c. República de Chile*, caso del CIADI N° ARB/01/7, ILM 44 (2005), pág. 91 y ss., párrs. 113 y ss.

196 *National Grid P.L.C. contra República Argentina*, Panel de Arbitraje de la CNUDMI, Caso n° 1: 09-cv00248-RBW, párr. 180.

tado de acogida en las circunstancias apropiadas. El Estado receptor no está obligado a elevar incondicionalmente los intereses del inversor extranjero por encima de cualquier otra consideración en todas las circunstancias."¹⁹⁷

En el caso *Philip Morris contra Uruguay*, el tribunal arbitral reconoció un "margen de apreciación" para las medidas al servicio de intereses públicos importantes como la protección de la salud¹⁹⁸:

"El Tribunal está de acuerdo con el demandado en que el 'margen de apreciación' no se limita al contexto del CEDH, sino que 'se aplica igualmente a las reclamaciones derivadas de los TBI', al menos en contextos como el de la salud pública. La responsabilidad de las medidas de salud pública recae en el Gobierno y los tribunales de inversiones deben prestar gran deferencia a los juicios gubernamentales sobre las necesidades nacionales en asuntos como la protección de la salud pública."

- 61** Resulta problemático hasta qué punto los cambios legales en aras de la protección del medio ambiente o de la salud dependen de si se basan en nuevos descubrimientos sobre las correlaciones de riesgo o son una mera reacción a una mayor percepción del riesgo entre el público de la comunidad internacional (como ocurrió con la "eliminación progresiva de la energía nuclear" en Alemania tras el desastre nuclear de Fukushima, Japón). Es probable que el paso del tiempo desempeñe un papel clave en este sentido. Un cambio brusco en la legislación con una reducción significativa del valor de una inversión suele requerir una nueva evaluación de riesgos viable. En el caso de los cambios que sólo se producen mucho tiempo después de la inversión de capital, bastará con una mayor sensibilidad de la población o de la comunidad internacional en el ínterin, siempre que la intervención basada en ello no sea drástica, incluso teniendo en cuenta el paso del tiempo.
- 62** El Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) entre la Unión Europea y Canadá define la norma de "*trato justo y equitativo*" a través de grupos de casos de violación que concretan la norma mínima del derecho consuetudinario y enriquecen cuidadosamente su núcleo tradicional (Artículo 8.10):
- "1. cada Parte concederá en su territorio a las inversiones cubiertas de la otra Parte y a los inversores con respecto a sus inversiones cubiertas un trato justo y equitativo y una protección y seguridad plenas de conformidad con los párrafos 2 a 6."
2. una parte incumple la obligación de trato justo y equitativo mencionada en el apartado 1 cuando una medida o una serie de medidas constituye:
- (a) Denegación de justicia en procedimientos penales, civiles o administrativos;
 - (b) Violación fundamental de las garantías procesales, incluida una violación fundamental de la transparencia en los procedimientos judiciales y administrativos.
 - (c) Arbitrariedad manifiesta;

197 *Electrabel S.A. contra Hungría*, Caso del CIADI n° ARB/07/19, Laudo, párr. 165.

198 *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S. A. y Abal Hermanos S. A. c. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI n° ARB/10/7, Laudo, párr. 388.

(d) Discriminación selectiva por motivos manifiestos, como el sexo, la raza o las creencias religiosas;

(e) Trato abusivo a los inversores, como coacción, coerción y acoso.

(f) El incumplimiento de cualquier otro elemento de la obligación de trato justo y equitativo adoptada por las Partes de conformidad con el apartado 3 del presente artículo.

(3) Las Partes revisarán periódicamente, o a petición de una Parte, el contenido de la obligación de proporcionar un trato justo y equitativo. El Comité de Servicios e Inversiones [...] podrá elaborar recomendaciones a este respecto y someterlas a la decisión del Comité Mixto del CETA.

(4) Al aplicar la anterior obligación de trato justo y equitativo, un tribunal puede tener en cuenta si una parte hizo una declaración específica a un inversor para inducir una inversión cubierta, que creara una expectativa legítima, y en la que el inversor se basó para decidir realizar o mantener la inversión cubierta, pero que la parte frustró posteriormente.

[...]

(6) Para mayor certeza, el incumplimiento de otra disposición de este Acuerdo, o de un acuerdo internacional separado, no establece que haya habido un incumplimiento de este Artículo.

7. para mayor certeza, el hecho de que una medida infrinja el derecho interno no establece, por sí mismo, una infracción de este Artículo. Para determinar si la medida infringe este Artículo, un Tribunal debe considerar si una Parte ha actuado de forma incompatible con las obligaciones del párrafo 1.

[...]"

63 La norma de "*trato justo y equitativo*" es de especial importancia para la exigencia de un juicio justo (*debido proceso*) ante los tribunales del Estado de acogida. Esto incluye también la prohibición de denegación de justicia (*denial of justice, deni de justice*). En el caso *Mondev International Ltd. v. United States of America*¹⁹⁹, el tribunal de arbitraje describió el estándar de revisión relevante para los procedimientos judiciales de la siguiente manera:

"[...] En última instancia, la cuestión es si, a nivel internacional y teniendo en cuenta las normas generalmente aceptadas de la administración de justicia, un tribunal puede concluir, a la luz de todos los hechos disponibles, que la decisión impugnada fue claramente improcedente y desacreditable, con el resultado de que la inversión ha sido objeto de un trato injusto e inequitativo". (párrafo 127).

199 *Mondev International Ltd. contra Estados Unidos de América*, Caso del CIADI n° ARB(AF)/99/2 Laudo final.

- 64 En relación con el trato discriminatorio dispensado a un inversor canadiense ante un tribunal del Estado de Mississippi, un tribunal de arbitraje del CIADI en el caso *Loewen contra EE.UU.* precisó aún más la norma de "trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas" en virtud del TLCAN (Artículo 1105 párrafo 1):

"[...] consideramos que es responsabilidad del Estado en virtud del derecho internacional y, en consecuencia, de los tribunales de un Estado, proporcionar un juicio justo de un caso en el que un inversor extranjero sea parte. Es responsabilidad de los tribunales de un Estado garantizar que los litigios estén libres de discriminación contra un litigante extranjero y que éste no sea víctima de prejuicios sectoriales o locales."²⁰⁰

Tras un análisis en profundidad de la conducta de la otra parte en el procedimiento, viciada de elementos racistas y xenófobos y tolerada por el juez, el tribunal de arbitraje llegó a la siguiente conclusión:

"[...] todo el juicio y su veredicto resultante fueron claramente impropios y desacreditables y no pueden cuadrar con las normas mínimas del derecho internacional y el trato justo y equitativo".²⁰¹

- 65 En el caso *Chevron Corporation contra la República de Ecuador*, una empresa petrolera estadounidense ha alegado que la decisión de un tribunal ecuatoriano viola el principio de "trato justo y equitativo". Un tribunal civil de Ecuador²⁰² había condenado a Chevron a pagar una indemnización exorbitante (16.300 millones de dólares) en un caso muy controvertido como sucesora legal de otra empresa por daños medioambientales masivos en la zona de producción. Según las alegaciones de Chevron, se han producido violaciones masivas del principio de juicio justo. Chevron ha obtenido una medida cautelar de la Corte Permanente de Arbitraje contra los esfuerzos de ejecución en varios países²⁰³.

200 *The Loewen Group Inc. & Raymond Loewen v. United States of America*, Caso del CIADI N° ARB(AF)/98/3, Laudo final, párr. 123.

201 *The Loewen Group Inc. & Raymond Loewen v. United States of America*, Caso del CIADI N° ARB(AF)/98/3, Laudo final, párr. 137.

202 Tribunal Superior de Nueva Loja Maja del 07 de mayo de 2003, *Maria Aguinda Salazar et al. v. Chevron Texaco Corp.*, No. 002-2003.

203 CPA, *Chevron Corporation a. otros c. la República de Ecuador*, Caso N° 2009-23, 7 de febrero de 2013 (Cuarto Laudo Interino sobre Medidas Provisionales).

- 66 Un estándar cualificado de protección jurídica está garantizado por la denominada cláusula de "medios efectivos", como la que figura en el modelo de contrato estadounidense o en el Tratado sobre la Carta de la Energía.²⁰⁴ Dicha cláusula establece requisitos para el funcionamiento de un sistema judicial (por ejemplo, en lo que respecta a la duración de los procedimientos) que no pueden derivarse inequívocamente de la norma mínima del derecho anglosajón. En este sentido, el tribunal arbitral del caso *Chevron Corporation contra la República de Ecuador* comentó "medios eficaces" en el TBI entre Ecuador y EE.UU.²⁰⁵
- 67 Es opinión generalizada que un inversor extranjero sólo puede hacer valer una alegación de denegación de justicia a través de un procedimiento judicial injusto si previamente ha agotado los recursos legales internos (*norma de los recursos locales*); sólo entonces podrá el inversor iniciar un procedimiento de arbitraje según lo previsto en un tratado de protección de inversiones. Al agotar los recursos legales, el Estado anfitrión tiene la oportunidad de corregir el trato injusto por parte de un tribunal inferior dentro de su sistema judicial. Así lo subrayó el tribunal arbitral en el caso *Loewen contra EE.UU.*:
- "El propósito del requisito de que la decisión de un tribunal inferior sea impugnada a través del proceso judicial antes de que el Estado sea responsable de una violación del derecho internacional constituida por decisión judicial es ofrecer al Estado la oportunidad de reparar a través de su sistema legal la violación incoada del derecho internacional ocasionada por la decisión del tribunal inferior".²⁰⁶
- 68 El requisito de agotar los recursos legales no se aplica en caso de trato injusto por parte del poder ejecutivo o legislativo del Estado anfitrión. En este caso, el inversor extranjero puede iniciar fácilmente el procedimiento de arbitraje previsto. Por esta razón, el requisito de agotar los recursos legales cuando se actúa contra medidas judiciales es un elemento extranjero problemático en la protección de las inversiones basada en tratados.
- 69 Las violaciones del requisito de "trato justo y equitativo" desencadenan la obligación de proporcionar una compensación financiera completa²⁰⁷. En la práctica reciente de los tribunales de arbitraje en disputas sobre inversiones, existe una clara tendencia a basar las demandas de

204 Véase, por ejemplo, el apartado 12 del artículo 10 del Tratado sobre la Carta de la Energía.

205 "[E]l Tribunal está de acuerdo con los Demandantes en que una prueba distinta y potencialmente menos exigente es aplicable en virtud de esta disposición en comparación con la denegación de justicia en virtud del derecho internacional consuetudinario. La prueba para establecer una denegación de justicia establece, como ha argumentado la Demandada, un umbral elevado. Aunque la norma es objetiva y no exige una demostración manifiesta de mala fe, requiere, no obstante, la demostración de "una deficiencia particularmente grave" y una conducta atroz que "conmoción, o al menos sorprenda, el sentido de la corrección judicial" [...]. Por el contrario, en virtud del artículo II(7), el hecho de que los tribunales nacionales no hagan valer los derechos de forma 'efectiva' constituirá una violación del artículo II(7), lo que puede no ser siempre suficiente para constatar una denegación de justicia en virtud del derecho internacional consuetudinario" (CPA, *Chevron Corporation a. other v. The Republic of Ecuador*, Laudo parcial sobre el fondo de 30 de marzo de 2010 (Caso n° 2007-2), párr. 244). Ecuador inició un procedimiento de arbitraje contra EE.UU. sobre la base del Tratado de Protección de Inversiones con el objetivo de que la cláusula de "medios eficaces" se interpretara estrictamente en el sentido de la norma mínima del derecho internacional. Sin embargo, el tribunal de arbitraje se declaró incompetente, puesto que ya no existía controversia jurídica entre las partes (CPA, *República del Ecuador c. Estados Unidos de América*, Laudo de 29 de septiembre de 2012 [Caso n° 2012-5], párr. 228).

206 *The Loewen Group Inc. & Raymond Loewen v. United States of America*, Caso del CIADI N° ARB(AF)/98/3, Laudo final, párr. 156.

207 *CMS Gas Transmission Co. c. República Argentina*, caso del CIADI n° ARB/01/8, ILM 44 (2005), p. 1205, párrs. 399 y ss.

indemnización por interferencia en la rentabilidad de una inversión no en la expropiación (que a menudo es difícil de justificar), sino en la violación de la confianza protegida y, por tanto, del "*trato justo y equitativo*".

i) Protección contra la expropiación e indemnización

Literatura:

J. M. Cox, *Expropriation in Investment Treaty Arbitration*, Oxford, 2019; *S. Ratner*, *Compensation for Expropriations in a World of Investment Treaties: Beyond the Lawful/Unlawful Distinction*, AJIL 111 (2017), p. 7 y ss.

- 70** La limitación de las posibles expropiaciones y la regulación de las indemnizaciones constituyen el núcleo de la protección contractual de las inversiones. La obligación de pagar una indemnización se aplica no sólo a las expropiaciones formales, sino también a *expropiaciones de facto*. En la práctica, el tratado se refiere a medidas equivalentes a una expropiación o nacionalización ("*medidas equivalentes a una nacionalización o expropiación*")²⁰⁸. El Tratado Modelo de EE.UU. sobre Protección Bilateral de Inversiones así lo estipula en su Artículo 6:

"1. Ninguna de las Partes podrá expropiar o nacionalizar una inversión cubierta, ya sea directa o indirectamente, mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización ("expropiación"),

- a. (a) con fines públicos;
- b. (b) de forma no discriminatoria;
- c. (c) al pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva; y
- d. (d) de conformidad con el debido proceso legal y el artículo 5 [Norma mínima de tratoI (1) al (3)].

2. la indemnización mencionada en la letra c) del apartado 1:

- a. se pague sin demora;
- b. ser equivalente al valor justo de mercado de la inversión expropiada inmediatamente después de que se produjera la expropiación ("la fecha de la expropiación");
- c. no reflejen ningún cambio de valor que se produzca porque la expropiación prevista se haya conocido antes; y

208 Véase más arriba, § 20, 1.

d. ser plenamente realizable y libremente transferible".

También puede producirse una expropiación si el Estado anfitrión deniega o anula un derecho existente a una concesión. Esto se debe a que este derecho constituye una posición de propiedad"²⁰⁹.

71 Según la práctica reciente de los tribunales de arbitraje, la existencia de una expropiación *de facto* o de una medida similar a la expropiación sólo puede determinarse mediante un enfoque casuístico. El punto de partida deben ser las expectativas del inversor en una determinada situación jurídica dignas de protección, que a su vez se basan en el conjunto de normas y compromisos existentes de los órganos responsables del Estado anfitrión. La superación del "umbral de expropiación" depende de la medida en que la medida perjudicial del Estado receptor reduzca o destruya el beneficio económico de una inversión (la base de la rentabilidad). Se discute si lo que importa es sólo el efecto perjudicial de una medida estatal (según la denominada "*doctrina de los efectos únicos*") o también la finalidad perseguida por el Estado anfitrión. Probablemente convenga centrarse en un equilibrio adecuado entre los intereses perjudicados del propietario (inversor) y el objetivo de la medida estatal (intereses generales). En este sentido, el tribunal arbitral del caso *Tecmed contra México*²¹⁰ exigió una relación proporcionada entre la pérdida sufrida por el inversor y la finalidad perseguida por el Estado:

"Debe existir una relación razonable de proporcionalidad entre la carga o el peso impuesto al inversor extranjero y el objetivo que se pretende alcanzar con cualquier medida expropiatoria. Para valorar dicha carga o peso, es muy importante medir la magnitud de la privación de la propiedad causada por las acciones del Estado y si dicha privación fue compensada o no. Sobre la base de una serie de factores jurídicos y prácticos, también debe considerarse que el inversor extranjero tiene una participación reducida o nula en la toma de las decisiones que le afectan, en parte porque los inversores no están facultados para ejercer derechos políticos reservados a los nacionales del Estado, como votar a las autoridades que emitirán las decisiones que afecten a dichos inversores." (párrafo 122).

En el caso *Koch et al. v. Venezuela*, un tribunal arbitral del CIADI subrayó que, al evaluar las medidas de expropiación estatales a la luz del interés general, debe tenerse en cuenta el margen de maniobra del Estado anfitrión a la hora de aplicar la cláusula de expropiación:

"[E]l estándar de revisión de la conducta de un Estado que debe llevar a cabo un tribunal internacional incluye una medida significativa de deferencia hacia el Estado que toma la medida impugnada. Dicho tribunal no puede simplemente ponerse en la posición del Estado y sopesar la medida de nuevo, particularmente en retrospectiva [...]"²¹¹

72 Una medida equivalente a la expropiación también puede ser la anulación o cancelación arbitraria por parte de un tribunal del Estado anfitrión de un laudo arbitral contra el Estado anfitrión o una empresa del Estado anfitrión.

209 *Rockhopper Italia et al. c. República Italiana*, Caso del CIADI N° ARB/17/14, Laudo (2022), párr. 154.

210 *Tecmed S.A. contra Estados Unidos Mexicanos* Caso del CIADI n° ARB(AF)/00/2, ILM 43 (2004), p. 133.

211 *Koch Minerals Sàrl et al. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N° ARB/11/19, Laudo (2017), párr. 7.20. Véanse también los párrs. 7.17 f.

Un tribunal de arbitraje del CIADI se ha pronunciado en este sentido en el caso *SAIPEM S.p.A. contra la República Popular de Bangladesh*²¹². En este caso, una empresa italiana había obtenido un laudo arbitral conforme a las normas de la Cámara de Comercio Internacional en una disputa con una empresa estatal de Bangladesh sobre la construcción de un oleoducto. El Tribunal Supremo de Bangladesh declaró nulo este laudo arbitral sin razón aparente. El Tribunal Arbitral del CIADI consideró que se trataba de un abuso de derecho y de un incumplimiento del deber de reconocer un acuerdo de arbitraje en virtud de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Artículo II párr. 3). Por lo tanto, calificó la decisión del Tribunal Supremo de Bangladesh como una medida con efecto expropiatorio²¹³.

- 73 En el sensacional caso de *Yukos Universal Ltd. contra Rusia*, el gobierno ruso quebró la compañía petrolera Yukos mediante el cobro agresivo de impuestos por cobrar. El tribunal de arbitraje consideró que se trataba de un intento deliberado de Rusia de apoderarse de los activos de Yukos.²¹⁴ La medida constituyó una expropiación sin el debido "*debido proceso*" proceso de conformidad con el Artículo 13 párr. 1 *lit. c*) del Tratado sobre la Carta de la Energía.²¹⁵ Como consecuencia, el tribunal de arbitraje reconoció a Yukos una reclamación de indemnización por un importe de unos 50.000 millones de dólares.²¹⁶
- 74 El modelo de tratado estadounidense sobre la protección de las inversiones y la práctica más reciente de los tratados estadounidenses no califican en principio de expropiación (indirecta) las disposiciones no discriminatorias en aras de intereses generales legítimos y se refieren en particular a la protección de la salud, el medio ambiente y el trabajo.

"Salvo en raras circunstancias, las acciones reguladoras no discriminatorias de una Parte que se diseñen y apliquen para proteger objetivos legítimos de bienestar público, como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, no constituyen expropiaciones indirectas".²¹⁷

El Tratado de Protección de Inversiones entre EE.UU. y Uruguay rechaza la creación de incentivos a la inversión a expensas de normas medioambientales obligatorias (Artículo 12 párr. 1) y reconoce la libertad de los Estados contratantes para garantizar el cumplimiento de las preocupaciones medioambientales en el marco de sus obligaciones contractuales (Artículo 12 párr. 2).²¹⁸

212 *SAIPEM S.p.A. contra la República Popular de Bangladesh*, caso del CIADI n° ARB/05/7.

213 AaO párrs. 124 y ss.

214 "El Tribunal recuerda que, al principio de este capítulo, se refirió a la pregunta formulada por el abogado del demandante al tribunal arbitral en el arbitraje *Quasar*: «¿Por qué Rusia habría tratado a Yukos como lo hizo si su propósito era recaudar impuestos? [...] [E]l Tribunal ha llegado a la conclusión de que el objetivo principal de la Federación Rusa no era recaudar impuestos sino llevar a Yukos a la quiebra y apropiarse de sus valiosos activos». (TPA, *Yukos Universal Limited contra la Federación Rusa*, Caso n° AA 227, Laudo final, 18 de julio de 2014, párrs. 755 f.).

215 "[...] Yukos fue sometida a procesos legales, pero el Tribunal no acepta que la expropiación efectiva de Yukos fuera ,llevada a cabo bajo el debido proceso legal' [...]". (TPA, *Yukos Universal Limited contra la Federación Rusa*, Caso n° AA 227, Laudo final, 18 de julio de 2014, párrafo 1583).

216 Véase TPA, *Yukos Universal Limited contra la Federación Rusa*, Caso n° AA 227, Laudo final, 18 de julio de 2014, párr. 1827. El laudo fue anulado en 2016, Tribunal de Distrito de La Haya, decisión de 20 de abril de 2016, EC-LI:NL:RBDHA:2016 : 4230, párrs. 5.95 y ss.

217 Anexo B n° 4 (b) del modelo de tratado de EE.UU., http://www.sice.oas.org/Trade/CRI_SGP_FTA/Text_Apr2010_e/Anx_11.1.pdf (consultado el 03 de enero de 2022). Véase también el Anexo 10-D, Art. 4 (b) del Tratado de Libre Comercio entre Chile y EE.UU. de 6 de junio de 2003.

218 ILM 44 (2005), p. 268 y ss.

- 75 La posible interferencia también puede residir en la participación legalmente exigida de minorías previamente discriminadas en el capital o la gestión de las empresas (por ejemplo, en la medida en que esta participación sea un requisito previo para las concesiones o los contratos gubernamentales). En el caso *Piero Foresti et al. v. Republic of South Africa*, un grupo de inversores italianos impugnó la ley sudafricana *Black Economic Empowerment Act* y otras normativas nacionales relacionadas, alegando que estas medidas reguladoras suponían la expropiación de sus derechos mineros ya adquiridos. El caso concluyó con la terminación del procedimiento de arbitraje después de que el Estado anfitrión hubiera satisfecho ampliamente los intereses de los demandantes.²¹⁹
- 76 La práctica reciente de los tratados establece un "umbral de expropiación" elevado en caso de cambios en las condiciones marco normativas en aras de la protección del medio ambiente, la protección de la salud y otros intereses generales. Esto se basa en la preocupación de que, de lo contrario, la protección contractual de las inversiones podría convertirse en un obstáculo excesivo para las opciones políticas legítimas. Esta preocupación está especialmente viva en los países industrializados. El acuerdo de libre comercio entre EE.UU., México y Canadá también hace hincapié en la libertad de los Estados contratantes para garantizar la compatibilidad de las actividades de inversión con la protección del medio ambiente, la protección de la salud y otros intereses públicos; sin embargo, dichas medidas también deben cumplir las disposiciones sobre protección de las inversiones (artículo 14.16)²²⁰. Esto crea un cierto grado de inseguridad jurídica.
- 77 El supuesto de expropiación del inversor extranjero suele ser difícil de justificar si la inversión de capital protegida como tal (como el control sobre una empresa o una participación en su capital) no se ve afectada, pero la base de la rentabilidad (por ejemplo, mediante un cambio en el marco normativo) se ve atacada de forma permanente, pero no destruida en esencia²²¹. Este es especialmente el caso si el Estado anfitrión no obtiene ninguna ventaja directa de la medida adversa. Por lo tanto, es más probable que las reclamaciones de indemnización en tales casos se basen en una violación del "*trato justo y equitativo*" requerido.

Los acuerdos modernos de protección de las inversiones vinculan la cuantía de la indemnización a la compensación del valor total, el pago inmediato de la indemnización y su libre convertibilidad.²²²

- 78 Siempre resulta controvertido si un Estado anfitrión puede invocar la protección medioambiental cuando interfiere en los derechos de propiedad. En principio, un Estado debe realizar una evaluación del impacto medioambiental de acuerdo con el principio de cautela antes de conceder una licencia o establecer un derecho sobre ella.²²³

219 Véase *Piero Foresti et al. v. República de Sudáfrica*, Caso del CIADI n° ARB(AF)/07/1 (2010).

220 "Nada de lo dispuesto en el presente capítulo se interpretará en el sentido de impedir que una Parte adopte, mantenga o aplique cualquier medida que sea compatible con el presente capítulo y que considere apropiada para garantizar que las actividades de inversión en su territorio se lleven a cabo teniendo en cuenta el medio ambiente, la salud, la seguridad u otras cuestiones reglamentarias."

221 *CMS Gas Transmission Co. c. República Argentina*, caso del CIADI n° ARB/01/8, ILM 44 (2005), p. 1205, párrs. 252 y ss.

222 Por ejemplo, Art. 4 (2) frases 2 y 3 del Tratado Modelo de la República Federal de Alemania para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones; Art. 6 (2) del Tratado Modelo de EE.UU.

223 *Rockhopper Italia et al. c. República Italiana*, Caso del CIADI N° ARB/17/14, Laudo (2022), párr. 153.

Se discute hasta qué punto la persecución de intereses protegidos por el derecho internacional, en particular la protección del medio ambiente (especialmente la biodiversidad), debe tenerse en cuenta a la hora de determinar el importe de la indemnización.

En el caso *Santa Elena*-, Costa Rica había convertido en propiedad pública una zona de selva tropical que unos inversores estadounidenses habían adquirido con fines turísticos y la había declarado reserva natural. En la disputa sobre el importe de la indemnización, Costa Rica invocó ante un tribunal de arbitraje del CIADI tratados internacionales de protección del medio ambiente, como el Convenio de la ONU sobre la Diversidad Biológica, y argumentó que la persecución de estos intereses reconocidos por el derecho internacional debía tenerse en cuenta en la indemnización. Por el contrario, el tribunal de arbitraje consideró que la persecución de intereses medioambientales y sus antecedentes en el marco de los tratados internacionales eran irrelevantes con respecto a la cuantía de la indemnización:

"Aunque una expropiación o toma por motivos medioambientales puede calificarse de toma por un fin público y, por tanto, puede ser legítima, el hecho de que la Propiedad fuera tomada por este motivo no afecta ni a la naturaleza ni a la medida de la indemnización que debe pagarse por la toma. Es decir, el propósito de proteger el medio ambiente por el que se tomó la Propiedad no altera el carácter legal de la toma por la que debe pagarse una compensación adecuada. La fuente internacional de la obligación de proteger el medio ambiente no hace ninguna diferencia".²²⁴

j) Cláusulas de emergencia

- 79** Muchos acuerdos sobre protección de inversiones contienen cláusulas especiales de emergencia (por ejemplo, para salvaguardar "intereses esenciales de seguridad"). Una disposición de este tipo en un tratado internacional no hace referencia a los requisitos tan estrictos para invocar un estado de emergencia según el derecho internacional consuetudinario.²²⁵
- 80** La práctica arbitral reciente impone requisitos estrictos a la justificación del comportamiento estatal por un estado de emergencia en caso de crisis económica grave. En el caso *LG & E contra la República Argentina*²²⁶, por ejemplo, un tribunal de arbitraje del CIADI justificó la amenaza a los intereses esenciales de seguridad y a la paz y el orden internos en el sentido de los elementos constitutivos de la cláusula de emergencia entre Argentina y EE.UU. sobre la base de una amenaza absolutamente existencial para Argentina a finales de 2001:

²²⁴ Compañía Del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica ICSID Case No. ARB/96/1, ILM 39 (2000), p. 1317, párr. 71.

²²⁵ *CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic*, ICSID Review Panel Case No. ARB/01/8 (Annulment Proceeding), ILM 46 (2007) p. 1136, paras. 101 y 3; *Sempra Energy International c. República Argentina*, Grupo de Revisión del CIADI, Caso N° ARB/02/16 (Procedimiento de anulación), ILM 49 (2010), p. 1445, párrs. 186 y ss.; *CC/Devas (Mauritius) Ltd. et al. v. Republic of India*, PCA Case No. 2013-09, Award on Jurisdiction and Merits (2016), párr. 255.

²²⁶ *LG & E contra República Argentina*, Caso CIADI n° ARB/02/1, Decisión sobre responsabilidad, ILM 46 (2007), p. 36.

"Se enfrentaba a una amenaza extremadamente grave para su existencia, su supervivencia política y económica, para la posibilidad de mantener en funcionamiento sus servicios esenciales y para la preservación de su paz interna" (párrafo 257).

Sin embargo, las decisiones de arbitraje más recientes (incluso cuando evalúan una misma crisis financiera) muestran claras diferencias en cuanto a la inevitabilidad de la acción del Estado para proteger sus intereses esenciales y la invocación de factores exógenos²²⁷.

El caso *Mobil contra la República Argentina* se refería a la interpretación de una cláusula de emergencia que autoriza al Estado anfitrión a introducir medidas "necesarias" ("*necessarias*") para salvaguardar la seguridad nacional²²⁸. El tribunal arbitral prohibió a Argentina invocar esta cláusula porque el Estado había contribuido al estado de emergencia, basándose en el artículo 25 de los artículos de la CDI²²⁹. El Comité ad hoc consideró que esta interpretación de la cláusula de necesidad era un error que no era "manifiesto" en el sentido del Artículo 52 del Convenio del CIADI.²³⁰

3. El Tratado de la Carta Europea de Energía

Literatura:

C. Baltag, El Tratado sobre la Carta de la Energía, 2012; *G. Coop/C. Ribeiro*, Investment Protection and the Energy Charter Treaty, 2008; *R. Leal-Arcas*, Commentary on the Energy Charter Treaty, 2018; *C. Ribeiro* (ed.), Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty, 2006; *T. W. Wälde*, International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty, JWT 29 (1995), p. 5 y ss.; *ders.* (ed.), European Energy Charter Treaty: An East-West Gateway For Investment and Trade, 1996.

- 81** El Tratado sobre la Carta de Energía de 1994²³¹ tiene como objetivo crear un marco regulador global para la inversión y el comercio en el sector energético. Las disposiciones fundamentales incluyen la promoción y la protección de las inversiones (Parte III del tratado). Según el artículo 10 del tratado, se aplica la norma del trato justo y equitativo, la no discriminación frente a los nacionales y el principio del trato de nación más favorecida. El tratado vincula la expropiación, entre otras cosas, a un procedimiento justo ("*debido proceso*") y al pago de una indemnización rápida, adecuada y efectiva por el valor total de mercado (artículo 13, párrafo 1).
- 82** Las disposiciones sobre la solución de controversias entre un inversor y un Estado contratante (artículo 26) son de gran interés. Tras la expiración de un plazo para una solución no con-

227 Sobre la crisis económica de Argentina, véase *CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic* ICSID Case No. ARB/01/8, ILM 44 (2005), p. 1205, párrs. 318 y ss. (denegación de una emergencia) y por otro lado *LG & E c. República Argentina* Caso CIADI No. ARB/02/1, ILM 46 (2007), p. 36, párrs. 256 y ss. (supuesto de estado de necesidad). Véase también la decisión del Grupo de Revisión del CIADI en *CMS Gas Transmission Co. c. República Argentina* Caso CIADI No. ARB/01/8 (Procedimiento de anulación), ILM 46 (2007) p. 1136, párrs. 101 y ss.

228 *Mobil Exploration and Development c. República Argentina*, Caso CIADI núm. ARB/04/16 (Jurisdicción y responsabilidad) (2013).

229 *Mobil Exploration and Development c. República Argentina*, Caso CIADI núm. ARB/04/16 (Jurisdicción y responsabilidad) (2013), párrs. 1061 y ss.

230 *Mobil Exploration and Development c. República Argentina*, caso del CIADI núm. ARB/04/16 (procedimiento de anulación) (2019), párrs. 98 y ss.

231 ILM 33 (1995), p. 360 y ss.; BGBl. 1997 II, p. 5; véase más arriba, § 11, 3.

tenciosa, un inversor privado puede, entre otras cosas, iniciar un procedimiento de arbitraje internacional de conformidad con las reglas del CIADI.²³² El requisito previo para ello es una declaración escrita de sumisión por parte del inversor privado. El consentimiento incondicional del Estado contratante implicado se declara en el propio Tratado sobre la Carta de Energía.²³³

Sobre esta base, la empresa energética sueca Vattenfall inició un procedimiento de arbitraje contra la República Federal de Alemania por restringir masivamente las licencias para una central eléctrica de carbón en Hamburgo.²³⁴ Esta disputa se ha resuelto desde entonces. También sobre la base del Tratado sobre la Carta de Energía, Vattenfall ha iniciado un procedimiento de arbitraje contra la República Federal de Alemania por el desmantelamiento de centrales nucleares en el marco de la llamada "transición energética".²³⁵

Rusia, que inicialmente había firmado el tratado y lo había aplicado provisionalmente de conformidad con el apartado 1 del artículo 45, declaró en 2009 que se abstendría definitivamente de ratificarlo.

4. Medidas reglamentarias de interés general

Literatura:

P.-M. Dupuy/F. Francioni/E.-U. Petersmann (eds.), *Human Rights in Investment Law and Arbitration*, 2009; *L. W. Mouyal*, *International Investment Law and the Right to Regulate*, 2016; *C. A. Meckenstock*, *Investment Protection and Human Rights Regulation*, 2010; *M. Perkams*, *Internationale Investitionsschutzabkommen im Spannungsverhältnis zwischen effektivem Investitionsschutz und staatlichem Gemeinwohl*, 2011; *B. Simma*, *Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights*, ICLQ 60 (2011), p. 573 y ss.

- 83** Como demuestra la nueva práctica de arbitraje, la protección contractual de las inversiones puede conllevar graves restricciones a la libertad de acción reguladora del Estado anfitrión, sobre todo en el ámbito de la protección medioambiental, pero también en otras cuestiones de orden económico y social. Esta evolución está alimentando las tendencias a ampliar el margen de maniobra política de los Estados en materia de protección de las inversiones en la búsqueda no discriminatoria de intereses generales universalmente reconocidos. Estos esfuerzos se dirigen, en particular, a elevar el "umbral de expropiación" para las medidas no discriminatorias de protección de la salud, el medio ambiente o el trabajo²³⁶ y a flexibilizar la norma de "*trato justo y equitativo*".
- 84** Los procedimientos de arbitraje entablados por las filiales de la empresa tabacalera Philip Morris contra las disposiciones legales sobre la presentación del empaquetado de los cigarrillos ilustran el potencial de conflicto entre el interés de un Estado anfitrión en la protección integral de la salud de su población y los intereses financieros de un inversor. En el caso *Philip Morris*

232 Véase más adelante, § 23, 6.

233 Artículo 26 párr. 3 del Tratado.

234 *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG c. República Federal de Alemania*, Caso del CIADI n° ARB/09/6.

235 *Vattenfall AB y otros contra la República Federal de Alemania*, Caso del CIADI n° ARB/12/12.

236 Véase más arriba, § 23, 2.i).

contra Uruguay, varias filiales de Philip Morris demandaron a la República Oriental del Uruguay por considerar que sus leyes sobre el empaquetado neutro de los cigarrillos (*plain packaging*) violaban sus derechos de propiedad intelectual y el principio de "*trato justo y equitativo*", entre otras cosas. Para el tribunal de arbitraje, las medidas impugnadas seguían estando dentro del margen de maniobra del Estado a la hora de sopesar intereses.²³⁷ En el caso *Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) contra Australia*, el tribunal de arbitraje declaró inadmisibile una demanda muy similar por "abuso de derecho procesal".²³⁸ Como resultado, esta disputa sobre inversiones no se decidió sobre el fondo.

- 85** El *Acuerdo Integral y Progresista de Asociación Transpacífico - CPTPP* reconoce expresamente el margen de maniobra reglamentario del Estado anfitrión (artículo 9.16):

"Nada de lo dispuesto en el presente capítulo se interpretará en el sentido de impedir que una Parte adopte, mantenga o aplique cualquier medida que de otro modo sea compatible con el presente capítulo y que considere apropiada para garantizar que la actividad de inversión en su territorio se lleve a cabo de manera sensible a los objetivos medioambientales, sanitarios u otros objetivos reglamentarios" .

- 86** En su resolución de 2011 sobre la futura política europea de inversiones, el Parlamento Europeo también aboga por un amplio margen regulador:

"El Parlamento Europeo, [...]

23. subraya que los futuros acuerdos de inversión celebrados por la UE deben respetar la capacidad de intervención de los Estados;

24. Expresa su grave preocupación por el poder discrecional de algunos árbitros internacionales para interpretar liberalmente las cláusulas de protección de los inversores y excluir así la regulación estatal legítima; pide a la Comisión que proporcione una definición clara de las normas de protección de los inversores para evitar estos problemas en los nuevos acuerdos de inversión;

25. Pide a la Comisión que incluya en todos los acuerdos futuros cláusulas específicas que establezcan el derecho de las partes contratantes a regular en los ámbitos de la protección de la seguridad nacional, el medio ambiente, la salud pública, los derechos laborales y de los consumidores, la política industrial y la diversidad cultural, entre otros;

237 *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S. A. y Abal Hermanos S. A. c. República Oriental del Uruguay*, Caso CIADI N° ARB/10/7, Laudo, párr. 388.

238 *Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) v. The Commonwealth of Australia*, Caso PCA No 2012-12, Laudo sobre jurisdicción y admisibilidad, párrs. 585, 588.

26. Subraya que la Comisión debe decidir caso por caso qué sectores quedan fuera del ámbito de aplicación de los futuros acuerdos, como los sectores sensibles como la cultura y la educación y la salud pública, así como los sectores de importancia estratégica para la defensa nacional, y pide a la Comisión que informe al Parlamento Europeo del mandato respectivo que haya recibido; señala que la UE debe tomarse en serio las preocupaciones de los países socios en desarrollo y no debe exigir una mayor liberalización si un país considera que la protección de determinados sectores, en particular en el ámbito de los servicios públicos, es necesaria para su desarrollo; [...]"

Al mismo tiempo, el Parlamento Europeo está a favor de la consideración contractual de las normas sociales y medioambientales en su resolución. El Parlamento Europeo

"27. Subraya que la futura política de la UE también debe favorecer las inversiones sostenibles y respetuosas con el medio ambiente (especialmente en los sectores extractivos) y promover buenas condiciones laborales en las empresas receptoras de las inversiones; pide a la Comisión que incluya una referencia a las Líneas Directrices actualizadas de la OCDE para Empresas Multinacionales en todos los acuerdos futuros;

28. reitera su llamamiento a la inclusión de una cláusula de responsabilidad social de las empresas y de cláusulas sociales y medioambientales efectivas en todos los acuerdos de libre comercio firmados por la UE en relación con los capítulos sobre inversiones de los acuerdos de libre comercio más amplios;

29. pide a la Comisión que examine cómo se han incluido estas cláusulas en los TBI de los Estados miembros y en qué forma podrían incluirse también en futuros acuerdos de inversión independientes;

30. acoge con satisfacción el hecho de que varios TBI incluyan actualmente una cláusula que impide que las normas sociales y medioambientales se diluyan con el fin de atraer inversiones, y pide a la Comisión que estudie la posibilidad de incluir una cláusula de este tipo en sus futuros acuerdos."²³⁹

239 Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de abril de 2011, sobre la futura política europea en materia de inversiones extranjeras (2010/2203[INI]).

5. Derechos humanos y protección del medio ambiente

- 87** Una y otra vez los intereses de los inversores protegidos contractualmente entran en conflicto con las normas de derechos humanos.²⁴⁰ Esto se aplica, por ejemplo, a la protección de la propiedad y otros derechos humanos de las comunidades indígenas y otras comunidades locales²⁴¹. En tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, los Estados parte se comprometen a esforzarse por proteger el derecho a la salud y el derecho a la alimentación. La práctica moderna del arbitraje es cada vez más sensible a estas implicaciones de los derechos humanos en las disputas sobre inversiones. En las disputas sobre inversiones más recientes, la invocación de los derechos humanos para justificar las medidas adoptadas por el Estado anfitrión desempeña un papel cada vez más importante²⁴². Una forma constructiva de resolver la tensión entre los derechos humanos y la protección de las inversiones es la interpretación armonizadora de los tratados de inversión a la luz de las normas de derechos humanos, en la medida en que éstas se apliquen a las partes de un tratado de inversión (artículo 31 párr. 3 *lit. c*) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El mismo enfoque es adecuado para la consideración de las normas contractuales de protección medioambiental en la interpretación de los tratados de protección de inversiones.
- 88** Algunas sentencias arbitrales recientes han concretado la relación jurídica entre el Estado anfitrión y el inversor a la luz de las obligaciones en materia de derechos humanos.²⁴³ Varios tratados bilaterales de protección de las inversiones incluyen ahora explícitamente normas de derechos humanos, sobre todo en relación con las condiciones laborales.²⁴⁴

El acuerdo de inversión negociado entre la Unión Europea y la República Popular China²⁴⁵ regula la protección del medio ambiente y del clima, así como las normas laborales (Sección IV sobre desarrollo sostenible). Las disposiciones sobre normas laborales se limitan a meros compromisos y siguen siendo bastante vagas, incluso en lo que respecta a la adhesión de China al Convenio de la Organización Internacional del Trabajo contra el Trabajo Forzoso.

En el futuro, la responsabilidad social corporativa de las empresas multinacionales también será cada vez más importante en la protección de las inversiones. Códigos de conducta como las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales desempeñan aquí un papel fundamental.²⁴⁶

240 P. M. Dupuy/F. Francioni/E. U. Petersmann (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, 2009.

241 Véase, por ejemplo, sobre la relación entre la protección de los derechos humanos basada en tratados y los tratados de protección de las inversiones, Corte Interamericana de Justicia, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay*, Serie C, n° 146 (2006), párr. 140.

242 *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A. y Vivendi Universal, S. A. contra la República Argentina*, Caso CIADI n° ARB/03/19, Decisión sobre responsabilidad de 30 de julio de 2010.

243 *Urbaser y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia y otros c. República Argentina*, Laudo, Caso CIADI n° ARB/07/26 (2016), párrs. 1193 y ss; J. Scheu, *Systematic Consideration of Human Rights in Investment Arbitration Proceedings*, 2017. Véase también sobre la infructuosa invocación por parte del Estado gasista de la protección de los derechos humanos de los propietarios ilegales de tierras, *Joseph Houben c. Burundi*, Caso CIADI n° ARB/13/7 (2016), párr. 177.

244 N. Zugliani, *Human Rights in International Investment Law: The 2016 Morocco-Nigeria Bilateral Investment Treaty*, ICLQ (2019), p. 761 y ss.

245 Acuerdo Global de Inversión UE-China (Acuerdo de Principios), 22 de enero de 2021.

246 Véase más arriba § 4 párr. 72.

6. Solución de controversias

Literatura:

H. Bubrowski, Internationale Investitionsschiedsverfahren und nationale Gerichte, 2013; *E. De Brabandere*, Investment Treaty Arbitration as Public International Law, 2014; *Z. Douglas*, The International Law of Investment Claims, 2009; *M. Herdegen*, Wirkungen von Schiedssprüchen in Streitigkeiten zwischen Privatpersonen und fremden Staaten, RIW 1989, p. 329 y ss.; *J. E. Kalicki/A. Joubin-Bret* (eds.), Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System, 2015; *C. Schreuer/L. Malintoppi/A. Reinisch/A. Sinclair*, The ICSID Convention: A Commentary, 2ª ed. 2009; *F. G. Sourgens*, A Nascent Common Law. The Process of Decisionmaking in International Legal Disputes between States and Foreign Investors, 2015; *P. S. Stöbener de Mora*, Investitionsschutz unter neuen Vorzeichen - Das Konzept der EU im weltweiten Kontext, EuZW 2021, p. 325 y ss.; *M. Waibel/A. Kaushal/K. Liz Chung/C. Balchin* (eds.), The Backlash against Investment Arbitration. Perceptions and Reality, 2010.

a) Arbitraje internacional

- 89** La práctica moderna de los tratados de inversión prevé procedimientos de arbitraje para resolver las disputas sobre inversiones:²⁴⁷ Se trata de procedimientos ante el Centro de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) establecido en el Banco Mundial u otros arbitrajes (como los previstos en las normas de arbitraje de la CNUDMI o en las normas de la Cámara de Comercio Internacional).²⁴⁸ Hasta la fecha, la mayoría de los procedimientos de disputas sobre inversiones se han llevado a cabo ante el CIADI (y no bajo otros mecanismos de arbitraje internacional).²⁴⁹ Entretanto, el arbitraje de inversiones también ha sido muy criticado en los países industrializados. Estas críticas se refieren principalmente a la práctica decisoria de los tribunales de arbitraje, supuestamente favorable a los inversores, y a las posibles consecuencias indemnizatorias de las medidas de protección del medio ambiente o de la salud.

El tratado de libre comercio de América del Norte USCMA, que sustituye al TLCAN, sólo prevé el arbitraje de inversiones entre EE.UU. y México (y sus inversores).

- 90** Los Estados contratantes del tratado de protección de inversiones aplicable concluyen el acuerdo de arbitraje necesario entre el Estado receptor respectivo y el inversor extranjero haciendo a los inversores del otro Estado contratante una oferta para resolver la controversia mediante arbitraje, que el inversor acepta implícitamente al iniciar el procedimiento de arbitraje. La disposición del tratado internacional sobre la solución de controversias en materia de inversiones mediante arbitraje ofrece así a los inversores de un Estado contratante la posibilidad de enfrentarse a otro Estado contratante en pie de igualdad con arreglo al derecho internacional y de hacer valer sus propias reclamaciones en virtud del tratado internacional ante un tribunal de arbitraje. De este modo, el inversor protegido deja de depender de la protección diplomática de su Estado de origen y se convierte en un sujeto limitado del derecho internacional. En este

²⁴⁷ *C. Dugan/N. Rubin/D. Wallace/B. Sabahi*, Investor-State Arbitration, 2008; *C. McLachlan/L. Shore/M. Weiniger*, International Investment Arbitration, 2ª ed. 2017.

²⁴⁸ Véase, por ejemplo, el apartado 3 del artículo 24 del modelo de tratado estadounidense.

²⁴⁹ Para los procedimientos llevados a cabo conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, véase *CME/Lauder contra la República Checa*, supra § 9, 2.

sentido, el tribunal de arbitraje del caso *Plama contra la República de Bulgaria* interpretó la cláusula de solución de controversias del Tratado de la Carta Europea de la Energía (TCE) como un paso importante en el desarrollo de un orden económico mundial liberal, que transforma a los inversores de meros objetos en sujetos de derecho internacional:

"Por todas estas razones, el artículo 26 del TCE proporciona a un inversor cubierto un recurso casi sin precedentes para su reclamación contra un Estado anfitrión. El TCE ha sido descrito, junto con el TLCAN, como 'el principal tratado multilateral pionero en el uso extensivo de métodos legales característicos de la incipiente regulación de la economía global', del cual 'quizás el aspecto más importante del régimen de inversiones del TCE es la disposición para el arbitraje obligatorio contra los gobiernos a opción de los inversores extranjeros [...]'; y estos mismos distinguidos comentaristas concluyeron: 'Con un cambio de paradigma que se aleja de la mera protección por parte del Estado de origen de los inversores y comerciantes hacia la arquitectura jurídica de una economía global liberal, se produce un uso coordinado de los métodos del derecho comercial y de las inversiones para lograr el mismo objetivo: una igualdad de condiciones global para las actividades en mercados competitivos'. Se mire por donde se mire, el artículo 26 es una característica muy importante del TCE, que es en sí mismo un tratado muy significativo para los inversores, que marca un paso más en su transición de objetos a sujetos del derecho internacional."²⁵⁰

91 Algunos acuerdos de protección de inversiones supeditan la resolución de un litigio por parte de un tribunal de arbitraje a que el inversor tenga que buscar primero protección jurídica ante los tribunales del Estado anfitrión y sólo pueda recurrir al tribunal de arbitraje tras una decisión definitiva de un tribunal nacional o la expiración infructuosa de un plazo determinado. En el caso *BG Group v. The Republic of Argentina*, el tribunal de arbitraje asumió la jurisdicción a pesar de dicha cláusula en el tratado argentino-británico de protección de inversiones porque Argentina, como Estado anfitrión, había puesto obstáculos legales a la protección jurídica nacional²⁵¹. Esto dio lugar a una disputa fundamental ante los tribunales estadounidenses sobre el reconocimiento solicitado por el *BG Group* en EE.UU. y la declaración de nulidad solicitada por Argentina por falta de sometimiento efectivo. En opinión de la Corte Suprema estadounidense, las partes del acuerdo de protección de inversiones, al igual que en el caso del acuerdo de arbitraje privado, querían dejar la aplicación de las condiciones procesales contractuales principalmente en manos del tribunal de arbitraje (y no de los tribunales estatales):

"La interpretación y aplicación de la disposición sobre litigios locales corresponde principalmente a los árbitros. Los tribunales revisores no pueden revisar su decisión *de novo*. Más bien, deben hacerlo con considerable deferencia».²⁵²

El voto discrepante consideró tal prerrogativa interpretativa del tribunal arbitral como un desconocimiento de la decisión soberana de voluntad de Argentina, que había vinculado su sumisión al tribunal arbitral a ciertas condiciones desde el principio.²⁵³ La disputa sobre el papel del

250 *Plama c. República de Bulgaria*, caso del CIADI n° ARB/03/24, ILM 44 (2005), p. 721 y ss., párr. 141 con referencia a C. Bamberger/J. Linehan/T. Wälde, *The Energy Charter Treaty in 2000*, en: M. Roggenkamp (ed.), *Energy Law in Europe*, 2000, pp. 11, 31, 32.

251 *BG Group Plc. contra la República Argentina*, Laudo final (24 de diciembre de 2007), párrs. 140 y ss.

252 Tribunal Supremo de EE.UU., *BG Group PLC c. República Argentina*, 572 U. S. 25 (2014) = 134 S. Ct. 1198, 1210 (2014).

253 Voto disidente del presidente del Tribunal Supremo Roberts y del juez Kennedy, 572 U. S. 25 (2014) = 134 S. Ct. 1198, 1215 y ss. (2014).

tribunal arbitral se centra en última instancia en la naturaleza híbrida del arbitraje de inversiones como forma de resolución de disputas entre una parte privada y un Estado soberano. Una opinión basada en la autonomía de las partes tenderá a conceder al tribunal arbitral la decisión -en el mejor de los casos, revisable de forma limitada- sobre los requisitos procesales. Por el contrario, un punto de vista que preserve la soberanía favorecerá una revisión completa de las condiciones a las que el Estado parte contratante ha obligado a someterse al tribunal arbitral.

A diferencia de la Corte Suprema de EE.UU., el Tribunal Federal de Justicia lleva a cabo una revisión completa, que preserva la soberanía, de la aplicabilidad de un tratado de protección de inversiones o de cláusulas contractuales individuales en lo que respecta a la sumisión del Estado anfitrión al arbitraje y al reconocimiento o ejecutabilidad del laudo arbitral en virtud de la legislación nacional.²⁵⁴

- 92** En ocasiones, los tratados de protección de las inversiones establecen que si el inversor tiene derecho a elegir, la decisión a favor del arbitraje internacional o de la protección jurídica de un tribunal nacional es definitiva y excluye el otro foro (*cláusula de "bifurcación de caminos"*).
- 93** Las normas de resolución de litigios de los tratados de protección de inversiones compiten a veces con los acuerdos de jurisdicción entre el inversor y el Estado anfitrión, que prevén la jurisdicción exclusiva de los tribunales nacionales. La práctica moderna de los tribunales internacionales de arbitraje restringe severamente el ámbito de aplicación de dichas cláusulas de sumisión. En el caso *Lanco contra la República Argentina*, por ejemplo, un tribunal arbitral del CIADI rechazó el recurso de Argentina contra la sumisión contractual de un inversor estadounidense a la jurisdicción argentina. El tribunal arbitral razonó que el tratado de protección de inversiones entre Argentina y EE.UU. contiene la oferta unilateral (posteriormente aceptada por el inversor estadounidense) de someterse a la jurisdicción del CIADI sin presuponer el agotamiento de los recursos legales internos; esta oferta, basada en un tratado internacional, no puede acortarse mediante un acuerdo entre el inversor y el Estado anfitrión²⁵⁵.

Del mismo modo, en el caso *Compañía de Aguas del Aconquija S. A. c. República Argentina*, un tribunal de arbitraje del CIADI amplió la jurisdicción exclusiva de los tribunales administrativos acordada entre una filial argentina de una empresa francesa y la República Argentina en un contrato de concesión únicamente a las disputas derivadas del contrato de concesión, pero no a las reclamaciones en virtud del tratado de protección de inversiones entre Argentina y Francia²⁵⁶. Esta opinión jurídica ha sido confirmada en un procedimiento de anulación ante la comisión competente.²⁵⁷

254 BGH, WM 2013, p. 1903 párr. 15 y BGH, WM 2016, p. 2373 párr. 15 y ss.

255 ILM 40 (2001), p. 457, párrs. 31 y ss.

256 ILM 40 (2001), P. 426.

257 Revista del CIADI 19 (2004), p. 89, párrs. 51 y ss.

La apertura de una protección jurídica directa por parte de un tribunal de arbitraje internacional sin el agotamiento previo de los recursos jurídicos internos es de suma importancia para un inversor en litigios con un Estado anfitrión extranjero. No sólo evita a menudo al inversor largos procedimientos judiciales internos, que pueden implicar varias instancias. La protección jurídica de un tribunal de arbitraje internacional también protege contra los déficits de la jurisdicción nacional, que pueden llegar a la parcialidad a favor del Estado anfitrión y su gobierno. Por otro lado, la resolución de disputas por parte de un tribunal de arbitraje internacional una vez agotados los recursos legales nacionales puede llevar a que las disputas legales sobre decisiones fundamentales de política económica o medidas clave de protección medioambiental eludan por completo los tribunales nacionales y se conviertan directamente en objeto de arbitraje.

Por ejemplo, la "transición energética" contra la energía nuclear en la República Federal de Alemania ha llevado a una empresa energética sueca a demandar una indemnización ante un tribunal internacional de arbitraje.²⁵⁸

- 94** La renuncia al agotamiento de los recursos jurídicos internos ha provocado ahora escepticismo y resistencia no sólo en los países en desarrollo y emergentes, sino también en las naciones industrializadas. Por ejemplo, el Parlamento Europeo reclama el requisito del agotamiento de los recursos internos para los futuros acuerdos de la UE sobre protección de las inversiones. En consecuencia, el Parlamento Europeo

"31 [...] considera que es necesario modificar el actual régimen de resolución de litigios para hacerlo más transparente, permitir a las partes apelar, exigir que se agoten los recursos locales cuando garanticen el debido proceso, prever la posibilidad de presentar escritos ‚amicus curiae‘ y establecer una sede única para el arbitraje entre los inversores y el Estado."²⁵⁹

Según el tratado de libre comercio entre EE.UU., México y Canadá (USMCA), el arbitraje de inversiones sólo se aplica si previamente se han emprendido acciones legales internas.²⁶⁰

- 95** En 2013, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) adoptó las "*Reglas sobre transparencia en el arbitraje entre inversores y Estados basado en tratados*"²⁶¹. En ellas se prevé la publicación de documentos (artículo 3) y se permite que terceros (por ejemplo, ONG) presenten escritos (los denominados *escritos amicus curiae*) (artículo 4). El tribunal arbitral debe poder invitar a los Estados parte del tratado en litigio que no estén implicados en el procedimiento a que presenten su interpretación del tratado (Artículo 5). Según el Artículo 7 de las reglas de la CNUDMI, se aplican excepciones a la información confidencial. La Convención de la ONU sobre la Transparencia en el Arbitraje entre Inversores y Estados basado en Tratados, de 2015, prescribe la aplicación de las normas de la CNUDMI en los litigios de inversión con la posibilidad de ciertas reservas.²⁶²

258 *Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG c. República Federal de Alemania*, Caso del CIADI n° ARB/09/6.

259 Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de abril de 2011, sobre la futura política europea en materia de inversiones extranjeras (2010/2203[INI]).

260 Artículo 14.D.5.1 (a) y (b).

261 Véase en: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/uncitral-arbitration-rules-2013-e.pdf> (consultado el 03 de enero de 2022).

262 Véase el artículo 2 de la Convención de la ONU (ILM 54 (2015), p. 747 y ss.).

- 96 La categorización jurídica de los laudos arbitrales basados en un tratado de protección de inversiones y la aceptación (implícita) por parte del Estado anfitrión de la oferta de un acuerdo de arbitraje contenida en dicho tratado no es del todo sencilla. A diferencia de los litigios entre particulares, estos laudos arbitrales tienen una base en los tratados internacionales. Según la jurisprudencia del Tribunal de Apelación inglés en el caso *Occidental Exploration & Production Company v. Republic of Ecuador*, el trasfondo de tratado internacional de los procedimientos de arbitraje llevados a cabo en el Reino Unido no impide que los tribunales británicos revisen el laudo arbitral de acuerdo con la legislación británica²⁶³.

b) El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI

- 97 El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)²⁶⁴ encuentra su base en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de 1965.²⁶⁵ El Centro proporciona el marco para la realización de procedimientos de arbitraje entre Estados e inversores cuando ambas partes se someten a la jurisdicción del Centro. El Convenio del CIADI rige el procedimiento y el efecto vinculante de los laudos arbitrales dictados por el Centro. Este régimen de derecho internacional libera al inversor privado del riesgo que supondría someterse al derecho procesal de su Estado parte contratante. Se trata de un arbitraje "mixto" en el sentido de que, por una parte, implica a partes privadas en la controversia y, por otra, el procedimiento está garantizado por el derecho internacional. El Convenio del CIADI ha sido ratificado por una gran parte de la comunidad internacional. Más recientemente, algunos Estados han denunciado el Convenio del CIADI disgustados por ciertos avances en el arbitraje de inversiones. En algunos casos, la mera posibilidad de un procedimiento ante el CIADI contribuye a fomentar el comportamiento contractual de las partes o, en su defecto, la resolución amistosa de las relaciones contractuales. El Estado de origen del inversor privado sólo podrá ejercer la protección diplomática una vez que haya concluido el procedimiento acordado ante el CIADI y el Estado anfitrión desestime el laudo arbitral (artículo 27 del Convenio).
- 98 La jurisdicción del CIADI requiere que tanto el Estado parte (el Estado anfitrión) como el Estado de origen del inversor hayan ratificado el Convenio del CIADI (artículo 1 párr. 2 y artículo 25 párr. 1 frase 1 del Convenio). Además, las partes en la controversia, es decir, el Estado anfitrión y el inversor, deben someterse por escrito a la solución de controversias por el Centro (artículo 25 párr. 1 del Convenio).

En las controversias en las que el Estado de origen del inversor o el Estado receptor no sean partes contratantes del CIADI, existe la posibilidad de resolverlas a través del "*Mecanismo Complementario*"²⁶⁶ en el marco del CIADI.

263 Tribunal de Apelación, *Occidental Exploration & Production Company v. Republic of Ecuador*, ILM 45 (2006), p. 246.

264 A. Broches, Observations on the Finality of ICSID Awards, ICSID Review 6 (1991), p. 321 y ss.; G. R. Delaume, ICSID Arbitration and the Courts, AJIL 77 (1983), p. 784 y ss.; A. E. Escher, World Bank Arbitration Centre: Jurisdiction for the Settlement of Investment Disputes, RIW 2001, p. 20 y ss.; J. Fouret/R. Gerbay/G. Alvarez (eds.), The ICSID Convention, Regulation and Rules, 2019; M. Hirsch, The Arbitration Mechanism of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes, 1993; J. Pirrung, Die Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Weltbankübereinkommen für Investitionsstreitigkeiten, 1972; L. Reed/J. Paulsson/N. Blackaby, Guide to ICSID Arbitration, 2004; C. Schreuer/L. Malintoppi/A. Reinisch/A. Sinclair, The ICSID Convention: A Commentary, 2ª ed. 2009.

265 BGBl. 1969 II, p. 369; ILM 4 (1965), p. 532.

266 El Mecanismo Complementario fue creado por el Consejo de Administración del CIADI el 27 de septiembre de

- 99 El término "inversión" en el sentido del artículo 25 párr. 1 frase 1 del Convenio del CIADI debe interpretarse de forma independiente, pero está estrechamente relacionado con los acuerdos contractuales sobre protección de inversiones entre el Estado de origen del inversor y el Estado receptor. Una inversión en el sentido de esta disposición existe en el caso de una inversión de capital que estas disposiciones contractuales califican de inversión protegida.

Este enfoque también fue seguido por el tribunal de arbitraje en el caso *Abaclat contra la República Argentina*:

"349 Si resulta obvio que la definición del artículo 1(1) del TBI y los criterios desarrollados por una serie de tribunales arbitrales con respecto al Artículo 25 del Convenio del CIADI no coinciden, ello es así porque puede decirse que cada uno de ellos se centra en un aspecto diferente de la inversión, es decir, que cada uno de ellos contempla la inversión desde una perspectiva distinta. Se puede considerar que las dos perspectivas son complementarias, y que no hacen sino reflejar un doble enfoque del TBI y del Convenio del CIADI con respecto a la inversión: En un primer momento, se trata de fomentar las inversiones, es decir, de crear las condiciones marco para animar a los inversores extranjeros a realizar determinadas aportaciones, y una vez realizadas dichas aportaciones, se trata de proteger los frutos y el valor generados por estas aportaciones [...] se considera que queda ilustrado en el Preámbulo del Convenio del CIADI, así como en el TBI: [...]".²⁶⁷

Para el tribunal de arbitraje, el factor decisivo es si los Estados implicados consideran que la contribución financiera es una inversión digna de protección:

"365. El enfoque [...] consiste en verificar que las Demandantes realizaron contribuciones, que condujeron a la creación del valor que Argentina e Italia pretendían proteger en virtud del TBI. Así, el único requisito relativo a la contribución es que sea apta para crear el valor que se protege en virtud del TBI".²⁶⁸

- 100 El Convenio del CIADI deja abierto qué derecho debe aplicar el tribunal arbitral más allá del acuerdo entre las partes. El Convenio sólo hace una referencia general al derecho del Estado anfitrión y a las normas de derecho internacional que puedan ser aplicables en el caso concreto (Artículo 42 párrafo 1 del Convenio: "las normas de derecho internacional que puedan ser aplicables"). Así pues, el Convenio no deja claro si las partes pueden someter efectivamente su relación contractual al derecho internacional (por ejemplo, mediante "cláusulas de estabilización" en los tratados de inversión).²⁶⁹ Sin embargo, a pesar de toda la incertidumbre, no debe subestimarse el valor de que un órgano independiente aplique la ley del Estado anfitrión. En el contexto de los procedimientos del CIADI, por ejemplo, las medidas adoptadas por el Estado anfitrión se han medido en función de principios jurídicos no escritos cuya validez interna el propio Estado anfitrión ha reivindicado para su sistema jurídico.²⁷⁰

1978, véase Doc. CIADI/11, Mecanismo Complementario para la Administración de la Conciliación, el Arbitraje y la Comprobación de Hechos (1979).

267 *Abaclat y otros c. la República Argentina*, caso del CIADI núm. ARB/07/5 (2011), párrs. 347--349.

268 *Abaclat y otros c. la República Argentina*, caso del CIADI núm. ARB/07/5 (2011), párr. 365.

269 Véase más arriba, § 22.

270 Véase, por ejemplo, la decisión del *Comité ad hoc* (autoridad de anulación) en el caso *Amco Asia Corporation*

- 101** Una especialidad del procedimiento del CIADI es la posibilidad de anular un laudo arbitral basándose en un defecto grave. Los motivos de anulación incluyen la composición incorrecta del tribunal arbitral, la extralimitación manifiesta de sus facultades, la corrupción de un miembro del tribunal arbitral, la desviación significativa de una norma procesal fundamental y la falta de motivación del laudo (artículo 52 párr. 1). La solicitud de anulación debe presentarse dentro de los 120 días siguientes a la emisión del laudo arbitral (artículo 52 párr. 2). La decisión en el procedimiento de anulación corresponde a un comité *ad hoc de* tres miembros (artículo 52 párr. 3). La generosa interpretación de los motivos individuales de anulación en algunos de los procedimientos de anulación anteriores ha suscitado la preocupación de que este recurso legal extraordinario pudiera convertirse en una especie de apelación, alimentando así serias dudas sobre la eficacia del arbitraje del CIADI, que podrían remitir con la creciente consolidación de la práctica del arbitraje.²⁷¹ Sin embargo, algunas de las prácticas más recientes del Comité muestran una clara moderación en el ejercicio de su competencia de revisión.²⁷²
- 102** Un Estado parte en un procedimiento de arbitraje del CIADI está obligado, en virtud del derecho internacional, a cumplir el laudo (artículo 53). Cada Estado parte del Convenio debe reconocer un laudo del CIADI como vinculante y ejecutarlo internamente (de acuerdo con los principios aplicables a sus propias sentencias judiciales) en lo que respecta a las obligaciones de cumplimiento financiero (artículo 54 párrafo 1). Sin embargo, un Estado condenado puede invocar la inmunidad de ejecución contra el acceso a sus bienes para ejecutar un laudo arbitral (véase el Artículo 55 del Convenio). Sin embargo, esto no impide el reconocimiento y la declaración de ejecutoriedad en virtud de la legislación nacional.²⁷³ Esto se debe a que el mero reconocimiento de un laudo arbitral y su declaración de ejecutoriedad no constituyen una medida de ejecución que afecte a la inmunidad. En comparación con otros mecanismos, el procedimiento del CIADI ofrece al inversor privado un grado bastante elevado de protección jurídica en lo que respecta a la ejecución de las obligaciones de arbitraje.

c) Nuevas formas de jurisdicción interestatal

- 103** Especialmente en el seno de la Unión Europea, un malestar generalizado, a menudo asociado a una crítica difusa de la globalización, sobre el modelo actual de resolución de litigios en materia de inversión a través de tribunales internacionales de arbitraje ha ganado un terreno considerable en los últimos años. En relación con las negociaciones sobre la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión, el Parlamento Europeo pidió una reorientación fundamental de la resolución de litigios en una resolución de 8 de julio de 2015. Además de la reducción de los derechos especiales de los inversores, esto incluye una jurisdicción institucionalizada e intergubernamental con un procedimiento transparente y controlado democráticamente y un órgano de apelación. El Parlamento Europeo recomienda en detalle lo siguiente:

contra la República de Indonesia, ILM 25 (1986), p. 1441 (1456 s.).

271 Véase, por ejemplo, *A. Broches*, Observations on the Finality of ICSID Awards, ICSID Review 6 (1991), p. 321 y ss.; *M. B. Feldman*, The Annulment Proceedings and the Finality of ICSID Arbitral Awards, ICSID Review 2 (1987), p. 85 y ss.

272 Decisión del Comité ad hoc en *CMS Gas Transmission Co. c. República Argentina*, caso del CIADI n° ARB/01/8 (procedimiento de anulación), ILM 46 (2007) p. 1136, párrs. 136, 158.

273 Véase, por ejemplo, Tribunal de Casación francés, *SOABI v. Senegal*, ILM 30 (1991), p. 1167; Cour d'appel de Paris, *S. A. R. L. Benvenuti et Bonfant v. Gouvernement de la République du Congo*, JDI 108 (1981), p. 843 w. annot. Nota *B. Oppetit*.

"garantizar que los inversores extranjeros no reciban un trato discriminatorio, sin concederles mayores derechos que a los inversores nacionales, y sustituir el procedimiento ISDS por un nuevo procedimiento de solución de diferencias inversor-Estado que se ajuste a los principios democráticos y esté sujeto a un control democrático, en el que todas las disputas sean vistas de forma transparente en procedimientos públicos por jueces profesionales independientes designados públicamente, se prevea un órgano de apelación, se garantice la coherencia de las sentencias judiciales, se respete la jurisprudencia de los tribunales nacionales y de la UE y los objetivos del bien común no puedan verse socavados por intereses privados."²⁷⁴

- 104** Las críticas al arbitraje internacional tradicional han encontrado su expresión en el nuevo mecanismo de resolución de litigios negociado entre la Unión Europea y Canadá como parte del CETA. El CETA prevé ahora un tribunal permanente para los litigios en materia de inversión, cuyos miembros son designados por las partes contratantes. Al mismo tiempo, el CETA introduce un órgano de apelación.²⁷⁵ Dado que las normas del CIADI sólo se aplican a los procedimientos de arbitraje entre un inversor y un Estado, los procedimientos de arbitraje iniciados contra la UE sólo pueden someterse a las normas de arbitraje de la CNUDMI o a otras normas de procedimiento acordadas por las partes en litigio.²⁷⁶ El acuerdo de protección de las inversiones entre la Unión Europea y Vietnam sigue un modelo muy similar.²⁷⁷ Ambos acuerdos abren la posibilidad de convertir la función de los miembros del respectivo tribunal para disputas sobre inversiones en una actividad a tiempo completo. Existen aquí claros paralelismos con la protección de las personas en virtud de los tratados internacionales por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y otros tribunales regionales de derechos humanos.

7. Acuerdos de inversión de la Unión Europea

a) Responsabilidad de la protección contractual de las inversiones

- 105** Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009, los acuerdos sobre inversión extranjera directa entran dentro de las competencias (exclusivas) de política comercial de la Unión Europea.

"(1) La política comercial común se llevará a cabo de acuerdo con principios uniformes; esto se aplicará en particular a [...] las inversiones extranjeras directas [...]. La política comercial común se llevará a cabo en el marco de los principios y objetivos de la acción exterior de la Unión" (Artículo 207 (1) frase 1 TFUE).

- 106** Las competencias de la Unión Europea se limitan a las "inversiones directas" extranjeras. Por lo tanto, los acuerdos que también regulan las inversiones indirectas requieren la aprobación de los Estados miembros de la UE como acuerdos mixtos.

274 Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de julio de 2015, con las recomendaciones del Parlamento Europeo a la Comisión sobre las negociaciones de la Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión (ATCI) (2014/2228[INI]).

275 Véase el art. 8 párr. 18 y ss. del CETA. (http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/february/tradoc_154329.pdf, consultado el 03 de enero de 2022).

276 Sobre esta cuestión, véase *A. Reinisch*, *The Future Shape of EU Investment Agreements*, *ICSID Review* 28 (2013), p. 193 y ss.

277 Véase el Capítulo 3, Sección B, Subsección 1 Art. 3.27 y ss. del Acuerdo de Protección de las Inversiones UE-Vietnam (<https://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1437>, consultado el 03 de enero de 2022).

Según el Reglamento (UE) n° 1219/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un régimen transitorio para los acuerdos bilaterales de protección de las inversiones entre Estados miembros y terceros países²⁷⁸, los acuerdos con terceros países notificados a la Comisión Europea siguen en vigor hasta que la Unión Europea celebre un nuevo acuerdo (artículo 3). La celebración de nuevos acuerdos de inversión entre Estados miembros de la UE y terceros países requiere la autorización de la Unión (artículo 7 y siguientes del Reglamento (UE) n° 1219/2012).

La compatibilidad de los acuerdos de protección de las inversiones entre los Estados miembros de la UE es controvertida, sobre todo en lo que respecta a la posible discriminación entre los inversores de un Estado contratante y los de otro Estado miembro de la UE (artículo 18 del TFUE). Algunos Estados miembros ya han anulado sus tratados intracomunitarios. Además, existen problemas con los procedimientos de arbitraje entre Estados miembros de la UE a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.²⁷⁹

b) Resolución de controversias en los contratos de los Estados miembros de la UE

107 En el asunto *República Eslovaca contra Achmea*, el TJCE dictaminó que la resolución de litigios por parte de un tribunal de arbitraje en virtud de un acuerdo de inversión entre dos Estados miembros de la UE es incompatible con el derecho de la UE en la medida en que este tribunal de arbitraje también decide sobre la aplicación e interpretación del derecho de la UE²⁸⁰. Según el TJUE, una disposición de resolución de litigios en acuerdos de inversión con respecto al Derecho de la UE de conformidad con el Artículo 344 del TFUE no puede afectar a la autonomía del Derecho de la UE ni a la jurisdicción del TJUE. Un tribunal de arbitraje de inversiones no es un "tribunal de un Estado miembro" en el sentido del artículo 267 TFUE y, por lo tanto, no puede remitir la interpretación del derecho de la UE al TJUE. Por lo tanto, un mecanismo de resolución de litigios de este tipo pondría en peligro la "plena eficacia" del derecho de la UE y menoscabaría su autonomía.

En el caso *Achmea*, el Tribunal Federal de Justicia dictaminó que la cláusula de arbitraje de un tratado de protección de inversiones entre Estados miembros de la UE era inválida debido a la infracción de la legislación de la UE criticada por el TJUE, con el resultado de que el laudo arbitral es nulo de pleno derecho (Sección 1059 ZPO).²⁸¹

A principios de 2019, los Estados miembros de la UE emitieron una declaración conjunta sobre los efectos jurídicos de la sentencia *Achmea*. Según ésta, no tendrán lugar más procedimientos de arbitraje sobre la base de acuerdos de inversión intracomunitarios. Al mismo tiempo, los Estados miembros querían rescindir los acuerdos de inversión existentes con otros Estados miembros de la UE. Entretanto, los Estados miembros de la UE han concluido un tratado con el que se cancelarán los tratados de protección intra-UE. El Convenio sobre la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea (DO 2020 L 169/1) sólo se aplica a los tratados de inversión para los que ambas partes han ratificado el Convenio.

278 DO 2012, L 351/40.

279 Véase el § 23 7. b) más abajo.

280 TJCE, asunto C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, párr. 49 y ss. - *Achmea*.

281 BGH, WM 2018, 2294.

El impacto de la sentencia del TJUE en el asunto *Achmea* sobre las cláusulas de resolución de litigios en contratos con países no pertenecientes a la Unión Europea es controvertido. En el caso *Vattenfall AB et al. v. República Federal de Alemania*, un tribunal de arbitraje del CIADI dictaminó que la resolución de disputas en virtud del artículo 26 del Tratado sobre la Carta de la Energía no es comparable a un procedimiento de arbitraje en el sentido de la sentencia *Achmea*. Ello se debe a que se trata de un acuerdo entre la Unión Europea, sus Estados miembros y terceros países y a que la cláusula de resolución de litigios no prevé la aplicación de la legislación de la UE por parte del tribunal de arbitraje²⁸². En cambio, el TJUE rechazó la aplicabilidad del mecanismo de resolución de litigios del Tratado sobre la Carta de la Energía dentro de la Unión Europea en referencia a la sentencia *Achmea*²⁸³. El TJUE no se opuso a la jurisdicción en materia de inversiones en el marco del CETA²⁸⁴. Sin embargo, el TJUE subraya que el nivel de protección aplicable en la UE no puede ser cuestionado por los tribunales del CETA a la hora de justificar intervenciones en interés público (incluidos el orden público, la seguridad pública y la protección de la salud). Al hacerlo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea hace referencia a la amplia discrecionalidad de las partes contratantes en la protección de los intereses públicos legítimos (artículo 8.9 párr. 1, nº 3 del anexo 8-A del CETA).²⁸⁵

8. Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI)

Literatura:

C. T. Ebenroth/J. Karl, Die Multilaterale Investitions-Garantie-Agentur, 1989; *G. Ossman*, Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones, JIBL 11 (1996), p. 359 y ss.; *H. G. Petersmann*, Die Multilaterale Investitions-Garantie-Agentur (MIGA), ZaöRV 46 (1986), pp. 758 y ss.; *P. Schaufelberger*, La Protection juridique des investissements internationaux dans les pays en développement, 1993; *J. F. I. Shihata*, The Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA) and the Legal Treatment of Foreign Investment, RdC 203 (1978 III), p. 97 y ss.; El OMGI y la inversión extranjera, 1988.

- 108** El Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (*OMGI, Multilateral Investment Guarantee Agency, MIGA*) fue creada para asegurar los riesgos "no comerciales" de las inversiones y promover la transferencia de capitales a los países en desarrollo sobre la base de un tratado fundacional presentado por la Junta de Gobernadores del Banco Mundial.²⁸⁶ Los principales riesgos asegurables son el riesgo de transferencia (con respecto a las restricciones sobre el cambio de divisas y las transferencias de divisas por parte del Estado receptor), el riesgo de expropiación, el riesgo de incumplimiento de contrato por parte del Estado receptor sin la protección jurídica adecuada y, por último, el riesgo de conflicto armado o disturbios civiles (Artículo 11 [a] del Acuerdo OMGI). Fuera del riesgo asegurable de expropiación se encuentran las restricciones no discriminatorias a la propiedad, como son habituales en la práctica estatal para regular el orden económico (Artículo 11 [a] ii del Convenio). Esto se refiere, por ejemplo, a las regulaciones del derecho fiscal, la prevención de riesgos o la protección del medio ambiente. En vista de la tendencia cada vez menor a expropiar totalmente la propiedad de los inversores

282 *Vattenfall AB et al. v. República Federal de Alemania*, Caso del CIADI nº ARB/12/12, Decisión sobre la cuestión de *Achmea* (2018), párrafos 162 y 167. 162 y 167, a diferencia del tribunal arbitral en *Green Power Partners K/S, SCE Solar Don Benito APS c. Reino de España*, Arbitraje SCC V(2016/135), Laudo, 16 de junio de 2022, párr. 477.

283 TJCE, asunto C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655, párrafos 54-66 - *Komstroy*.

284 Dictamen del TJUE 1/2017, EU:C:2019 : 341 - *CETA*.

285 Dictamen del TJUE 1/2017, EU:C:2019 : 341 - *CETA*, párr. 148 y ss.

286 Acuerdo MIGA, BGBl. 1987 II, p. 454; ILM 24 (1985), p. 1598.

extranjeros en los países en desarrollo, es probable que la importancia del seguro del OMGI radique principalmente en el ámbito de las expropiaciones "sigilosas"²⁸⁷ y las restricciones cambiarias.

- 109** El acceso al sistema de seguros del OMGI está abierto a los nacionales de los Estados contratantes, así como a las empresas que hayan sido fundadas con arreglo a la legislación de un Estado contratante y tengan allí su sede principal de administración o cuya mayoría de capital esté en manos de nacionales de los Estados contratantes (artículo 13 del Convenio).

9. Regímenes nacionales de seguros

Literatura:

R. Dolzer, Nationale Investitionsversicherung und völkerrechtliches Enteignungsrecht, Bemerkungen zum Revere Copper-Fall, ZaöRV 42 (1982), p. 480 y ss.; *W. Kolvenbach*, Protection of Foreign Investments: A Private Law Study of Safeguarding Devices in International Crisis Situations, 1989; *G. Loibl*, Foreign Investment Insurance Systems, en: D. Ch. Dicke (ed.), Foreign Investment in the Present and a New International Economic Order, 1987, p. 102 y ss.; *I. Seidl-Hohenveldern*, Versicherung nicht-kommerzieller Risiken und die Europäische Gemeinschaft, 1977; *J. Siebelt*, Garantien für Kapitalanlagen im Ausland, NJW 1994, p. 2860 y ss.; *J.-D. Wurmstich*, Coverage of Political Risk by National Insurance Agencies: The German Investment Guarantee Scheme, Außenwirtschaft 41 (1986), p. 123 y ss.

- 110** La mayoría de los países industrializados occidentales han desarrollado programas estatales de protección de las inversiones que, además de proteger a los inversores, también sirven como ayuda al desarrollo. El objetivo de estos programas es asegurarse contra los riesgos políticos que afectan a las inversiones de capital de sus propios nacionales en países extranjeros. El pionero en la creación de garantías estatales de inversión es el programa de seguros de Estados Unidos, cuya aplicación es responsabilidad desde hace tiempo de la *Overseas Private Investment Corporation*. Las garantías de inversión del gobierno japonés son las más amplias, ya que cubren más de la mitad de las inversiones japonesas en el extranjero.
- 111** El sistema alemán de seguro de inversiones se basa en las respectivas leyes presupuestarias federales. Un consorcio dirigido por PricewaterhouseCoopers Wirtschaftsprüfungsgesellschaft AG (PwC AG) recibe el mandato del gobierno federal para aplicar el programa de seguros. En virtud del acuerdo de garantía con el gobierno federal, el inversor tiene derecho a una indemnización si se materializa el riesgo de inversión asegurado. El gobierno federal adquiere las reclamaciones del inversor contra el Estado anfitrión tras la liquidación de la pérdida.
- 112** Además de las garantías estatales de inversión, existe un mercado privado para el seguro de los riesgos de inversión. A diferencia de las garantías de seguro estatales, en general es posible asegurar las inversiones existentes y adquirir una cobertura de seguro que no se limite a determinados países. Algunas empresas, como *Lloyds* (Londres), ofrecen coberturas de seguro especialmente a largo plazo o para riesgos excepcionales.

287 Véase más arriba, § 20, 1.

Sexta parte:

Sistemas monetarios y servicios financieros internacionales

§ 24 Derecho monetario internacional

1. Generalidades

Literatura:

T. Cottier/J. H. Jackson/R. Lasta (eds.), *International Law in Financial Regulation and Monetary Affairs*, 2012; *M.S. Copelovitch*, *The International Monetary Fund in the Global Economy: Banks, Bonds, and Bailouts*, 2010; *H. Genberg*, *The International Monetary System. Its Institutions and its Future*, 1995; *M. Giovanoli* (ed.), *International Monetary Law*, 2000; *el autor*, *The Reform of the International Financial Architecture after the Global Crisis*, en *International Law and Politics*, 42 (2009), p. 81 y ss.; *el autor*, *International Monetary Law and Financial Law. La crisis mundial*, 2010; *H. J. Hahn/U. Häde*, *Währungsrecht*, 2ª ed. 2010; *R. Lastra*, *International Financial and Monetary Law*, 2ª ed. 2015; *dies.*, *Legal Foundations of International Monetary Stability*, 2006; *C. Proctor*, *Mann on the Legal Aspect of Money*, 7ª ed. 2012; *P. Savona* (ed.), *The New Architecture of the International Monetary System*, 2000; *C. D. Zimmermann*, *Exchange Rate Misalignment and International Law*, *AJIL* 105 (2011), p. 423 ss; *dies.*, *A Contemporary Concept of Monetary Sovereignty*, 2013.

- 1 El derecho monetario internacional es un elemento central del orden económico internacional. La circulación transfronteriza de bienes y servicios requiere transacciones internacionales de pagos y capitales. Para las empresas con sucursales o filiales en países extranjeros, el derecho monetario internacional determina la posibilidad de transferir beneficios. La regulación de las paridades monetarias tiene una influencia decisiva en las condiciones competitivas del comercio internacional. La manipulación del tipo de cambio ha demostrado repetidamente ser un instrumento importante para situar la economía de un país en una posición ventajosa con respecto a otras zonas monetarias. Devaluando su moneda o manteniéndola artificialmente baja (por ejemplo, mediante compras masivas de divisas), un país puede crear ventajas competitivas considerables para su industria nacional de exportación.

Las fuerzas económicas privadas también pueden cambiar la valoración de las divisas a gran escala utilizando la libre circulación de capitales para transacciones especulativas. Los cambios en los flujos de capital a través de las llamadas *carry trades* desempeñan un papel importante. Aquí, el inversor pide un préstamo en una divisa con un tipo de interés bajo e invierte el capital en otra divisa con un rendimiento más alto.

- 2 Existen dos modelos básicos para regular las relaciones monetarias intergubernamentales: la libre convertibilidad de las monedas, por un lado, y la gestión de divisas, por otro. En un sistema de libre convertibilidad de divisas, la moneda nacional o cualquier otra moneda puede cambiarse por otras sin restricciones. Además, existen gradaciones de convertibilidad que van desde las restricciones a determinadas transacciones, determinados países o determinadas personas hasta la convertibilidad completamente libre en favor de nacionales y extranjeros. En el contexto de

la libre convertibilidad de las monedas, hay que distinguir entre los sistemas monetarios con tipos de cambio estrictamente fijos (como el patrón oro), los sistemas monetarios con tipos de cambio básicamente fijos pero que pueden modificarse en cada caso (*flotación dirigida*), los tipos de cambio flexibles con posible intervención de los bancos centrales ("*flotación dirigida*") y, por último, los tipos de cambio libremente flexibles. Con los tipos de cambio flexibles, los movimientos especulativos de capital pueden producirse a gran escala si una divisa sufre presiones devaluatorias. En este caso, el riesgo especulativo se limita a los costes de transacción. Además, las devaluaciones suelen ser sustanciales para evitar que se repita en un futuro previsible. Por el contrario, los tipos de cambio libremente flexibles reaccionan inmediatamente a la evolución del mercado; los especuladores no pueden predecir con certeza cuándo tocará fondo el mercado.

- 3 En un sistema de control de divisas (como el característico de los Estados comunistas del antiguo "bloque del Este" y como el que aún prevalece hoy en día en los países que comercian con el Estado), el cambio de divisas y la propiedad de divisas están muy regulados. Aquí, las tenencias nacionales de divisas se regulan mediante obligaciones de asignación y entrega. El control de divisas es un enorme obstáculo para el comercio internacional.
- 4 El Convenio Monetario de Bretton Woods representa un intento global de crear un orden monetario internacional basado en la libre convertibilidad de las monedas y de garantizar pagos y movimientos de capital adaptados a las exigencias del comercio internacional.
- 5 En las transacciones internacionales de derecho privado, el derecho monetario internacional regula el sistema jurídico según el cual se rigen los elementos de derecho monetario de una obligación contractual. Esto también plantea la cuestión de hasta qué punto se tiene en cuenta el derecho de divisas. Además de la devaluación de una moneda, la prohibición de ciertas cláusulas de protección del valor desempeña aquí un papel. El Acuerdo de Bretton Woods contiene una disposición prácticamente importante y controvertida sobre el reconocimiento de las restricciones de divisas.

2. El desarrollo del sistema de Bretton Woods

Literatura:

R. Caspers, Balance of Payments and Exchange Rates, 2002; *K. W. Dam*, The Rules of the Game: Reform and Evolution in the International Monetary System, 1982; *R. W. Edwards*, International Monetary Collaboration, 1985; *H. Genberg*, The International Monetary System. Its Institutions and its Future, 1995; *J. Gold*, Developments in the International Monetary System, the International Monetary Fund, and International Monetary Law Since 1971, RdC 174 (1982 I), p. 101 y ss.; *A. F. Lowenfeld*, Conferencia de Bretton Woods (1944), en: R. Wolfrum (ed.), MPEPIL, vol. I, 2012, p. 1054 y §; *C. Proctor*, Mann on the Legal Aspect of Money, 7ª ed. 2012.

- 6 El acuerdo sobre el Fondo Monetario Internacional (FMI)¹ concluido en Bretton Woods en 1944 tiene una importancia fundamental para el actual orden monetario mundial. El acuerdo se basa en la constatación de que un sistema comercial mundial que funcione requiere un sistema monetario mundial estable.

1 UNTS 726, p. 266; BGBl. 1952 II, p. 637.

- 7 Un elemento clave del sistema recién creado era la libre convertibilidad de las monedas combinada con tipos de cambio fijos. Se estableció una paridad fija en oro para el dólar. Había una garantía de reembolso en oro en cualquier momento (0,88671g de oro por un dólar). Para las demás monedas, existía una paridad fija frente al dólar como moneda de reserva y, por tanto, frente al oro.
- 8 Los tipos de cambio fijos pueden mantenerse mientras la oferta y la demanda de las divisas respectivas estén aproximadamente equilibradas. Un exceso en la demanda de ciertas divisas o en su oferta conduce a balanzas de pagos desequilibradas y somete a las paridades monetarias existentes a presiones para que se ajusten. El acuerdo con el FMI de 1944 permitía fluctuaciones del tipo de cambio dentro de una banda del uno por ciento. Más allá de esa fluctuación del tipo de cambio, los bancos centrales de los Estados miembros afectados estaban obligados a intervenir, es decir, tenían que influir en el mercado de divisas comprando o vendiendo dólares y equilibrar el exceso de demanda o de oferta. Como titular de la moneda de reserva, Estados Unidos no tenía ninguna obligación de intervenir debido a la convertibilidad garantizada en oro del dólar.
- 9 En caso de graves perturbaciones en los mercados de divisas, se preveía una modificación de los valores de paridad. Esto dio lugar a un sistema de tipos de cambio fijos con una flexibilidad gradual.
- 10 El sistema de tipos de cambio flexibles de Bretton Woods garantizó la estabilidad de las relaciones monetarias entre los Estados miembros durante un largo periodo de tiempo. Debido a la creciente inflación y a un volumen de dólares que se expandía mucho más allá de las reservas de oro, el sistema flexible de tipos de cambio con la convertibilidad del dólar en oro ya no pudo mantenerse. En 1971, Estados Unidos canceló la obligación de cambiar dólares por oro sin restricciones. El "*Acuerdo Smithsonian*" de diciembre de 1971, que amplió la gama de fluctuaciones permisibles de los tipos de cambio y devaluó posteriormente el dólar, fue incapaz de frenar el declive del sistema de Bretton Woods. Las paridades fijas fueron sustituidas por tipos de cambio flexibles (al principio sólo de facto) ("*flotantes*"). En el plano jurídico, la flotación de los tipos de cambio se introdujo en 1976 mediante una enmienda al tratado del FMI.² Se concedió a cada uno de los Estados miembros un margen de maniobra considerable en la elección del sistema de tipos de cambio (artículo IV Sección 2 *lit.* b del Acuerdo del FMI). El acuerdo del FMI persigue la libre convertibilidad de las monedas (artículo VIII Sección 4 *lit.* a, artículo IV Sección 1 Sentencia 2). Para garantizar la estabilidad del orden monetario, se ha encomendado al Fondo Monetario Internacional la supervisión de la política de tipos de cambio (artículo IV Sección 3 del Convenio con el FMI). Esto implica principalmente la elaboración de principios rectores especiales para la política de tipos de cambio de los Estados miembros.
- 11 La función central del Fondo Monetario Internacional es ayudar a los Estados miembros con déficits en su balanza de pagos y asegurar así la liquidez internacional.³ Para asegurar la liquidez internacional y apoyar a los Estados miembros en caso de dificultades en la balanza de pagos, el Fondo Monetario Internacional se estableció como un "fondo común de divisas" en el que cada miembro participa según una cuota determinada.

2 Texto de la nueva versión BGBI. 1978 II, p. 13.

3 Véase más abajo § 26, 1.

- 12 Tras la enmienda de 1976, el Convenio del FMI obliga a los miembros a orientar sus políticas económicas y financieras hacia el objetivo de un crecimiento económico ordenado con una estabilidad de precios adecuada, a esforzarse por lograr la estabilidad y crear un sistema monetario sin perturbaciones drásticas y a evitar la manipulación de los tipos de cambio (artículo IV Sección 1 del Convenio del FMI).

3. Cumplimiento de la normativa sobre divisas

Literatura:

C. T. Ebenroth, Banking on the Act of State, 1985; *ders./A. Müller*, Der Einfluss ausländischer Devisenrecht auf zivilrechtliche Leistungspflichten unter besonderer Berücksichtigung des IWF-Abkommens, RIW 1994, p. 269 y ss.; *W. F. Ebke*, Internationales Devisenrecht, 1991; *U. Ehricke*, Die Funktion des Artículo VIII des IMF-Vertrages in der Internationalen Schuldenkrise, RIW 1991, p. 365 ¶§.; *J. Gold*, The Fund Agreement in the Courts, Vol. II, 1982; *B. Großfeld*, Internationales und Europäisches Unternehmensrecht, 2ª ed. 1995; *F. A. Mann*, Der Internationale Währungsfonds und das Internationale Privatrecht, JZ 1981, p. 327 y ss.

- 13 En las transacciones transfronterizas de capital y de pagos, las restricciones estatales de divisas también desempeñan un papel importante en los sistemas con libre convertibilidad de la moneda. Entre ellas se incluyen los límites cuantitativos o los requisitos de autorización para la exportación de divisas. Para las partes de una relación de endeudamiento, puede ser de gran importancia si las normativas de control de divisas de un Estado extranjero se respetan o no a nivel nacional.
- 14 En principio, los Estados son libres de negar a las restricciones de divisas el efecto sobre las transacciones transfronterizas. Las leyes de divisas de cada Estado reflejan en gran medida los intereses nacionales específicos. Por esta razón, en la jurisprudencia de los tribunales nacionales suele haber poca inclinación a reconocer la ley de control de divisas sin una obligación contractual específica. Por ejemplo, el Tribunal Federal de Justicia suele negarse a reconocer las restricciones de divisas.⁴
- 15 El Acuerdo sobre el Fondo Monetario Internacional contiene una excepción muy significativa a la discrecionalidad de los Estados a la hora de reconocer las restricciones cambiarias en el artículo VIII Sección 2 *lit. b* frase 1. La disposición estipula:
- "No se entablará acción alguna en los territorios de ningún Miembro con respecto a ningún contrato de cambio que afecte a la moneda de dicho Miembro y que contravenga las normas de control de cambios mantenidas o introducidas por dicho Miembro de conformidad con el presente Convenio."
- 16 Esta regulación se basa en la supervisión por parte del Fondo Monetario Internacional de las regulaciones nacionales de control de cambios de los Estados miembros. En el espíritu de la

4 BGHZ 31, 367; véase también BGHZ 55, 334. La jurisprudencia de otros estados también se opone fundamentalmente a la aplicación del derecho cambiario, véase por ejemplo el Tribunal de Casación francés, *Revue critique de droit international privé* 57 (1968), p. 661 con comentarios de J.-P. Eck. Nota de J.-P. Eck.

solidaridad monetaria, este mecanismo de supervisión está flanqueado por la obligación de los miembros de reconocer mutuamente las restricciones cambiarias de conformidad con el artículo VIII Sección 2 *lit. b* del Acuerdo.

- 17** La interpretación de esta disposición es extremadamente controvertida. El término "contrato de divisas" abarca las obligaciones contractuales que puedan afectar de algún modo a las tenencias de divisas de un miembro del Fondo Monetario Internacional o afectar a la balanza de pagos de un Estado miembro (es decir, a la relación entre los flujos financieros nacionales y extranjeros) y repercutir en su balanza de pagos.⁵ Sin embargo, según una reciente decisión histórica del Tribunal Federal de Justicia, la disposición del artículo VIII sección 2 *lit. b* del Acuerdo sólo se aplica a las transacciones de pagos corrientes, pero no a las transacciones de capital, como las transferencias de capital en virtud del derecho de sociedades.⁶

El caso resuelto por el Tribunal Federal de Justicia se refería a una acción contra un banco búlgaro en su calidad de socio comanditario de una sociedad alemana debido al pago pendiente de una mayor aportación del socio comanditario. El banco no podía invocar restricciones a las transacciones en divisas según la legislación búlgara. Como explicó convincentemente el Tribunal Federal de Justicia, la obligación de reconocer las regulaciones sobre divisas en virtud del Acuerdo del FMI sólo puede referirse a restricciones sobre transacciones de pagos corrientes en el sentido del artículo XXX *lit. d* del acuerdo. Esto se debe a que sólo estas restricciones (excepcionalmente permitidas) sobre las transacciones de pagos corrientes están sujetas a la supervisión del Fondo Monetario Internacional, mientras que los estados miembros son ampliamente libres en el tratamiento de las transferencias de capital. Una interpretación diferente del acuerdo con el FMI sometería a menudo los contratos sobre transferencias transfronterizas de capital a un riesgo casi incalculable. La circulación internacional de capitales se vería así sometida a una dura prueba.

Los bonos (del Estado) con vencimientos más largos no se incluyen en los contratos de divisas⁷. Esto se aplica tanto a la deuda principal como a los intereses corrientes.

La OLG de Fráncfort del Meno lo subrayó correctamente en relación con los bonos del Estado argentinos:

"que la emisión de bonos del Estado establece obligaciones crediticias a largo plazo y (para el emisor) económicamente significativas y, por lo tanto, deben considerarse transacciones de capital. Éstas no están sujetas a la mencionada disposición del Acuerdo del FMI [Artículo XXX *lit. d*] [...]. Lo mismo se aplica a los intereses prometidos en las condiciones de los bonos. El Senado sigue también a este respecto las declaraciones del Tribunal Regional de Fráncfort, según las cuales la citada disposición del Convenio sólo cubre el pago de intereses por operaciones de crédito ordinarias y a corto plazo, pero no los intereses aquí acordados [...]."⁸

5 BGHZ 116, 77 (83).

6 BGH, NJW 1994, p. 390 = RIW 1994, p. 151 (siguiendo a OLG Hamburg, IPRax 1993, p. 170; véase *C. T. Ebenroth/R. Woggon*, Contribution claims against foreign shareholders and Art. VIII Sección 2 (b) Acuerdo FMI, IPRax 1993, p. 151).

7 Véase LG Frankfurt a. M. WM 2003, p. 783 (785); OLG Frankfurt a. M., NJW 2006, p. 2931 y ss.

8 OLG Frankfurt a. M., NJW 2006, p. 2931 y ss.

- 18** Según el artículo VIII Sección 2 *lit. b* frase 1 del Acuerdo del FMI, los contratos de divisas que violen la normativa de control de cambios de un estado miembro son "*inaplicables*" (en el texto inglés del acuerdo):

En una decisión reciente, el Tribunal Federal de Justicia abordó en detalle los efectos jurídicos de la disposición⁹. En este caso, un banco había concedido un préstamo de varios cientos de miles de DM a una sociedad anónima con sede en Grecia. El director general demandado de la sociedad anónima había asumido la garantía de las obligaciones del préstamo. La autorización de divisas del Banco de Grecia necesaria para la operación de préstamo no cubría íntegramente el tipo de interés acordado. A este respecto, el director general se había comprometido personalmente a pagar la diferencia. El banco presentó una reclamación contra el director general en virtud de la garantía. El Tribunal de Apelación consideró que la totalidad de la transacción de préstamo era inaplicable debido a la infracción de la ley griega de control de cambios y, por tanto, consideró inadmisibile la acción contra el avalista. El Tribunal Federal de Justicia discrepó de esta opinión. En su opinión, la violación de la ley de control de cambios de conformidad con el artículo VIII sección 2 *lit. b* frase 1 del Acuerdo del FMI no afecta a la validez del negocio jurídico privado conforme al derecho civil y sólo impide la ejecución de las reclamaciones contractuales en la medida en que se violen los intereses cambiarios del otro Estado:

"El artículo VIII sección 2 (b) [Convenio del FMI] se limita a establecer en términos generales que no se podrá entablar acción alguna en virtud de contratos que contravengan las normas de control de cambios. Si el contrato en su conjunto viola una norma promulgada por un país participante para proteger sus tenencias de divisas, no podrá ejecutarse la totalidad de la demanda. Sin embargo, la redacción no indica si esta consecuencia jurídica también se aplica si [...] las partes contratantes han obtenido la autorización exigida por la legislación sobre divisas pero han acordado un tipo ligeramente superior al permitido en ella. Por lo tanto, esta cuestión debe responderse de acuerdo con el significado y la finalidad de la disposición según el derecho internacional. artículo VIII, párrafo 2, letra b) del Convenio del FMI tiene por objeto proteger las tenencias de divisas de un Estado miembro en la medida en que el propio Estado miembro las utilice mediante reglamentaciones de control de cambios. Para ello, no es necesario privar a la transacción de su eficacia en virtud del derecho civil. Basta con que los tribunales y las autoridades de los Estados miembros no ayuden a las partes a ejecutar una transacción que esté prohibida en virtud de la legislación sobre control de cambios [...]"¹⁰

- 19** El Tribunal Federal de Justicia deja abierta la cuestión de si la "inoponibilidad" de un crédito es una defensa que impide una acción judicial o si (de forma similar a una deuda de juego o de apuestas) el crédito representa una obligación que no puede ejecutarse ante los tribunales (obligación en especie). La redacción del artículo VIII sección 2 *lit. b* del Acuerdo del FMI se pronuncia a favor de la asunción de una obligación efectiva, no exigible judicialmente.

- 20** Según el artículo VIII del Acuerdo del FMI, la consideración requerida de la ley de control de cambios no llega hasta el punto de que las reclamaciones por daños y perjuicios u otras reclamaciones del Estado miembro afectado deban ser reconocidas sobre la base de su ley de control de cambios. Por ejemplo, los tribunales estadounidenses se han negado a hacer efectiva una reclamación por daños y perjuicios presentada por el banco estatal brasileño debido a la

9 BGHZ 116, 77.

10 BGHZ 116, 77 (84 f.).

implicación colusoria de una empresa estadounidense en la no entrega de dólares en relación con la exportación de café de Brasil a EE.UU.¹¹

4. Eurodivisas

Literatura:

D. Carreau/P. Juillard, Droit international économique, 6.^a ed. 2017, p. 471 y ss.; *H. J. Hahn*, Das Währungsrecht der Euro-Devisen, 1973; *ders. /U. Häde*, Währungsrecht, 2.^a ed. 2010, § 2 V.

- 21** Los mercados de divisas en euros son el resultado de la iniciativa del sector privado y no el producto de la regulación estatal. El término "divisas en euros" se refiere a los saldos mantenidos en un banco en una moneda distinta de la nacional. En este sentido, los saldos en dólares en un banco de Alemania, por ejemplo, constituyen eurodólares. A finales de la década de 1950, los bancos comerciales y las empresas de fuera de Estados Unidos desarrollaron la práctica de pago de establecer y liquidar créditos en dólares.
- 22** La inversión de saldos acreedores en una moneda determinada fuera del Estado emisor de la moneda es un instrumento para sustraer el saldo acreedor del acceso regulador del Estado de la moneda. La filial parisina del banco estatal soviético, el *Banque Commerciale pour l'Europe du Nord* (dirección télex: "Euro-Bank"), invirtió grandes cantidades de dólares fuera de Estados Unidos. Esto dio lugar al término "euro-dólar". Durante la "Guerra Fría", los países del bloque del Este utilizaron este método para contrarrestar el riesgo de que sus activos en dólares fueran congelados por el gobierno estadounidense.
- 23** Los saldos en divisas facilitan las operaciones de pago de las empresas con actividad internacional. Las divisas en euros también pueden utilizarse para explotar los diferenciales de los tipos de interés en los mercados monetarios internacionales. La existencia de divisas en euros limita la posible influencia de los bancos centrales nacionales sobre la oferta monetaria y los niveles de los tipos de interés. Desde la perspectiva de las empresas privadas, en cambio, es primordial la importancia de los saldos en divisas para calcular los costes de forma fiable y garantizar su liquidez, así como para reducir los costes de transacción.
- 24** Los detalles de la relación contractual entre el depositante y el banco con el que se mantienen los saldos en divisas son de especial interés. En las transacciones de divisas en euros, los fondos no se mueven realmente, sino que los bancos implicados liquidan los pagos en el país de las respectivas divisas negociadas. Por consiguiente, el banco en el que se mantiene una cuenta en divisas no dispone de las divisas como saldos en efectivo. Sin embargo, la obligación del banco no se limita a realizar transferencias a favor del titular de la cuenta con efecto en el país de la divisa extranjera. Una obligación tan limitada frustraría el propósito original del euro en divisas: a saber, el intento de eliminar los saldos acreedores en la divisa de un estado extranjero del acceso exterior. El estado de la divisa intercambiada podría frustrar la transferencia deseada en su territorio. En este sentido, el Tribunal Superior inglés, por ejemplo, ha dictaminado que el titular de divisas en euros puede exigir que se le abone el saldo en efectivo.¹²

¹¹ *Banco do Brasil, S. A. contra A. C. Israel Commodity Co.*, 190 N. E. 2d 235 (Tribunal de Apelación de Nueva York 1963).

¹² *Libyan Arab Foreign Bank contra Bankers Trust Company*, ILM 26 (1987), p. 1600.

5. Bitcoin y otras monedas digitales

Literatura:

B. Kelly, The Bitcoin Big Bang, 2015; *E. Sixt*, Bitcoins and other decentralised transaction systems: Blockchains als Basis einer Kryptoökonomie, 2017; *S. Omlor*, Geld und Wahrung als Digitalisate, JZ 2017, p. 754 y ss.; *R. Houben/A. Snyers*, Cryptocurrencies and blockchain: Legal context and implications for financial crime, money laundering and tax evasion, 2018.

- 25 Desde hace algún tiempo, las monedas digitales privadas como el Bitcoin han desempeñado un papel clave en las transacciones de pago internacionales.¹³ Estas "criptodivisas" no son creaciones de la soberanía monetaria estatal, sino el resultado de la acción concertada de actores privados. Friedrich von Hayek ya había puesto en juego las monedas de creación privada como respuesta al fracaso del orden monetario estatal.

La moneda digital Bitcoin debe su existencia a la crisis financiera internacional de 2008 y a la preocupación por una expansión incontrolable de la oferta monetaria. Se basa en la tecnología digital "blockchain", que pretende ofrecer un alto grado de seguridad contra la manipulación. Estas monedas digitales privadas no guardan ninguna correlación con los resultados de una economía o con activos específicos. El resultado es una gran volatilidad. Con las monedas digitales, la expansión de la oferta monetaria escapa al control de los bancos centrales nacionales. En China, el gobierno ha introducido una serie de regulaciones diseñadas para restringir drásticamente el comercio de bitcoins y otras criptodivisas. La preocupación subyacente es que las criptodivisas entrañan riesgos importantes para la estabilidad financiera.

Según la jurisprudencia alemana, la negociación con Bitcoin no debe estar sujeta a un requisito de autorización legal (de conformidad con la Sección 32 (1) frase 1 KWG)¹⁴. El requisito de autorización se aplica a la negociación de instrumentos financieros que incluyen "unidades de cuenta" además de "divisas" (de acuerdo con la Sección 1 (11) no 7 KWG). Las "unidades de cuenta" incluidas deben ser comparables a las "divisas". En opinión del Tribunal de Apelación, falta esta comparabilidad ya que la distribución de bitcoins no está sujeta a la regulación de una autoridad central, el bitcoin no tiene un valor determinado de forma fiable y el bitcoin no es un medio de pago reconocido legalmente como medio de pago en ninguna zona monetaria:

"Los bitcoins son un sistema de pago electrónico encriptado generado por energía informática [...] que se gestiona y almacena en una red accesible a todo el mundo y que puede transferirse a cualquiera que también disponga de un sistema informático con acceso a Internet [...]. Bitcoin no es emitido por un banco central o una autoridad pública [...], ni existe un emisor de validez general de este sistema de pago utilizado como moneda sustitutiva en la red. No existe ninguna entidad (jurídica) superior e identificable que pueda ejercer una influencia reguladora sobre la distribución de bitcoins [...], sino que todos los participantes supervisan la corrección de la transferencia de bitcoins dentro de la red. Bitcoin no tiene un valor propio representable o comparable. No es una moneda o un medio de pago en el sentido tradicional, que sea aceptado por ley por cualquier persona en un área monetaria para el cumplimiento legalmente efectivo de servicios debidos. [...] Sin embargo, Bitcoin es un medio de pago aceptado entre determina-

13 *R. Houben/A. Snyers*, Cryptocurrencies and blockchain: Legal context and implications for financial crime, money laundering and tax evasion, 2018.

14 KG, sentencia de 25 de septiembre de 2018 - (4) 161 Ss 28/18 (35/18).

dos operadores económicos [...]. Su valor depende decisivamente del valor que le asignen los usuarios de la red en el momento de la tasación [...], por lo que está sujeto a las fluctuaciones más fuertes, imprevisibles o calculables [...].

Así pues, el bitcoin carece de reconocimiento general y de la correspondiente estabilidad previsible de valor que permitiría utilizarlo para la comparabilidad general de diferentes bienes o servicios [...]. Por lo tanto, no cumple un requisito conceptual esencial de las unidades de cuenta, tal y como se expresa en la equiparación con las monedas extranjeras y el ecu utilizada como ejemplo por el legislador."¹⁵

- 26** Los países también pueden crear monedas digitales. Durante una crisis económica y monetaria en 2018, por ejemplo, el gobierno de Venezuela creó la criptomoneda "Petro", supuestamente respaldada por reservas de petróleo.¹⁶ Esta criptomoneda fracasó debido a la falta de confianza en el régimen venezolano y al supuesto valor intrínseco de las reservas de petróleo ofrecidas como garantía.

§ 25. Unión monetaria europea y otras uniones monetarias regionales

1. Unión Monetaria Europea

Literatura:

M. Herdegen, *Europarecht*, 23ª ed. 2022, § 23; *R. Smits*, *The European Central Bank*, 1997; *R. Stadler*, *Der rechtliche Handlungsspielraum des Europäischen Systems der Zentralbanken*, 1996; véanse también las referencias al § 5, 2.

- 1** Los estados miembros originales de la unión monetaria (realizada con la entrada en la tercera fase de la unión económica y monetaria) (eurozona) incluyen los países del Benelux, Alemania, Finlandia, Francia, Irlanda, Italia, Austria, Portugal y España. Grecia, Eslovenia, Malta, Chipre, Eslovaquia, Estonia, Letonia, Lituania y Croacia se incorporaron más tarde.
- 2** En la actualidad, Dinamarca y Suecia, así como la mayoría de los Estados miembros de la UE que se adhirieron en 2004 y posteriormente, siguen fuera de la eurozona. Estos estados tienen un estatus especial de acuerdo con el Artículo 139 del TFUE o un estatus especial de acuerdo con las disposiciones de un protocolo especial (Dinamarca). Bulgaria y Dinamarca participan en un mecanismo de tipos de cambio (SME II, también conocido como Mecanismo de Tipos de Cambio II - MTC II). Según este mecanismo, se fija un tipo central de la moneda nacional frente al euro con un margen de fluctuación estándar del 15%. Si se supera este margen, el BCE y los bancos centrales nacionales están obligados a intervenir.
- 3** Las monedas de los miembros de la eurozona se han fusionado en la moneda común de acuerdo con unos tipos de conversión fijos (véase ahora el artículo 140 (3) del TFUE). El cambio al efectivo en euros como moneda de curso legal tuvo lugar a principios de 2002.

¹⁵ KG, sentencia de 25 de septiembre de 2018 - (4) 161 Ss 28/18 (35/18) párr. 11 f.

¹⁶ *Washington Post*, Venezuela lanza el "Petro", su criptomoneda, 20 de febrero de 2018.

- 4 En el centro de la Unión Monetaria Europea se encuentra el Banco Central Europeo (BCE), que junto con los bancos centrales nacionales forma el Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) (artículo 127 y ss. y artículo 282 y ss. del TFUE). El Tratado TFUE compromete al SEBC con el "objetivo primordial" de mantener la estabilidad de precios (artículo 127 párr. 1 frase 1 TFUE). A raíz de esto, el Tribunal Constitucional Federal ha calificado correctamente a la unión monetaria de "comunidad de estabilidad".¹⁷
- 5 Las decisiones básicas en materia de política monetaria son adoptadas por el Consejo de Gobierno del BCE. El Consejo de Gobierno está formado por los miembros del Comité Ejecutivo del BCE y los gobernadores de los bancos centrales nacionales (artículo 282 párrafo 1 frase 1 TFUE). Según los Estatutos del SEBC, los gobernadores de los bancos centrales de los Estados no participantes son miembros del Consejo de Gobierno ampliado, que sólo tiene poderes limitados. El BCE y los bancos centrales nacionales de los Estados participantes (zona del euro) y los miembros de sus órganos rectores actúan con total independencia en el desempeño de las funciones que les asigna el Tratado (artículo 130 del TFUE).
- 6 El BCE tiene el derecho exclusivo de autorizar la emisión de billetes en la zona del euro (Artículo 128 párrafo 1 frase 1 TFUE). Los billetes emitidos por el BCE y los bancos centrales nacionales son los únicos billetes reconocidos como de curso legal (artículo 128 (1) frases 2 y 3 TFUE). El BCE puede realizar operaciones de mercado abierto y de crédito (artículo 18 de los Estatutos del SEBC). También puede dictar normas sobre reservas mínimas (artículo 15 de los Estatutos del SEBC).
- 7 El Consejo de la Unión Europea puede, por unanimidad, llegar a acuerdos sobre un sistema de tipos de cambio para el euro frente a las monedas de terceros países (artículo 219 (1) TFUE). El Consejo puede decidir las excepciones a los acuerdos con terceros países u organizaciones internacionales sobre cuestiones monetarias o normas de tipo de cambio (artículo 219 (3) TFUE). Por lo tanto, la "política monetaria exterior" no está en manos del BCE, sino del Consejo.¹⁸
- 8 Garantizar la estabilidad monetaria a largo plazo de la eurozona está estrechamente vinculado a la disciplina presupuestaria de los Estados miembros. Un conjunto de medidas, que el Consejo Europeo adoptó en enero de 1997 como "Pacto de Estabilidad y Crecimiento" y reformó en 2005 para introducir cierto grado de flexibilidad, sirve para garantizar el cumplimiento y la supervisión de la disciplina presupuestaria¹⁹. La obligación de mantener la disciplina presupuestaria y los mecanismos de supervisión del "Pacto de Estabilidad y Crecimiento" no han podido evitar el endeudamiento nacional excesivo en muchos Estados miembros de la UE.²⁰
- 9 Sólo los Estados miembros de la UE pertenecen al Fondo Monetario Internacional, no la propia Unión Europea. Tras las decisiones del Consejo Europeo, los Estados miembros y la Unión Europea (teniendo especialmente en cuenta las posiciones del Sistema Europeo de Bancos Centrales) deben coordinar sus posiciones. El Banco Central Europeo (BCE) tiene estatuto de observador en el Comité Ejecutivo del Fondo Monetario Internacional. La posición común de

17 BVerfGE 89, 155 (204).

18 DO 1997, L 209/6.

19 Véase más arriba, § 5, 2.

20 Sobre los nuevos mecanismos de rescate para los Estados del euro sobreendeudados, véase el § 5, 2 anterior.

la Unión Europea y de sus Estados miembros debe estar representada por el Estado miembro que ostente la presidencia del Eurogrupo.

2. Otras uniones monetarias regionales

- 10** Además de la Unión Monetaria Europea con la eurozona, existen otras uniones monetarias regionales. En Europa, existe una unión monetaria entre Suiza y el Principado de Liechtenstein (con el franco suizo como moneda común). Otras uniones monetarias regionales tienen sus raíces en la historia colonial. Por ejemplo, la *Unión Monetaria del África Occidental* y la *Unión Monetaria del África Central* tienen como moneda común el franco africano, que tiene una paridad monetaria fija con el euro (anteriormente con el franco francés). La Unión Monetaria del Caribe Oriental con el dólar del Caribe Oriental se basa en el dólar estadounidense. También hay planes para otras uniones monetarias (por ejemplo, entre los Estados del Golfo).

§ 26. Servicios financieros internacionales y el seguimiento de la política monetaria

1. Fondo Monetario Internacional

Literatura:

M. Assakkali, Die Kreditgewährung der Deutschen Bundesbank an den Internationalen Währungsfonds in Zeiten von Corona, *EuZW* 2021, p. 382 y ss.; *C. Bamford*, Principles of International Financial Law, 3ª ed. 2015; *W. Berghaler/W. Bossu*, Recent Developments in the International Monetary Fund, *European Yearbook of International Economic Law*, 2010, p. 391 y ss.; *M. K. Bode*, Der IMF im Wandel - Rückkehr zu einem neuen System, 2017; *E. Denters*, Law and Policy of IMF Conditionality, 1996; *R. W. Edwards*, International Monetary Collaboration, 1985; *M. Ferber/G. Winkelmann*, Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial, CFI, AIF, 3ª ed. 1985, p. 17 y ss.; *F. Gianviti*, The International Monetary Fund and External Debt, *RdC* 215 (1989 III), p. 205 y ss.; The Reform of the International Monetary Fund (Conditionality and Surveillance), *International Lawyer* 34 (2000), p. 107 y ss.; *J. Gold*, Conditionality, IMF Pamphlet Series, nº 31, 1979; *ders.*, Capital Movements, International Regulation, en: *EPIL*, Vol. I, 1992, p. 528 y ss.; *L. Gramlich*, Eine neue "Finanzarchitektur" oder: Der IMF in der Krise? *AVR* 38 (2000), p. 399 y ss.; *ders.*, Internationale Finanzordnung (IMF und IBRD) - Legitimität, Effektivität, Reform, en: *T. Giegerich* (ed.), Internationales Wirtschafts- und Finanzrecht in der Krise, 2011, p. 71 y ss.; *R. Grote/T. Marauhn*, The Regulation of International Financial Markets: Perspectives for Reform, 2006; *J. Kranz*, Entre l'influence et l'intervention, 1994; *R. M. Lastra*, La reforma de la arquitectura financiera internacional, 2001; *S. Schlemmer-Schulte*, Fondo Monetario Internacional (FMI), en: *R. Wolfrum* (ed.), *MPEPIL*, Vol. V, 2012, p. 1037 y ss.; *H. S. Scott/A. Gelpern*, International Finance: Law and Regulation, 3ª ed. 2012; *C. D. Zimmermann*, Exchange Rate Misalignment and International Law, *American Journal of International Law* 105 (2011), p. 423 y ss.

- 1** Las tareas del Fondo Monetario Internacional tienen como objetivo garantizar un sistema monetario internacional que funcione como base para la circulación internacional de bienes, servicios y capitales, así como un crecimiento económico sano y un orden económico y monetario estable en cada uno de los Estados miembros (artículo IV Sección 1 Frase 1 del Convenio Constitutivo del FMI). El Fondo Monetario Internacional está especialmente comprometido con la creación de condiciones favorables para la inversión.²¹

²¹ Véase el Informe anual sobre las inversiones en el mundo del Fondo Monetario Internacional.

El acuerdo fundacional del Fondo Monetario Internacional²² se remonta a la Conferencia de Bretton Woods de 1944. En el artículo I se asignan los siguientes objetivos al Fondo Monetario Internacional:

"i) promover la cooperación internacional en el ámbito de la política monetaria a través de una institución permanente disponible como aparato de consulta y cooperación sobre los problemas monetarios internacionales;

(ii) facilitar la expansión y el crecimiento equilibrado del comercio mundial, contribuyendo así a la promoción y el mantenimiento de niveles elevados de empleo y de renta real y al desarrollo del potencial productivo de todos los Miembros como objetivos primordiales de la política económica;

(iii) promover la estabilidad monetaria, mantener relaciones monetarias ordenadas entre los miembros y evitar devaluaciones monetarias por razones competitivas;

(iv) contribuir al establecimiento de un sistema multilateral de pagos para las transacciones corrientes entre los miembros y a la eliminación de los obstáculos cambiarios al crecimiento del comercio mundial;

(v) reforzar la confianza de los miembros poniendo temporalmente a su disposición los recursos del fondo general con las salvaguardias adecuadas, dándoles así la oportunidad de corregir los desequilibrios de su balanza de pagos sin recurrir a medidas perjudiciales para la prosperidad nacional o internacional;

(vi) de conformidad con lo anterior, acortar la duración y reducir el grado de los desequilibrios de las balanzas de pagos internacionales de los Miembros."

2 El Fondo Monetario Internacional cuenta actualmente con 190 miembros. El órgano supremo del Fondo Monetario Internacional es la Junta de Gobernadores, en la que cada Estado miembro delega un gobernador (normalmente el ministro de finanzas o el presidente del banco central) y un adjunto (artículo XII Sección 2 del Convenio Constitutivo del FMI). Un Directorio Ejecutivo (Artículo XII Sección 3 del Convenio Constitutivo del FMI) con 24 escaños es responsable de la gestión de los asuntos cotidianos.

Los derechos de voto de los miembros se determinan mediante votos básicos (asignados a cada Estado) y cuotas de voto variables. Las decisiones importantes requieren la aprobación del 85% de los votos (por ejemplo, artículo XXVIII (a), artículo V sección 12 (b) del Acuerdo del FMI).

En particular, la reforma de 2010 reforzó significativamente la posición (cuotas de capital y representación en el Consejo Ejecutivo) de importantes economías emergentes a expensas de los países industrializados occidentales.

22 Acuerdo sobre el Fondo Monetario Internacional de 22 de julio de 1944, BGBl. 1952 II, p. 638; versión revisada de 1976, BGBl. 1978 II, p. 15; Tercera Enmienda al Acuerdo de 1990, BGBl. 1991 II, p. 815; UNTS 2, p. 38; 726, p. 266; ILM 31 (1992), p. 1307. Para la evolución véase más arriba, § 24, 2.

- 3 A cada Estado miembro se le asigna una cuota basada en ciertos datos económicos, que determina la participación del miembro en el Fondo y su obligación de depósito (véase el artículo III del Convenio Constitutivo del FMI). La cuota también es decisiva para los derechos de voto y la posibilidad de mejorar la liquidez propia con la ayuda del Fondo (mediante el acceso a la financiación del FMI y la asignación de derechos especiales de giro).

La cuota se determina por el producto de varias variables (como el producto nacional bruto, las reservas de oro y divisas, la cuota de derechos especiales de giro y los flujos de pagos). Las reformas del sistema de cuotas en 2007, 2008 y 2010 aumentaron masivamente las cuotas de la República Popular China, Corea del Sur, México y Turquía. En consecuencia, EE.UU. tiene una cuota de alrededor del 17% (combinada con una minoría de bloqueo en decisiones importantes), Japón, la República Popular China y la República Federal de Alemania tienen una cuota de alrededor del 6% cada uno y la Federación Rusa tiene una cuota de alrededor del 3%. La ponderación de los países de renta baja (*low-income countries*, LIC) se incrementará mediante un nuevo método de cálculo.

En el pasado, se produjo un cambio masivo en la financiación del Fondo Monetario Internacional, que pasó de la financiación regular a través de las cuotas de los miembros a la financiación a través de préstamos acordados contractualmente. En ocasiones, la financiación mediante préstamos superó con creces el volumen de las cuotas. Esta evolución afectó de lleno a la estructura del Fondo Monetario Internacional, ya que las cuotas determinan los derechos de voto y el importe de las obligaciones de pago de los Estados miembros, así como la asignación de derechos especiales de giro. La reforma de 2010 contrarrestó esta evolución duplicando las cuotas de participación, por un lado, y reduciendo el volumen de crédito acordado, por otro. En conjunto, sin embargo, el volumen financiero disponible se mantiene en torno a los 920.000 millones de dólares.

- 4 Las obligaciones generales de los miembros en materia de regulación de los tipos de cambio están normalizadas en el Artículo IV Sección 1 del Acuerdo del FMI:

"Reconociendo que el propósito subyacente del sistema monetario internacional es proporcionar un marco para facilitar la circulación de bienes, servicios y capitales entre los países y mantener un crecimiento económico sólido, y que uno de los objetivos principales es desarrollar continuamente las condiciones básicas ordenadas necesarias para la estabilidad monetaria y económica, cada miembro se compromete a cooperar con el Fondo y con los demás miembros para garantizar acuerdos cambiarios ordenados y promover un sistema cambiario estable. En particular, cada miembro

(i) esforzarse por orientar su política económica y monetaria hacia el objetivo de un crecimiento económico ordenado con una estabilidad de precios adecuada, teniendo debidamente en cuenta su situación;

(ii) esforzarse por lograr la estabilidad buscando unas condiciones económicas y monetarias ordenadas y un sistema monetario que no sea propenso a perturbaciones erráticas;

(iii) evitar la manipulación de los tipos de cambio o del sistema monetario internacional con el fin de impedir un ajuste efectivo de la balanza de pagos o de obtener una ventaja competitiva desleal sobre otros miembros; y

(iv) aplicar una política de tipos de cambio coherente con sus obligaciones en virtud de esta sección."

El control de la manipulación monetaria estatal, que otorga a las áreas económicas nacionales ventajas considerables en la competencia internacional (artículo IV, sección 1 (iii) del Convenio del FMI), desempeña aquí un papel fundamental.²³ Sin embargo, el Fondo Monetario Internacional no dispone de mecanismos de sanción eficaces. Esta es una de las principales debilidades del orden monetario internacional.

La decisión del Directorio Ejecutivo sobre la supervisión de los acuerdos sobre tipos de cambio de junio de 2007 (*Bilateral Surveillance over Members' Policies*)²⁴ especifica las obligaciones de los Estados miembros en virtud del Artículo IV Sección 1 del Convenio Constitutivo del FMI y, en segundo lugar, los mecanismos de vigilancia. La decisión se basa esencialmente en la "estabilidad exterior" en el sentido de una balanza de pagos que no sustituya a las fluctuaciones radicales de los tipos de cambio:

"Parte I - Principios para la orientación del Fondo en su supervisión bilateral

A. El alcance de la vigilancia bilateral

(4) El alcance de la supervisión bilateral viene determinado por las obligaciones de los miembros en virtud de la Sección 1 del artículo IV. Los miembros se comprometen, en virtud de la Sección 1 del artículo IV, a colaborar con el Fondo y con los demás miembros para garantizar un régimen cambiario ordenado y promover un sistema estable de tipos de cambio (en adelante, "estabilidad sistémica"). La estabilidad sistémica se logra con mayor eficacia si cada miembro adopta políticas que promuevan su propia "estabilidad externa", es decir, políticas que sean coherentes con las obligaciones de los miembros en virtud del artículo IV, sección 1 y, en particular, con las obligaciones específicas establecidas en el artículo IV, secciones 1 (i) a (iv). Por "estabilidad exterior" se entiende una posición de la balanza de pagos que no dé lugar, ni sea probable que dé lugar, a movimientos perturbadores del tipo de cambio. Salvo lo dispuesto en el apartado 7 siguiente, la estabilidad exterior se evalúa a nivel de cada miembro.

5. En su supervisión bilateral, el Fondo se centrará en aquellas políticas de los miembros que puedan influir significativamente en la estabilidad exterior actual o futura. El Fondo evaluará si estas políticas promueven la estabilidad exterior y asesorará al miembro sobre los ajustes de política necesarios a tal fin. En consecuencia, las políticas cambiarias serán siempre objeto de la vigilancia bilateral del Fondo con respecto a cada miembro, al igual que las políticas monetarias, fiscal y del sector financiero (tanto sus aspectos macroeconómicos como los aspectos estructurales macroeconómicamente relevantes). Las demás políticas sólo se examinarán en el contexto de la supervisión en la medida en que influyan significativamente en la estabilidad exterior actual o futura.

6. en la aplicación de sus políticas económicas y financieras internas, el Fondo considera que los miembros promueven la estabilidad externa cuando promueven la estabilidad interna, es decir, cuando (i) se esfuerzan por orientar sus políticas económicas y financieras internas hacia

23 C.D. Zimmermann, *Exchange Rate Misalignment and International Law*, AJIL 105 (2011), p. 423 y ss.

24 Decisión 13919 (07/51) de 15 de junio de 2007.

el objetivo de fomentar un crecimiento económico ordenado con una estabilidad de precios razonable, teniendo debidamente en cuenta sus circunstancias, y (ii) tratan de promover la estabilidad fomentando unas condiciones económicas y financieras subyacentes ordenadas y un sistema monetario que no tienda a producir perturbaciones erráticas. En el marco de su supervisión, el Fondo evaluará si las políticas internas de un miembro están encaminadas a promover la estabilidad interna. Mientras que el Fondo siempre examinará si las políticas internas de un miembro están dirigidas a mantener la economía del miembro operando ampliamente a su capacidad, el Fondo examinará si las políticas internas están dirigidas a fomentar una alta tasa de crecimiento potencial sólo en aquellos casos en los que dicho alto crecimiento potencial influya significativamente en las perspectivas de estabilidad interna y, por lo tanto, externa. Sin embargo, el Fondo no exigirá a un miembro que esté cumpliendo con el artículo IV, secciones 1(i) y (ii) que modifique sus políticas internas en interés de la estabilidad exterior".

La parte II de la decisión *Surveillance* de 2007 (principios para orientar las políticas de los Estados miembros en virtud del artículo IV, sección 1) describe tanto las obligaciones de los Estados miembros (Principio A) como meras recomendaciones (principios B, C y D):

"14. El principio A establece la obligación contenida en el artículo IV, sección 1(iii); en el Anexo a esta Decisión se proporciona más orientación sobre su significado. Los principios B a D constituyen recomendaciones y no obligaciones de los miembros. La determinación por parte del Fondo de que un miembro no sigue una de estas recomendaciones no crearía la presunción de que dicho miembro incumple las obligaciones que le impone el artículo IV, Sección 1".

A. Un miembro evitará manipular los tipos de cambio o el sistema monetario internacional para impedir el ajuste efectivo de la balanza de pagos o para obtener una ventaja competitiva desleal sobre otros miembros.

B. Un miembro debe intervenir en el mercado de divisas si es necesario para contrarrestar condiciones desordenadas, que pueden caracterizarse *inter alia* por movimientos perturbadores a corto plazo en el tipo de cambio de su moneda.

C. Los miembros deben tener en cuenta en sus políticas de intervención los intereses de los demás miembros, incluidos los de los países en cuyas monedas intervienen.

D. Un miembro debe evitar políticas de tipo de cambio que provoquen inestabilidad externa".

Una violación del artículo IV, Sección 1 (iii) del acuerdo con el FMI sólo es asumida por la decisión de *Surveillance* de 2007 si las fluctuaciones del tipo de cambio tienen como objetivo tanto un tipo de cambio infravalorado como una expansión de las exportaciones netas:

"sólo se considerará que un miembro manipula los tipos de cambio para obtener una ventaja competitiva desleal sobre otros miembros si el Fondo determina que: (A) el miembro lleva a cabo estas políticas con el propósito de asegurar un desajuste fundamental del tipo de cambio en forma de un tipo de cambio infravalorado y (B) el propósito de asegurar dicho desajuste es aumentar las exportaciones netas" (Anexo).

La decisión de *Surveillance* de 2007 enumera las indicaciones de las políticas cambiarias que requieren una vigilancia particular:

"15. En su vigilancia de la observancia por parte de los miembros de los Principios enunciados anteriormente, el Fondo considerará los siguientes acontecimientos como entre los que requerirían un examen minucioso y podrían indicar la necesidad de discutir con un miembro:

(i) una intervención prolongada a gran escala en una dirección en el mercado de divisas;

(ii) un endeudamiento oficial o cuasi oficial insostenible o que conlleve riesgos de liquidez indebidamente elevados, o una acumulación oficial o cuasi oficial excesiva y prolongada de activos exteriores, a efectos de la balanza de pagos;

(iii) (a) la introducción, la intensificación sustancial o el mantenimiento prolongado, a efectos de la balanza de pagos, de restricciones o incentivos a las transacciones o pagos corrientes, o

(b) la introducción o modificación sustancial, a efectos de la balanza de pagos, de restricciones o incentivos a la entrada o salida de capitales;

(iv) la aplicación, a efectos de la balanza de pagos, de políticas monetarias y otras políticas financieras que alienten o desalienten anormalmente los flujos de capital;

(v) desajuste fundamental del tipo de cambio;

(vi) déficits o superávits por cuenta corriente amplios y prolongados; y

(vii) grandes vulnerabilidades del sector exterior, incluidos los riesgos de liquidez, derivados de los flujos de capital privado. [...]"

5 Una tarea central del Fondo Monetario Internacional es proporcionar ayuda financiera a los Estados miembros en caso de déficit en la balanza de pagos. En este sentido, el Fondo Monetario Internacional actúa como "prestamista de última instancia". En los años anteriores al estallido de la crisis financiera en los países industrializados occidentales en otoño de 2007, el Fondo Monetario Internacional había perdido gran parte de su importancia como prestamista y también perdió una cantidad considerable de ingresos por intereses debido a la disminución de los préstamos pendientes. Entretanto, la posición del Fondo Monetario Internacional en la arquitectura financiera mundial se ha consolidado de forma sostenible. Al mismo tiempo, los recursos financieros del Fondo han mejorado masivamente. En la crisis financiera de las naciones industrializadas occidentales, el Fondo Monetario Internacional ha vuelto a ser un actor importante en las operaciones de rescate.

El Fondo Monetario Internacional ha proporcionado recientemente ayuda a los Estados de la UE de Hungría y Lituania, siendo Grecia el primer miembro de la eurozona.

La balanza de pagos de un país se refiere a las transacciones económicas con el extranjero. Esto da lugar al llamado déficit de la balanza de pagos si el valor monetario que fluye hacia el extranjero supera el valor monetario que fluye hacia el país.

- 6 Las operaciones y transacciones del Fondo Monetario Internacional se asignan al Departamento General, por una parte, y al Departamento de Derechos Especiales de Giro, por otra (artículo introductorio párr. 2, artículo V sección 3, artículo XVI sección 1 frase 1, artículo XVI sección 2, frase 2 del Convenio Constitutivo del FMI). Los recursos generales del Fondo administrados por el Departamento General se nutren esencialmente de los pagos efectuados por los miembros en el marco de su cuota y de los préstamos contraídos por el Fondo. La asistencia financiera incluye también las compras de divisas en el llamado "tramo de reserva"; se trata de la compra de derechos especiales de giro o de la divisa de otro miembro por parte de un miembro contra su propia divisa, que no da lugar a que las tenencias del Fondo de la divisa del miembro en la Cuenta General superen su cuota (artículo XXX *lit. c.* 1ª media frase). La utilización de los recursos del Fondo General para resolver problemas de balanza de pagos tiene por objeto su reembolso lo más rápidamente posible a fin de garantizar la liquidez del Fondo (véase el artículo V sección 3 *lit. a* del Convenio Constitutivo del FMI).

Los derechos especiales de giro desempeñan un papel importante en la creación de liquidez. Los derechos especiales de giro del Fondo Monetario Internacional forman inicialmente una unidad monetaria artificial, que es la suma de cuotas fijas de divisas. Hasta ahora, se han incluido en esta "cesta" las cuatro divisas más importantes (dólar estadounidense, euro, yen y libra esterlina). Las divisas individuales se ponderan en función de su importancia como divisa de reserva para otros países y de la cuota del país respectivo en el comercio mundial. Con efecto a partir del 1 de octubre de 2016, el Directorio Ejecutivo del FMI decidió en noviembre de 2015 incluir el renminbi chino como quinta moneda de esta "cesta". En consecuencia, el dólar estadounidense se incluiría en esta cesta de divisas con una cuota del 41,73%, el euro con una cuota del 30,93%, el renminbi chino con una cuota del 10,92% y el yen y la libra esterlina con cuotas del 8,33% y el 8,09% respectivamente. El valor de un derecho especial de giro puede convertirse en otras divisas en cualquier momento al tipo de cambio diario. La asignación de derechos especiales de giro como medio de pago por parte del Fondo Monetario Internacional significa (desde la perspectiva económica del complicado proceso) que un Estado miembro puede adquirir divisas "fuertes" a cambio de su propia moneda nacional (que él mismo controla en términos de oferta monetaria).

Los Derechos Especiales de Giro se gestionan separadamente de los demás recursos financieros del Fondo Monetario Internacional en el Departamento de Derechos Especiales de Giro (artículo XVI secciones 1 y 2 del Convenio Constitutivo del FMI).

- 7 Desde hace algún tiempo, el Fondo Monetario Internacional está muy implicado en la financiación del desarrollo. El trasfondo de esta ayuda financiera para promover el desarrollo es la estrecha relación entre los déficits de la balanza de pagos de los miembros con menores ingresos y los déficits estructurales en el orden económico y social. Al conceder préstamos a largo plazo y a bajo interés para el desarrollo económico de los países más pobres, el Fondo Monetario Internacional ha entrado en competencia con las tareas del Banco Mundial. El *Servicio para el Crecimiento y la Lucha contra la Pobreza forma parte del Fondo Monetario Internacional* desde 1999. El solapamiento de las actividades del Fondo Monetario Internacional con las del Banco Mundial y los programas no armonizados de reforma económica²⁵ han obligado a ambas instituciones a coordinar más estrechamente sus actividades. Bajo la impresión de una crítica

25 Sobre la relación entre el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional *J. J. Polak/C. Gwin*, El Banco Mundial y el FMI. Una relación cambiante, 1994.

sostenida a su compromiso con la política de desarrollo, está surgiendo una reorientación de la política del Fondo Monetario Internacional: en el sentido de una concentración en la tarea central original de garantizar la estabilidad económica, superando al mismo tiempo los problemas de balanza de pagos y reduciendo cautelosamente la promoción del desarrollo a largo plazo en favor del Banco Mundial. El FMI se ha fijado como objetivo reforzar la supervisión de la política de tipos de cambio. Esta tarea es de gran importancia. Al fin y al cabo, mantener los tipos de cambio artificialmente bajos puede crear ventajas considerables para la producción nacional en la competencia internacional e influir así en el comercio y los flujos monetarios. Además, el FMI quiere concentrarse principalmente en la supervisión de los mercados financieros.

- 8 De gran importancia es la llamada "condicionalidad" para la concesión de préstamos a los países en desarrollo altamente endeudados. Se trata de condiciones para la concesión de préstamos en relación con un programa de reformas macroeconómicas y estructurales como parte de un acuerdo ("*stand-by-arrangement*") entre el Fondo Monetario Internacional y el país deudor (véase el Artículo XXX *lit. b* del acuerdo con el FMI).²⁶ El requisito previo para la concesión de un préstamo es una declaración formal ("*carta de intenciones*") del Estado receptor, a la que se adjunta un *Memorandum de Políticas Económicas y Financieras*. En él, el Estado receptor expresa al Fondo Monetario Internacional su voluntad de emprender determinadas medidas de reforma económica y financiera para lograr una balanza de pagos equilibrada. La práctica más reciente se orienta más hacia objetivos concretos y menos hacia medidas específicas, dando así a los Estados receptores mayor libertad en su elección de medios que los anteriores programas de ajuste. Esto refuerza la propia responsabilidad de los países receptores (la llamada *apropiación*). La aplicación del programa de reformas acordado entre el FMI y el Estado receptor y los posibles ajustes del programa se revisan a determinados intervalos antes de desembolsar el siguiente tramo del préstamo. Esta declaración de disponibilidad no es la asunción de una obligación contractual, sino una condición para la concesión de un préstamo por parte del Fondo Monetario Internacional. Si el Estado beneficiario no aplica el programa de reformas, no se trata de un delito según el derecho internacional. Más bien, las posibles sanciones se hacen patentes cuando se trata de la concesión de nuevos tramos del préstamo por parte del Fondo Monetario. Consideraciones similares se aplican también a la "condicionalidad" en la financiación del desarrollo por parte del Banco Mundial²⁷. No sólo se cuestiona la eficacia de las reformas estructurales previstas como condición para la concesión de préstamos. Muchos países en desarrollo y emergentes también ven la "condicionalidad" como un intento de controlar a los países industrializados y a las instituciones que controlan²⁸. El Fondo Monetario Internacional introdujo la "*Línea de Crédito Flexible*" en respuesta a las críticas por las estrictas condiciones impuestas a la concesión de ayudas.

26 Véase Fondo Monetario Internacional, Directrices sobre condicionalidad (versión del 15 de noviembre de 2006), en: Fondo Monetario Internacional, *Selected Decisions and selected Documents of the International Monetary Fund*, 37ª ed. 2014, p. 352; *J. Gold*, *The Legal Character of the Fund's Stand-By-Arrangements and why it matters*, IMF Pamphlet Series, No. 35, 1980; *K. M. Meessen*, *IMF Conditionality and State Sovereignty*, en: *D. Ch. Dicke* (ed.), *Foreign Debts in the Present and a New International Economic Order*, 1986, p. 117 y ss.; *W. Meng*, *Conditionality of IMF and World Bank Loans: Tutelage over Sovereign States? Constitution and Law Overseas* 21 (1988), p. 263 ¶¶; *R. Lastra*, "IMF Conditionality", *Journal of International Banking Regulation*, Vol. 4, nº 2, 2002, p. 167 y ¶; *R. Leckow*, *Conditionality in the International Monetary Fund. Current Developments in Monetary and Financial Law*, Vol. 3, 2005; *C. D. Zimmermann*, *Concepto contemporáneo de soberanía monetaria*, 2013.

27 Véase más adelante, § 26, 2.

28 Véase también más abajo, § 26, 3.

La condicionalidad en forma de programas de reforma también puede encontrarse en la ayuda financiera del Mecanismo Europeo de Estabilidad, donde tiene como objetivo una consolidación presupuestaria fiable (véase el artículo 136 párrafo 3 del TFUE).²⁹

2. Banco Mundial

Literatura:

A. O. Adede, Legal Trends in International Lending and Investment in the Developing Countries, RdC 180 (1983 II), p. 9 y ss.; *D. D. Bredlow/S. Schlemmer-Schulte*, El nuevo grupo de inspección del Banco Mundial: un paso constructivo en la transformación del orden jurídico internacional, ZaöRV 54 (1954); *M. Ferber/G. Winkelmann*, Internationaler Währungsfonds, Weltbank, IFC, IDA, 3ª ed. 1985, p. 67 y ss.; *H. J. Hahn*, Völkerrechtliche Darlehens- und Garantieabkommen, en: Festschrift für Ignaz Seidl-Hohenveldern, 1988, p. 173 y ss.; *M. Mosler*, Finanzierung durch die Weltbank, 1987; *S. Schlemmer-Schulte*, Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), en: R. Wolfrum (ed.), MPEPIL, vol. V, 2012, p. 363 y ss.; *I. F. Shihata*, The World Bank's Contribution to the Development of International and Economic Law, en: Liber amicorum Ignaz Seidl-Hohenveldern, 1998, p. 631 y ss.; *ders.*, La relación entre el Banco Mundial y el FMI - ¿Quo Vadis?, 2002.

- 9 El Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (*Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento*, BIRF - Banco Mundial), al igual que el Fondo Monetario Internacional, se remonta a la Conferencia de Bretton Woods.³⁰ El objetivo del Banco Mundial es promover el desarrollo económico y la productividad, así como el comercio internacional. El Acuerdo del Banco Mundial estipula en su artículo 1:

"Las tareas del Banco son:

- (i) Apoyar la reconstrucción y el desarrollo de los territorios de los miembros facilitando la inversión de capital con fines productivos, incluido el restablecimiento de las economías devastadas por la guerra y en guerra, la reconversión de las instalaciones productivas a las necesidades de tiempos de paz y la promoción del desarrollo de instalaciones productivas y fuentes de ayuda en los países menos desarrollados,
- (ii) Promover una expansión equilibrada del comercio internacional a largo plazo y el mantenimiento del equilibrio de las balanzas de pagos fomentando la inversión internacional para el desarrollo de las fuentes de producción de los miembros, contribuyendo así a elevar la productividad, el nivel de vida y las condiciones de trabajo en sus territorios.
- (iii) Coordinar los préstamos que concede o garantiza con los préstamos internacionales concedidos por otros medios, de modo que los proyectos más útiles y urgentes, tanto grandes como pequeños, sean atendidos en primer lugar.

²⁹ Véanse los apartados 3 a 5 del artículo 13 del Tratado del MEDE. Véase *A. von Bogdandy/M. Ioannidis*, Merkmale, Instrumente und Probleme am Beispiel der Rechtsstaatlichkeit und des neuen Rechtsstaatlichkeitsaufsichtsverfahrens, ZaöRV 74 (2014), p. 283 y ss.; *A. Gilles*, Die Konditionalität für Finanzhilfen für Eurostaaten, 2019.

³⁰ Acuerdo sobre el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (Banco Mundial), UNTS 2, p. 134; UNTS 606, p. 294; BGBl. 1952 II, p. 664.

(iv) Llevar a cabo sus actividades teniendo debidamente en cuenta el efecto de la inversión internacional sobre las condiciones empresariales en los territorios de los miembros y contribuir a una transición sin problemas de una economía de guerra a una economía de paz en los primeros años de la posguerra.

El Banco se guiará en todas sus decisiones por los objetivos anteriormente expuestos".

La tarea inicial del Banco Mundial fue apoyar la reconstrucción económica tras la Segunda Guerra Mundial. En la actualidad, sus actividades se centran en promover el desarrollo de los países económicamente débiles. Para ello, el Banco Mundial concede préstamos para proyectos a los respectivos países miembros. Los préstamos tienen tipos de interés fijos y suelen tener un plazo de 15 años (en casos especiales hasta 25 años). Además, el Banco Mundial también promueve la concesión de préstamos por parte de otras instituciones, por ejemplo proporcionando garantías o participando en préstamos sindicados dirigidos por un banco comercial. Por último, el Banco Mundial coordina la ayuda financiera de otras organizaciones internacionales o de países individuales para proyectos específicos.

En el contexto del Banco Mundial, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)³¹ y el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI)³² se fundaron para promover la inversión privada.

- 10** El Banco Mundial tiene los mismos miembros que el Fondo Monetario Internacional. Esto se debe a que la pertenencia al Fondo Monetario Internacional es un requisito previo para ser miembro del Banco Mundial (artículo II sección 1 del Convenio Constitutivo del Banco Mundial). Al igual que en el Fondo Monetario Internacional, los votos de los miembros se ponderan en función de una cuota determinada.
- 11** El órgano principal del Banco Mundial es la Junta de Gobernadores, en la que está representado cada Estado miembro (artículo V sección 2 del Acuerdo). El Directorio Ejecutivo ejerce los poderes que le delega la Junta de Gobernadores (artículo V sección 2 *lit.* b del Acuerdo). De los 21 directores ejecutivos, cinco son nombrados por los cinco Estados con las mayores aportaciones de capital. La gestión diaria es responsabilidad de un Presidente elegido, que encabeza el Consejo de Administración (artículo V sección 5 del Acuerdo).

En respuesta a una serie de graves errores de apreciación (concretamente la promoción de un proyecto en la India que implicaba un reasentamiento forzoso masivo), el Banco Mundial ha creado un *Panel de Inspección*³³. Se trata de un organismo independiente que investiga las quejas de las partes afectadas (grupos de personas y organizaciones de los países receptores) ante posibles violaciones de las propias normas del Banco Mundial (como los criterios sociales y medioambientales) y formula recomendaciones al Directorio Ejecutivo.

31 Véase más arriba § 23, 6.

32 Véase más arriba § 23, 8.

33 *D. D. Bradlow/S. Schlemmer-Schulte*, El nuevo grupo de inspección del Banco Mundial: un paso constructivo en la transformación del orden jurídico internacional, *ZaöRV* 54 (1994), p. 392 y ss.

- 12 El Banco Mundial se financia mediante aportaciones de capital de los Estados miembros y de los mercados internacionales de capitales. Entretanto, el capital social del Banco Mundial se ha incrementado hasta alcanzar unos 150.000 millones de dólares estadounidenses.
- 13 La preocupación central del Banco Mundial es la *reducción sostenible de la pobreza*.³⁴ A la hora de promover el desarrollo, el Banco Mundial persigue un enfoque holístico (*Marco Integral de Desarrollo*). Además de promover el crecimiento económico, esto incluye la inclusión de los retos sociales y ecológicos. Además de mejorar la educación, la sanidad y otros estándares sociales, la promoción del desarrollo del Banco Mundial pretende crear unas condiciones marco que permitan un clima de inversión favorable y un crecimiento sostenible. Esto también incluye garantizar un sistema legal y judicial que funcione y otros elementos de *buena gobernanza*. El "diálogo político" del Banco Mundial se centra en cuestiones como la lucha contra la corrupción, la elevación de los niveles educativos, la garantía del suministro de energía y agua, la seguridad social, el empleo y el desarrollo urbano.
- 14 Junto con sus dos organizaciones hermanas, la Asociación Internacional de Fomento (*Asociación Internacional de Fomento - AIF*³⁵) y la Corporación Financiera Internacional (*Corporación Financiera Internacional - CFI*³⁶), forman el llamado Grupo del Banco Mundial. La AIF y la CFI se financian en gran parte mediante suscripciones de capital y subvenciones procedentes de los beneficios del Banco Mundial. La AIF concede préstamos a los países en desarrollo en condiciones especialmente favorables. Por regla general, los préstamos sin intereses tienen una duración de cincuenta años. El reembolso no comienza hasta pasados diez años. El reembolso también puede realizarse en una moneda distinta a la desembolsada originalmente. La CFI se fundó para apoyar las actividades de inversión privada, ya que el Banco Mundial tiene prohibido por sus estatutos conceder préstamos a particulares.

3. Insolvencia soberana y crisis de la deuda internacional

Literatura:

A. Baars/M. Böckel, Argentinische Auslandsanleihen vor deutschen und argentinischen Gerichten, ZBB 2004, p. 445 y ss.; *J. A. Bischoff*, Völkerrechtlicher Rechtsschutz bei Staatsbankrott?, WM 2012, p. 1371 y ss.; *K. Berensmann*, Die Einbindung privater Gläubiger in die Prävention und Bewältigung von internationalen Verschuldungskrisen, 2003; *M. Bothe/J. Brink*, Reestructuración de la deuda pública, el caso de la cooperación económica internacional, GYIL 29 (1986), p. 86 y ss.; *D. Carreau/M. N. Shaw*, La Dette extérieure/The External Debt, 1995; *D. H. Cole*, Debt-Equity Conversions, Debt-for-Nature Swaps, and the Continuing World Debt Crisis, Columbia Journal of Transnational Law, 30 (1992), p. 57 y ss.; *M. Dabrowski/A. Fisch/K. Gabriel/Ch. Lienkamp*, El debate sobre una ley de insolvencia para los Estados: Evaluaciones de un Lösungsvorschlag zur Überwindung der Internationalen Schuldenkrise, 2003; *R. Dolzer*, Staatliche Zahlungsunfähigkeit: Zum Begriff und zu den Rechtsfolgen im Völkerrecht, en: Festschrift für Karl Josef Partsch zum 75. Geburtstag, 1989, p. 531 y ss.; *C. T. Ebenroth*, Banking on the Act of State, 1985; *ders.*, Globale Herausforderungen durch die Verschuldungskrise, 1987; *ders.*,

34 Véase el Manual operativo del Banco Mundial - Políticas operativas Vol. 1, 1.00, nº 1.

35 Convenio sobre la Organización Internacional para el Desarrollo de 1955, UNTS 439, p. 249; BGBl. 1960 II, p. 2138; al respecto, *L. Guder*, Asociación Internacional para el Desarrollo (AIF), en: R. Wolfrum (ed.), MPEPIL, vol. V, 2012, p. 768 y ss.

36 Convenio sobre la Corporación Financiera Internacional de 1955, UNTS 264, p. 117; UNTS 439, p. 318; UNTS 563, p. 362; BGBl. 1956 II, p. 749; 1961 II, p. 1149; 1965 II, p. 1089; véase *S. Asrani/P. Dann*, Corporación Financiera Internacional (CFI), en: R. Wolfrum (ed.), MPEPIL, Vol. V, 2012, p. 793 y ss.

Innovations récentes dans la restructuration de la dette, JDI 119 (1992), p. 859 y ss.; *ders./R. Woggon*, Die Gleichbehandlung der Gläubigerbanken in der Internationalen Verschuldungskrise, RIW 1990, Beilage 19; *U. Ehrlicke*, Die Funktion des Artikel VIII Abschnitt 2b des IWF-Vertrages in der internationalen Schuldenkrise, RIW 1991, p. 365 ss.; *F. P. Feliciano/R. Dolzer*, The International Law of External Debt Management - Some Current Aspects, International Law Association, Report of the Sixty-Third Conference (Warsaw) 1988, p. 419 y ss. (Informe del Comité de Derecho Monetario Internacional); *H. J. Hahn*, Öffentliche Auslandsschulden und Völkerrecht, en: Festschrift für Karl Carstens, 1984, p. 361 ss.; *M. Herdegen*, Der Staatsbankrott: Probleme eines Insolvenzverfahrens und der Umschuldung bei Staatsanleihen, WM 2011, p. 913 ss.; *J. A. Kämmerer*, Der Staatsbankrott aus völkerrechtlicher Sicht, ZaöRV 65 (2005), p. 651 ss. 651 y ss.; *M. C. Kerber*, Souveränität und Konkurs: Zur Institutionenökonomie der Suspension staatlicher Schuld im internationalen Recht, 2005; *R. Lastra*, "IMF Conditionality", Journal of International Banking Regulation, Vol. 4, Issue No. 2, 2002, p. 167 y ss.; *R. Leckow*, Conditionality in the International Monetary Fund. Current Developments in Monetary and Financial Law, Vol. 3, 2005; *K. von Lewinski*, Öffentlichrechtliche Insolvenz und Staatsbankrott, 2011; *ders.* (ed.), Staatsbankrott als Rechtsfrage, 2011; *L. Leyendecker*, Auslandsverschuldung und Völkerrecht, 1988; *R. Mac Lean*, Legal Aspects of the External Debt, RdC 214 (1989 II), p. 31 y ss.; *T. Marauhn*, Restrukturierung ausländischer Staatsschulden, en: *ders.* (ed.), Streitbeilegung in den internationalen Wirtschaftsbeziehungen, 2005, p. 77 y ss.; *R. S. Martha*, Inability to Pay under International Law and under the Fund Agreement, NILR 1994, p. 85 y ss.; *J. Morgan-Foster*, The Relationship of IMF Structural Adjustment Programmes to Economic, Social, and Cultural Rights: The Argentine Case Revisited, Michigan Journal of International Law 24 (2003), p. 577 y ss.; *C. Ohler*, Der Staatsbankrott, JZ 2005, p. 590 ss.; *C. Paulus*, A Debt Restructuring Mechanism for Sovereigns, 2014; *E. Petzold*, Die internationalen Gläubiger-Schuldner-Beziehungen im Recht der Staatsinsolvenz, 1986; *A. Reinisch*, State Responsibility for Debts, 1995; *S. L. Schwarcz*, Sovereign Debt Restructuring: A Bankruptcy Reorganisation Approach, Cornell Law Review 85 (2000), pp. 956 y ss.; *R. D. Sloane*, On The Use and Abuse of Necessity in the Law of State Responsibility, AJIL 106 (2012), p. 447 ss.; *F. Vischer*, Zur Stellung der Anleihegläubiger bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldnerstaates, Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht (2011) p. 243 y ss.; *C. D. Zimmermann*, Concepto contemporáneo de soberanía monetaria, 2013.

- 15** Desde una perspectiva común, la soberanía del Estado sobre los impuestos y los bienes estatales alimenta la imagen del Estado como buen deudor. Sin embargo, la insolvencia no es un acontecimiento raro en la práctica estatal.

En los dos últimos siglos, los países (incluidos países europeos como Dinamarca, Alemania, Grecia y Rusia) han incumplido o se han sobreendeudado unas noventa veces.

A principios de la década de 1970, organizaciones internacionales como las instituciones del Grupo del Banco Mundial, los países industrializados occidentales y los bancos privados concedieron préstamos a los países en desarrollo. Las condiciones favorables y la laxitud de las condiciones de los préstamos aumentaron el incentivo de los países en desarrollo para solicitarlos. Al mismo tiempo, muchos países deudores fueron incapaces de utilizar los préstamos de forma rentable y de un modo que estabilizara sus economías. Esto les obligó a pedir nuevos préstamos. A finales de los años 70, la situación de pago de los países deudores se deterioró debido a una rápida subida de los tipos de interés y a un empeoramiento de las condiciones económicas. Los precios de muchos productos básicos sufrieron presiones. Como consecuencia, algunos países deudores, por ejemplo en América Latina y (en menor medida) en el África subsahariana, se acercaron a la insolvencia total. Para varios países en desarrollo de África y América Latina, la década de 1980 resultó ser un periodo de estancamiento. El aumento de los préstamos del Banco Mundial se vio neutralizado por los reembolsos netos al Fondo Monetario Internacional y la menor disposición de muchos bancos privados a conceder nuevos préstamos.

Más tarde, México (1995) y varios países del este y el sudeste asiático (1997/98) sufrieron una crisis de liquidez. A finales de 2001/02, Argentina se declaró insolvente.

El vínculo entre la inyección de nuevos fondos por parte del Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial y la voluntad de los países deudores de aplicar determinados conceptos de reestructuración económica ("condicionalidad")³⁷, se ha visto coronado por diversos grados de éxito. Entretanto, los países industrializados han condonado en gran medida sus obligaciones de pago a algunos países deudores. Otras iniciativas más recientes tienen por objeto condonar la deuda de los países pobres muy endeudados³⁸. Además, se han desarrollado mecanismos especiales para reducir la carga de la deuda de los países receptores. Entre ellos se incluye, por ejemplo, la venta de derechos de pago por parte de bancos acreedores privados con un descuento en función de la solvencia del país deudor a un inversor que vende de nuevo la obligación de pago al Estado deudor a cambio de una participación en una empresa estatal o contra su moneda nacional y utiliza los ingresos con fines de inversión ("*canjes de deuda por capital*"). El éxito de una operación de este tipo depende de que el Estado deudor consiga crear un clima favorable a la inversión. En algunos casos, los bancos acreedores privados han podido reclamar al gobierno de su país el resto de la deuda en caso de condonación parcial del pago (reducción de la deuda principal o de los intereses). Además del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, el Banco Interamericano de Desarrollo desempeña un papel importante en la superación de la crisis de la deuda y el fomento de la inversión privada en América Latina, el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo en Europa del Este y el Banco Africano de Desarrollo en África.

Desde principios de los años 50, los préstamos soberanos se han reprogramado en el llamado "Club de París" (un foro intergubernamental de negociaciones entre representantes de los países donantes y el respectivo país deudor con la participación del Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial y con el apoyo coordinador del Ministerio de Finanzas francés).

El objetivo de la reprogramación de la deuda es acordar un nuevo plan de reembolso con un aplazamiento de los pagos y una reducción de la carga de la deuda y de los intereses. La reprogramación de la deuda suele estar vinculada a una estrategia de reforma económica bajo la supervisión del Fondo Monetario Internacional. Quedan fuera de las negociaciones del Club de París las deudas con organizaciones financieras internacionales como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial.

Los préstamos a acreedores privados se reestructuran en el llamado "Club de Londres". En 2004, el *Instituto de Finanzas Internacionales*, una asociación mundial de bancos comerciales y de inversión y otras instituciones financieras, adoptó "*Principios para la estabilidad de los flujos de capital y la reestructuración justa de la deuda en los mercados emergentes*",³⁹ que fueron respaldados por los ministros de finanzas y los gobernadores de los bancos centrales de las principales naciones industrializadas y de los principales mercados emergentes (G24).⁴⁰

37 Sobre la "condicionalidad" en los préstamos, véase más arriba, § 26, 1.

38 Véase, por ejemplo, la decisión de la Cumbre de la UE celebrada en Colonia los días 3 y 4 de junio de 1999, n° 28.

39 *Instituto de Finanzas Internacionales*, Principles for Stable Capital Flows and Fair Debt Restructuring in Emerging Markets, 2005, <https://www.iif.com/Publications/ID/3490/Principles-For-Stable-Capital-Flows-And-Fair-Debt-Restructuring-Brochure> (consultado el 03 de enero de 2022).

40 Comunicado del *Grupo Intergubernamental de los Veinticuatro sobre Asuntos Monetarios Internacionales* y

En 1996, el Grupo del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional lanzaron una iniciativa de alivio de la deuda para los 41 países pobres muy endeudados ("*países pobres muy endeudados*", HIPC).⁴¹ Según este programa, los países deudores pueden optar a un alivio de la deuda si cumplen ciertos criterios (como reformas políticas y económicas y medidas contra la corrupción). Mientras tanto, la mayoría de los países muy endeudados (principalmente de África) han recibido alivio de la deuda.

- 16** Más allá de los estatutos de las organizaciones acreedoras internacionales (como el Fondo Monetario Internacional o el Grupo del Banco Mundial), el derecho económico internacional ofrece pocos enfoques eficaces para resolver la crisis de la deuda internacional desde la perspectiva de los países en desarrollo. La "condicionalidad" de los préstamos del Fondo Monetario Internacional, por ejemplo, puede ser percibida por algunos países deudores como un corsé incómodo para su política económica y financiera, como una restricción inoportuna para sus gobiernos. Dado que la idea de solidaridad hacia los países en desarrollo aún no se ha consolidado en el derecho internacional actual en derechos concretos,⁴² las naciones industrializadas y las organizaciones internacionales bajo su control no están obligadas por el derecho consuetudinario a financiar el desarrollo y proporcionar ayuda en caso de dificultades en la balanza de pagos de los países más pobres. En este sentido, vincular la ayuda financiera a la voluntad del Estado beneficiario de emprender reformas económicas no puede constituir una violación de la prohibición de intervención.⁴³

La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha aceptado ampliamente que los derechos humanos sociales tienen prioridad sobre la aplicación de programas de reforma económica por parte de los países deudores:

"[E]l ejercicio de los derechos básicos de la población de los países deudores a la alimentación, la vivienda, el vestido, el empleo, la educación, los servicios sanitarios y un medio ambiente sano no puede subordinarse a la aplicación de políticas de ajuste estructural y reformas económicas derivadas de la deuda".⁴⁴

- 17** Más difíciles de evaluar son los problemas derivados del hecho de que el derecho internacional no reconoce ninguna regulación clara en caso de insolvencia de un Estado.⁴⁵ En vista de la igualdad soberana de los Estados, llevar a cabo un procedimiento de liquidación contra un Estado deudor parecería francamente aventurado. A la inversa, también existen límites al poder

Desarrollo, 15 de abril de 2005, n° 6, <http://www.imf.org/external/np/cm/2005/041505.htm> (consultado el 3 de enero de 2022); véase también el Comunicado Final de la Reunión de Berlín de Ministros de Finanzas y Gobernadores de Bancos Centrales del G20, 20-21 de noviembre de 2004, n° 8.

41 *L. F. Guder*; La administración del alivio de la deuda por las instituciones financieras internacionales, 2009.

42 Véase más arriba, § 4, 3.

43 Véase más arriba, § 7, 1. b).

44 Comisión de Derechos Humanos de la ONU, Consecuencias de las políticas de ajuste estructural y de la deuda externa para el goce efectivo de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales, Res. 2000/82, n° 6, UN Doc. E/CN. 4/2000/167.

45 Véase *R. Dolzer*; Staatliche Zahlungsunfähigkeit: Zum Begriff und zu den Rechtsfolgen im Völkerrecht, en: *Festschrift für Karl Josef Partsch zum 75. Geburtstag*, 1989, p. 531 y ss.; *M. Herdegen*, Der Staatsbankrott: Probleme eines Insolvenzverfahrens und der Umschuldung bei Staatsanleihen, *WM* 2011, p. 913 y ss. 913 y ss.; *J. A. Kämmerer*, Der Staatsbankrott aus völkerrechtlicher Sicht, *ZaöRV* 65 (2005), p. 651 y ss.; *K. von Lewinski*, Öffentlichrechtliche Insolvenz und Staatsbankrott, 2011; *C. Ohler*, Der Staatsbankrott, *JZ* 2005, p. 590 ss.; *C. Paulus*, en: C. Braga/G. Vincelle, *Sovereign Debt and the Financial Crisis: Will This Time Be Different?*, 2011, p. 319 y ss; *ibid.*, *Überlegungen zu einem Insolvenzverfahren für Staaten*, *WM* 2002, p. 725 y ss.

de un Estado para regular la insolvencia en su propio nombre con efectos externos. Por ejemplo, las órdenes emitidas por el gobierno deudor a empresas estatales o personas residentes en el país deudor para que no cumplan temporalmente sus obligaciones crediticias en divisas no tienen por qué ser acatadas por otros Estados. Una regulación de control de divisas de este tipo, en el sentido de una moratoria de pagos, interfiere con las obligaciones contractuales en curso y, por lo tanto, viola el Acuerdo del FMI (Artículo VI Sección 3 en conjunción con el artículo XXX *lit. d*). Por lo tanto, dichas regulaciones de divisas tampoco están permitidas en virtud del artículo VIII sección 2 *lit. b del Convenio del FMI*.⁴⁶

- 18** No es fácil responder a la pregunta de hasta qué punto la insolvencia da a un Estado la opción, en virtud del derecho internacional consuetudinario, de rechazar el cumplimiento o exigir la reprogramación de la deuda en condiciones más favorables o, en todo caso, la renegociación con los acreedores. Cabe señalar que las obligaciones contractuales de pago a los bancos acreedores privados no se rigen por el derecho internacional.
- 19** El punto de partida es, en primer lugar, la consideración de que en el caso de las obligaciones de pago derivadas de tratados internacionales, los problemas de liquidez por parte del deudor no constituyen motivos de exención y no afectan a la base jurídica de la obligación de cumplir. Una evaluación diferente es apropiada si el cumplimiento sin restricciones de las obligaciones de pago comprometiera seriamente la preocupación del Estado por el mantenimiento de unos estándares mínimos de derechos humanos, incluidas unas condiciones de vida humanas para su población o la seguridad interna. El orden jurídico internacional está (también en términos de sus raíces históricas) orientado a preservar la existencia de los miembros individuales de la comunidad de Estados. El derecho internacional renunciaría a su propia base de legitimidad si situara el cumplimiento de los tratados y el cumplimiento sin restricciones de las obligaciones de pago por encima de la capacidad de cumplir las funciones estatales elementales tanto interna como externamente.
- 20** La idea de que la incapacidad de pago de un Estado es una consideración necesaria también se refleja en las decisiones de tribunales y arbitrajes internacionales.⁴⁷ A principios del siglo pasado, una comisión conjunta de arbitraje creada por Francia y Venezuela comentó la invocación por parte de Venezuela de su incapacidad para pagar de la siguiente manera:⁴⁸

"[Al Gobierno] no se le puede imputar la responsabilidad por las condiciones que existían en 1899, que postraron a los negocios, hicieron perecer el comercio y el intercambio y aniquilaron los productos de la agricultura; ni por el agotamiento y la parálisis que siguieron: ni por su incapacidad para pagar sus justas deudas; ni por la incapacidad de la empresa para obtener

46 Sobre la jurisprudencia de los tribunales estadounidenses *American Law Institute*, Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States, vol. 2, 1987, § 822, nota 6 (p. 330 y ss.); véase también *C. T. Ebenroth*, Banking on the Act of State, 1985; *U. Ehricke*, Die Funktion des Artikels VIII Abschnitt 2b in der internationalen Schuldenkrise, RIW 1991, p. 365 *ss.*; *R. G. Mac Lean*, Legal Aspects of the External Debt, RdC 214 (1989 II), p. 31 y ss. (90 *ss.*); *I. Seidl-Hohenveldern*, Umschuldung und Internationales Privatrecht, en: Festschrift für Gerhard Kegel zum 75. Geburtstag, 1987, p. 605 *ss.*

47 Véase la decisión del TEDH en el caso *Socobel (Bélgica contra Grecia)*, PCIJ Reports Ser. A/B, No. 78, p. 21. Sobre este problema *R. Dolzer*, Staatliche Zahlungsunfähigkeit: Zum Begriff und zu den Rechtsfolgen im Völkerrecht, en: Festschrift für Karl Josef Partsch zum 75. Geburtstag, 1988, p. 531 y *ss.*

48 *Caso de la Compañía Francesa de Ferrocarriles de Venezuela, Francia contra Venezuela*, RIAA, Vol. X, pp. 285, 353.

dinero de otro modo y en otro lugar. Todas estas son desgracias incidentales al gobierno, a los negocios y a la vida humana. No engendran reclamaciones por daños y perjuicios".

- 21** En caso de dificultades de pago "existenciales", puede invocarse el estado de emergencia nacional ("*necesidad*").⁴⁹ En caso de catástrofes naturales e influencias externas similares, un Estado también puede invocar la fuerza mayor. El principal problema es si el Estado deudor también puede invocar un estado de necesidad si él mismo ha contribuido a él de forma significativa. Según las reglas generales del estado de necesidad, una contribución tan sustancial excluye la defensa del estado de necesidad.⁵⁰ Para no limitar demasiado la aplicabilidad de las normas internacionales de emergencia en caso de quiebra del Estado, un papel determinante de los factores exógenos debería ser suficiente para una posible invocación del estado de emergencia, apartándose de los principios generales. Según los principios de la responsabilidad del Estado, la justificación de la acción estatal por un estado de emergencia y otros motivos de socorro sólo conduce a una suspensión y no a la anulación de las obligaciones respectivas en virtud del derecho internacional⁵¹. Además, un Estado debería estar obligado a pagar indemnizaciones una vez que el estado de emergencia haya dejado de existir.⁵²
- 22** Una demanda de renegociación, de reprogramación de la deuda en condiciones más favorables, deberá estar sujeta a requisitos rigurosos, aunque sólo sea para garantizar una distribución adecuada del riesgo. La población de un Estado deudor también forma una comunidad solidaria en el sentido de que, dentro de ciertos límites, debe aceptar la responsabilidad de los "pecados" económicos de su gobierno. La práctica actual de reprogramación y condonación de la deuda también demuestra que acreedores y deudores, incluso en su propio interés, no se guían por una insistencia estricta en el cumplimiento irrestricto del contrato o por una negativa unilateral a cumplirlo, sino que se esfuerzan por encontrar soluciones mutuamente aceptables.
- 23** La invocación de la necesidad estatal también desempeña un papel en los litigios ante los tribunales nacionales.

Por ejemplo, la República Argentina invocó expresamente un estado de emergencia según el derecho internacional en su demanda de pago con bonos del Estado ante el Tribunal Regional de Fráncfort del Meno después de que el gobierno argentino declarara el estado de emergencia nacional a finales de 2001, incluso en el ámbito económico y financiero, y suspendiera posteriormente el servicio de su deuda externa. En opinión del Tribunal Regional de Fráncfort del Meno, la posible existencia de un estado de emergencia en virtud del derecho internacional

49 Véase el art. 25 del Proyecto de la CDI sobre la responsabilidad del Estado (Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento n° 10 (A/56/10), p. 43 y ss.): "1. El estado de necesidad no puede ser invocado por un Estado como causa de exclusión de un hecho que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado, a menos que ese hecho: a) sea el único medio para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente; y b) no afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados respecto de los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto. 2. en cualquier caso, el estado de necesidad no podrá ser invocado por un estado como causa de exclusión de la ilicitud si (c) la obligación internacional en cuestión excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad; o d) el Estado ha contribuido a la situación de necesidad."

50 Véase, por ejemplo, CIJ, *Caso relativo al proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría contra Eslovaquia)*, Informes de la CIJ 1997, p. 40, párrs. 51 f.; Art. 25 párr. 2 lit. b del Proyecto de la CDI sobre la responsabilidad del Estado.

51 Véase, por ejemplo, CIJ, *Caso relativo al proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría contra Eslovaquia)*, Informes de la CIJ 1997, p. 38, párr. 47, p. 63, párr. 101; *CMS Gas Transmission Co. contra República Argentina* Caso del CIADI N° ARB/01/8, ILM 44 (2005), p. 1205, párrs. 379 y ss.; Art. 27 lit. c del Proyecto de la CDI sobre Responsabilidad del Estado.

52 Véase el art. 27 lit. b) del Proyecto de la CDI sobre la responsabilidad del Estado; véase *CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic* ICSID Case No. ARB/01/8, ILM 44 (2005), p. 1205, párrs. 390 y ss.

debido a la amenaza inminente para las funciones del Estado sólo puede ser relevante para la admisibilidad de las medidas de ejecución y no puede constituir un obstáculo para una orden de pago.⁵³

- 24** Se discute si un Estado puede invocar el estado de emergencia no sólo contra Estados, sino también contra acreedores privados. Según una decisión del Tribunal Constitucional Federal -en relación con una crisis de pagos en Argentina-, las normas de emergencia del derecho internacional sólo deben aplicarse en la relación entre el Estado y otros Estados.⁵⁴ Esta decisión no reconoce en principio una serie de conexiones. Es cierto que, desde la perspectiva del derecho internacional, las normas sobre la responsabilidad del Estado no se aplican directamente en la relación entre un Estado y sus acreedores privados. Sin embargo, otros Estados no pueden ignorar sin más la existencia de un estado de emergencia cuando adoptan medidas estatales en interés de los acreedores privados. La prohibición de intervención -en el sentido de un principio interestatal de consideración- junto con las normas sobre el estado de emergencia del derecho internacional deberían impedir que un Estado pusiera directamente en peligro el cumplimiento de las funciones estatales más elementales a través de sus propias medidas (ya sean del ejecutivo o de sus tribunales). Sería una contradicción de valores irreconciliable que un Estado no pudiera hacer valer sus propias reclamaciones debido a un estado de emergencia, pero que al mismo tiempo se le permitiera utilizar sus poderes para ayudar a los acreedores privados a hacer valer sus reclamaciones. Hay que tener en cuenta que la protección de las funciones elementales del Estado en virtud de las normas internacionales de emergencia también tiene una dimensión de derechos humanos (con respecto a la seguridad de los medios de subsistencia, la educación y la atención sanitaria). La práctica moderna de arbitraje sobre la protección de las inversiones presupone que las normas de emergencia también se aplican en relación con los inversores privados⁵⁵. El hecho de que esta relación jurídica se inscriba en un acuerdo de protección de las inversiones en virtud del derecho internacional no es decisivo a este respecto. Esto se debe a que se trata de la reclamación de los inversores privados contra el respectivo Estado anfitrión y no de una disputa genuinamente interestatal.
- 25** En el contexto de las relaciones crediticias privadas, la superación de la crisis de la deuda requiere algunos enfoques nuevos. La cuestión principal aquí es hasta qué punto los acuerdos entre el Estado deudor y una mayoría de acreedores sobre la reprogramación de la deuda afectan a la posición jurídica de los acreedores individuales que no están dispuestos a reprogramar su deuda y que se esfuerzan por hacer valer sus reclamaciones ante los tribunales por su cuenta (los llamados "acreedores hold-out"). Esto es relevante, por ejemplo, en los casos en los que acreedores con una estrategia de inversión agresiva (por ejemplo, los llamados "fondos buitres") compran bonos de Estados con dificultades de pago para demandar los instrumentos de deuda adquiridos con un descuento considerable.
- 26** Si un Estado llega a un acuerdo con la mayoría de los acreedores de bonos sobre la reestructuración de la deuda y no existe una cláusula contractual de reestructuración de la deuda, el Estado deudor no puede invocar un derecho a negarse al cumplimiento frente a la minoría rechazante de "acreedores hold-out", ni en virtud del derecho internacional consuetudinario

53 Tribunal Regional de Frankfurt a. M., JZ 2003, p. 1010 y ss. Nota de *A. Reinisch*; véase también OLG Frankfurt a. M., NJW 2003, p. 2688 y ss. (orden de remisión para la verificación de las normas internacionales de emergencia por parte del Tribunal Constitucional Federal).

54 BVerfGE 118, 124 (opinión disidente, loc. cit., 146 y ss.).

55 *CMS Gas Transmission Co. contra República Argentina Caso CIADI No. ARB/01/8, ILM 44 (2005)*, p. 1205, párrs. 379 y s.; *LG & E c. República Argentina Caso CIADI No. ARB/02/1, ILM 46 (2007)*, p. 36, párrs. 226 y ss.

ni de los principios generales del derecho internacional. Esto se aplica en cualquier caso si un acreedor minoritario no adquirió los instrumentos de deuda antes de la crisis de pagos.

Los tribunales del Estado norteamericano de Nueva York tuvieron que ocuparse de la reclamación de un banco contra una empresa estatal venezolana para el reembolso de un préstamo que el banco demandante había concedido como parte de un préstamo sindicado otorgado por varios bancos. Tras las negociaciones con la empresa demandada, la mayoría de los acreedores habían renunciado a su derecho a iniciar un procedimiento judicial para hacer valer sus créditos. El Tribunal Supremo de Nueva York desestimó el recurso del banco por inadmisibles y subrayó que la actuación de la mayoría de los acreedores no debía menoscabarse desde el punto de vista de la solidaridad de los miembros del sindicato de acreedores.⁵⁶

El Tribunal Constitucional Federal alemán dictó una sentencia similar y subrayó, con razón, la falta de un régimen internacional de insolvencia con una protección adecuada de los acreedores:

"Los principios del derecho de insolvencia citados por el demandante están integrados en los sistemas nacionales de derecho de insolvencia en el detallado régimen de insolvencia de los mismos, que establece normas procesales, incluidas las de protección de los acreedores minoritarios, cuyo cumplimiento es supervisado por un organismo neutral, normalmente un tribunal de insolvencia. Sin un marco procesal constitucional en el que puedan supervisarse las decisiones en detrimento de la minoría, no se dan las condiciones esenciales para la transferibilidad al plano del derecho internacional. Por lo tanto, los principios individuales del derecho de insolvencia no pueden aplicarse de conformidad con el artículo 38(1)(c) del Estatuto de la CIJ. [...] En la decisión de apelación impugnada, el Tribunal Federal de Justicia señala acertadamente que el planteamiento del demandante implica esencialmente la afirmación de un derecho de insolvencia de los Estados reconocido por la comunidad internacional, que indudablemente no existe".⁵⁷

Se requiere una evaluación especial para los acreedores hold-out que adquieren instrumentos de deuda a precios muy reducidos tras el inicio de la crisis y luego hacen valer el crédito en su totalidad. Los tribunales nacionales adoptan aquí enfoques diferentes. Un Tribunal Federal de Apelación estadounidense falló a favor de un acreedor hold-out en una demanda interpuesta por una empresa estadounidense que había adquirido bonos peruanos durante una crisis de pagos en Perú⁵⁸. El Tribunal Federal de Apelación sostuvo que la acción era admisible independientemente del éxito de las negociaciones de reprogramación de la deuda (en el marco del llamado Plan Brady), ya que este acuerdo de reprogramación de la deuda se basaba en una base puramente voluntaria. Además, según el tribunal, una prohibición de la acción amenazaba con empeorar a largo plazo las condiciones para la emisión de bonos por parte de determinados Estados.

Por el contrario, el mismo Tribunal Federal de Apelación, en relación con la crisis de pagos argentina tras la conclusión de las negociaciones de reestructuración de la deuda (con un 76% de los acreedores que aceptaron inicialmente una oferta de reestructuración de la deuda argentina), se centró en la solidaridad de los acreedores y en el interés en que la reestructuración de la deuda soberana se llevara a cabo con éxito.⁵⁹ El Tribunal Federal de Distrito confirmó al

56 *Crédit français, SA v. Sociedad Financiera de Comercio, CA*, 490 New York Supplement 2d Series 670 (1985).

57 BVerfG, Orden de la 3ª Cámara del Segundo Senado de 3 de julio de 2019 - 2 BvR 824/15 -, párr. 39.

58 Tribunal de Apelación del Segundo Circuito; *Elliot Associates, L. P. contra el Banco de la Nación y la República del Perú*, 194 F.3d 363.

59 Tribunal de Apelación del Segundo Circuito; Tribunal de Apelación de los Estados Unidos, *EM Ltd, NML Capi-*

tribunal inferior, que había rechazado la solicitud de embargo de bonos antiguos (depositados en bancos para su canje):

"[...] el Tribunal de Distrito actuó bien dentro de su autoridad para anular los recursos con el fin de evitar un riesgo sustancial para la conclusión exitosa de la reestructuración de la deuda. Esa reestructuración es obviamente de importancia crítica para la salud económica de una nación."

- 27** Recientemente se han desarrollado varias propuestas para un régimen de insolvencia para los Estados sobreendeudados.⁶⁰ La tarea clave se refiere a una base jurídica fiable para un procedimiento en el que, con la participación de un organismo neutral, los acreedores se unan en una comunidad de acuerdo con el principio de igualdad y se impidan las medidas unilaterales de los acreedores individuales.
- 28** El modelo de tratado internacional de un *Mecanismo de Reestructuración de la Deuda Soberana* (SDRM) pretende otorgar un papel vital al Fondo Monetario Internacional y modificar el acuerdo con el FMI.⁶¹ Esta propuesta se refiere principalmente a una moratoria temporal de la deuda (con exclusión de las demandas individuales de los acreedores ante los tribunales nacionales), a la protección de los acreedores en favor de las funciones estatales elementales, a la aplicación supervisada de un programa de reestructuración, a los incentivos para la inyección de nuevos fondos por parte de donantes privados y a la reestructuración de la deuda por decisión mayoritaria cualificada bajo la supervisión y demás participación de un órgano de arbitraje.
- 29** También existe la estrategia de crear las bases para resoluciones de reestructuración por parte de una mayoría de acreedores (*collective action clauses*, CACs)⁶² a través de cláusulas especiales en los acuerdos de préstamo y otros acuerdos de deuda. Estas cláusulas de acción colectiva permiten a una mayoría de acreedores concluir un acuerdo de reestructuración con efectos vinculantes para todos los acreedores o, al menos, limitar la ejecución unilateral de los créditos por parte de una minoría. Entretanto, México y otros países (como Brasil, Italia, Sudáfrica y Turquía) han incluido este tipo de cláusulas en sus bonos emitidos conforme a la legislación de Nueva York⁶³. El Tratado sobre el Mecanismo Europeo de Estabilidad estipula cláusulas de reprogramación colectiva de la deuda para todos los nuevos instrumentos de deuda soberana de la eurozona con un plazo superior a un año (artículo 12 (3)).

El acuerdo de modificación del Tratado del MEDE de 2021 prevé "*cláusulas de acción colectiva de miembro único*" a partir del 1 de enero de 2022. Esto significa que sólo se requerirá una mayoría única para las distintas fases de toma de decisiones.

tal. contra la República Argentina; orden sumaria, 131 f. App'x 745,747.r.

60 A. Krueger, *New Approaches to Sovereign Debt Restructuring: An Update on our Thinking*, Conferencia del Fondo Monetario Internacional 2002, <http://www.imf.org/external/np/speeches/2002/040102.HTM> (consultado el 03 de enero de 2022); C. G. Paulus, *Rechtlich geordnetes Insolvenzverfahren für Staaten*, ZRP 2002, p. 383 y ss.; *ibid.*, *A Statutory Procedure for Restructuring Debts of Sovereign States*, RIW 2003, p. 401 y ss.; K.-A. Schwarz, *Neue Mechanismen zur Bewältigung der Finanzkrise überschuldeter Staaten*, ZRP 2003, p. 170 y ss.

61 A. Krueger, *New Approaches to Sovereign Debt Restructuring: An Update on our Thinking*, Conferencia del Fondo Monetario Internacional 2002, <http://www.imf.org/external/np/speeches/2002/040102.HTM> (consultado el 03 de enero de 2022).

62 R. Gray, *Cláusulas de acción colectiva: teoría y práctica*, *Georgetown Journal of International Law* 35 (2004), p. 693 y ss.

63 S. J. Galvis/A. L. Saad, *Collective Action Clauses: Recent Progress and Challenges Ahead*, *Georgetown Journal of International Law* 35 (2004), p. 713 y ss.; M. Gugiatti/A. Richards, *The Use of Collective Action Clauses in New York Law Bonds of Sovereign Borrowers*, *Georgetown Journal of International Law* 35 (2004), p. 815 y ss.

En 2012, Grecia introdujo por ley la posibilidad de reprogramar retroactivamente los bonos del Estado sobre la base de una decisión mayoritaria de los acreedores (declarada generalmente vinculante por una resolución del Gobierno) y modificar así posteriormente las condiciones de los bonos en detrimento de los acreedores. El Tribunal Federal de Justicia ha dictaminado que una demanda de los acreedores por daños y perjuicios debidos a la retirada de bonos del Estado de sus cuentas de valores como consecuencia de la reestructuración de la deuda fracasó debido a la inmunidad de Grecia⁶⁴. Esto se debe a que la reestructuración de la deuda se basó en actos soberanos del Estado griego. Este punto de vista es al menos problemático cuando se considera la relación de la deuda en su conjunto. Esto se debe a que una acción de pago de acuerdo con los términos originales del bono se basaría en la emisión del bono y, por tanto, no en actos soberanos.

- 30** Cuando se emiten bonos del Estado, las disposiciones que garantizan la igualdad de trato de los tenedores con otros acreedores del Estado (*pari passu*- clauses) desempeñan un papel especial. Dichas cláusulas suelen significar que, en una crisis financiera, el Estado deudor no puede tratar a los tenedores de bonos de forma menos favorable que a los acreedores con los que ha concluido un acuerdo de reprogramación de la deuda. Por ejemplo, debe pagar a los acreedores favorecidos por una cláusula *pari passu* al menos el mismo tipo sobre el bono que promete a los demás acreedores. En este sentido, un tribunal federal de apelaciones dictaminó en el caso *NML Capital, Ltd. contra República Argentina* para bonos emitidos bajo la ley del Estado de Nueva York.⁶⁵ El tribunal situó la protección judicial de los derechos de los acreedores en estrecha relación con la protección de Nueva York como centro financiero:

"No creemos que el resultado de este caso amenace con alejar a los emisores de bonos del mercado neoyorquino. Por el contrario, nuestra decisión afirma una proposición esencial para la integridad de los mercados de capitales: los prestatarios y los prestamistas pueden, bajo la ley de Nueva York, negociar condiciones mutuamente aceptables para sus transacciones, pero se les exigirá el cumplimiento de dichas condiciones. Creemos que el interés -ampliamente compartido en la comunidad financiera- de mantener el estatus de Nueva York como uno de los principales centros comerciales se ve favorecido al exigir a los deudores, incluidos los extranjeros, que paguen sus deudas."

- 31** En septiembre de 2015, la Asamblea General de la ONU adoptó la Resolución 69/319 sobre "*Principios básicos sobre la reestructuración de la deuda soberana*" (una resolución presentada por el G77 y China) con 136 votos a favor, seis en contra y 41 abstenciones⁶⁶. Según la resolución, los Estados deben guiarse por los siguientes nueve principios a la hora de reestructurar la deuda (*proceso de reestructuración de la deuda*): soberanía, *buena fe*, transparencia, imparcialidad, *trato equitativo* de los acreedores, inmunidad, legitimidad (incluido un procedimiento legal), sostenibilidad y *reestructuración* por mayoría. Para los detractores de esta resolución (a saber, Alemania, Israel, Japón, Canadá, Reino Unido y Estados Unidos), estos principios no reflejan el derecho internacional consuetudinario y el Fondo Monetario Internacional es el foro más apropiado para las cuestiones de reestructuración de la deuda.

64 BGH, WM 2016, 734 y ss.

65 Tribunal de Apelación de EEUU para el Segundo Circuito, *NML Capital, Ltd, et al. v. República Argentina* (2013).

66 A/RES/69/319 (29 de septiembre de 2015).

Índice de materias

Los números **en negrita** se refieren a los párrafos de este libro, los magros a sus números de margen.

- Convención de Aarhus **4**, 58
- Abaclat contra la República Argentina **23**, 23 f., 99
- Residuos, transporte de residuos peligrosos
- Convenio de Basilea (1989) **8**, 14
- Acuerdo
- sobre el comercio interestatal **3**, 10 y ss.
- para el transporte comercial privado **3**, 35 y ss.
- acto de estado -doctrina **3**, 82 f.; **20**, 20
- acta iure gestionis **7**, 6 y ss.
- acta iure imperii **7**, 6 ss.
- "Dispositivo adicional" -Procedimiento **12**, 29, **23**, 56, 98
- Aérospatiale -Caso (Tribunal Supremo) **9**, 42
- Acuerdo Continental Africano de Libre Comercio **3**, 13; **12**, 49
- Comunidad Económica Africana (CEA) **12**, 49
- Zona de Libre Comercio Continental Africana (AfCFTA) **3**, 13; **12**, 49
- Comunidad Económica Africana **4**, 33; **12**, 4
- Acuerdo sobre Contratación Pública s. ACP
- Acuerdo sobre la aplicación del Artículo VI del GATT de 1994 s. Código antidumping
- Acuerdo sobre medidas sanitarias y fitosanitarias s. Acuerdo MSF
- Acuerdo sobre la Zona de Libre Comercio de Asia Meridional s. SAFTA
- Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias s. Acuerdo SMC
- Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio s. Acuerdo OTC
- Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio s. ADPIC
- Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio s. TRIMS
- Ahmadou Sadio Diallo **7**, 29
- Asociación Aérea de América **3**, 64
- Aker Kværner **4**, 73
- Países ACP **3**, 33; **4**, 7, 27; **6**, 4; **10**, 43, 142
- ALADI s. Asociación Latinoamericana de Integración
- Estatuto de Agravios a Extranjeros (ATS) **3**, 59; **9**, 25 y ss.
- Condiciones generales
- para cartas de crédito documentarias **14**, 24
- para contratos de transporte aéreo **14**, 15
- Principios generales del derecho **1**, 15; **3**, 2, 5, 15 y siguientes, 86; **22**, 4
- en el derecho de la Unión **3**, 22, 25, 34; **4**, 45; **20**, 2 y arbitraje **3**, 40 f.; **9**, 10
- y derecho transnacional **3**, 38 y ss.
- Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio s. GATT
- American Manufacturing & Trading, Inc contra Zaire **23**, 42
- Acuerdo de libre comercio entre Estados Unidos y Canadá **12**, 6, 27 f.
- Ampal contra Egipto **23**, 43
- Pacto Andino **3**, 13; **4**, 33, 66; **12**, 4, 35 ss.
- Acuerdo de Cartagena **12**, 35
- Acuerdo de Trujillo **12**, 36
- e inversiones extranjeras directas **4**, 66

Comunidad Económica Andina **12**, 35 f.

Reconocimiento

-de resoluciones judiciales extranjeras **3**, 37; **9**, 19, 45; **13**, 41

-de expropiaciones ver allí

de empresas y personas jurídicas **16**, 2 y ss.

-de los procedimientos de insolvencia s. *Derecho de insolvencia, internacional*

-de las decisiones de los tribunales de arbitraje **3**, 37; **9**, 7 ss.; **23**, 72

Antidumping

-GATT **10**, 9, 26, 101 y ss., 126, 131, 141

Convención **10**, 24, 108

Reglamento, CE **10**, 109, 142, 149

Derechos de aduana **10**, 101, 166 (EE.UU.); **12**, 30 (EE.UU.)

Antimonopolio -legislación **1**, 72; **3**, 63, 66, 69; **17**, 1 y ss.

APEC s. *Cooperación Económica Asia-Pacífico*

Empleados, seguridad social **4**, 29

Condiciones de trabajo, adecuadas **4**, 29

Accidentes de trabajo, responsabilidad por **4**, 64

Argentina - Medidas relativas al comercio de bienes y servicios **10**, 137

Amianto -Caso (Cámara de los Lores) **9**, 35

ASEAN **1**, 13; **4**, 33; **12**, 41

Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC) **12**, 44

Asian Agricultural Products contra Sri Lanka **23**, 40, 43

Banco Asiático de Desarrollo **4**, 27

Montaje vertido **10**, 109

Carta del Atlántico (1941) **4**, 3; **10**, 1

Ley de Energía Atómica **8**, 7

Derecho nuclear; Convenio de París sobre la responsabilidad civil en materia de derecho nuclear (1960) **8**, 14

Restricciones a la exportación véase Restricciones a la exportación

Inversiones extranjeras s. Tratados de inversión, protección de las inversiones

Servicio de la deuda externa **26**, 23

Australia - A 4 Papel de copia **10**, 108

Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón **10**, 118

Australia - Empaquetado sencillo del tabaco **6**, 128

relaciones exteriores **1**, 4

-USA , Restatement **3**, 53, 70 y ss.

Principio de impacto véase Derecho antimonopolio, Principio de impacto

Comercio exterior **3**, 10, 42 y siguientes; **4**, 1, 11, 63; **5**, 23; **10**, 37; **12**, 35; **13**, 17

Restricciones según el AWG **3**, 47; **21**, 5

Monopolio del comercio exterior, estado **3**, 44; **4**, 11

Derecho fiscal extranjero **19**, 1

Ley de Comercio Exterior y Pagos **1**, 4; **3**, 46 y ss.

Ley de comercio exterior **1**, 7, 10; **3**, 4, 42, 44 y ss., 58, 73; **21**, 5

Restricciones al comercio exterior **3**, 47

-efecto extraterritorial **3**, 55 y ss.

Principio de personalidad **3**, 52, 60

Sumisión de derecho privado **1**, 14; **3**, 50; **9**, 4, 12

Protección jurídica **3**, 50

Mecanismos de control **3**, 45

Comercio exterior **1**, 4, 9, 11; **3**, 46 f.

Tejón -Otoño **4**, 64

Paquete Bali **10**, 15

Regulación del mercado del plátano **10**, 144

Conflicto del plátano **10**, 28, 142, 160, véase también *Comunidades Europeas - Régimen de importación, venta y distribución de plátanos*

Banco de Pagos Internacionales **4**, 54; **14**, 27

Supervisión bancaria **4**, 9, 53; **14**, 28 y ss.

-en la UE **14**, 33 y ss.

Transacciones bancarias, transfronterizas **14**, 24 y ss.

Supervisión **14**, 26 y ss.

-*Conflicto de leyes* **14**, 39

y *secreto bancario* **14**, 40

Barcelona Traction -Case (IGH) **4**, 60; **7**, 27

Basilea I **14**, 30

Basilea II **14**, 30 f.

Basilea III **14**, 32 y ss.

Comité de Supervisión Bancaria de Basilea **4**, 53; **14**, 28 f.

Acuerdo de Capital de Basilea **14**, 30

Concordato de Basilea (1983) **14**, 28

Sociedades de base s. Derecho fiscal, internacional

Promoción

-en el tráfico aéreo internacional **14**, 15

-de mercancías s. *Transporte de mercancías*

-de personas **14**, 11 y ss.

Ayudas estatales, véase también subvenciones

y *derecho de la competencia* **17**, 14

Convención de las Bermudas **14**, 13

Bertelsmann (Napster) -Caso **9**, 49

Soborno

-*Convenio de la OCDE sobre la lucha contra la corrupción de los agentes públicos extranjeros* **6**, 5

Poder tributario s. Derecho fiscal internacional

Obtención de pruebas en el extranjero **9**, 36 y ss.

Obtención formal de pruebas **9**, 39

-*presentación de documentos, pre-trial discovery* **9**, 40 et seq.

Bhopal **4**, 64; **9**, 35

Biodiversidad s. Diversidad biológica

Bioseguridad, Protocolo de Cartagena **8**, 21 y siguientes; **10**, 169

Biodiversidad, Convenio **4**, 92; **8**, 11, 19 f.

Protocolo de bioseguridad **8**, 21 y ss.; **10**, 169, 171 y ss.

Bitcoin **24**, 25

bloque flotante **5**, 9

estatutos de bloqueo **3**, 58, 66

BMW of North America, Inc. contra Gore **9**, 33

Boeing contra McDonnell Douglas **3**, 64; **17**, 7

Bórax -Case (BGH) **3**, 77 f.

Contratos BOT **22**, 10 f.

Brasil - Medidas que afectan a la importación de neumáticos recauchutados **10**, 1

Brent Spar **4**, 57

Bretton Woods, Conferencia de (1944) **1**, 8; **4**, 3, 24; **5**, 9 ss.; **24**, 4 ss.; **26**, 1

British Petroleum -Otoño **22**, 5

existencias reguladoras **11**, 4

Construir Operar Transferir s. Contratos BOT

Oficina Federal de Cárteles **3**, 68

Comprar irlandés **12**, 10

Enmienda Byrd -Caso **10**, 101, 166

Grupo Cairns **4**, 51

Calvo -Doctrina **7**, 24, 31 s.; **20**, 10; **23**, 11

Campbell contra la República de Zimbabue **7**, 21

Canadá - Determinadas medidas que afectan al sector de generación de energías renovables **10, 51**

Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles **10, 92**

CARICOM **12, 40**

Protocolo de Cartagena s. Protocolo de bioseguridad

Cartesio **16, 6**

Cassis -fórmula **12, 15**

CC/Devas contra India **23, 79**

CEDEAO **12, 45**

Centros **16, 7**

CEPT **14, 46**

CETA **3, 13; 10, 11; 12, 7, 51 s.; 23, 10, 37 s., 62, 104, 107**

Carta de Derechos y Deberes Económicos (1974) **3, 9; 4, 86 s.; 7, 4; 20, 10**

y expropiaciones **20, 10**

Carta de París (OSCE) **6, 2**

Chevron contra Ecuador **23, 65 f.**

Convenio de Chicago sobre Aviación Civil Internacional (1944) **14, 13 f.**

Litigio chileno sobre el cobre (LG Hamburg) **20, 18**

Pez espada chileno Caso **9, 6; 10, 173**

China

-Acuerdo de inversión con la UE **3, 13; 23, 10, 88**

China - Medidas que afectan a los derechos comerciales y a los servicios de distribución de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de entretenimiento **10, 67, 136**

China - Medidas relacionadas con la exportación de tierras raras, tungsteno y molibdeno **10, 56, 58, 78**

China - Medidas relacionadas con la exportación de diversas materias primas **10, 56, 58, 78**

CIF **3, 38; 13, 4**

CIV **14, 11**

acción colectiva **9, 33, 47**

CME/Lauder contra la República Checa **9, 16 f.**

CMR **14, 12**

CMS Gas Transmission Co. contra República Argentina **23, 21, 57**

Lista COCOM **3, 48**

Código Civil **3, 15**

código de conducta **4, 74 véase también códigos de conducta**

y Transferencia de Tecnología **4, 90**

Comisión del Codex Alimentarius **8, 25; 10, 114 s., 130, 168**

cláusula de acción colectiva **7, 8; 26, 29**

Colombia - Puertos de entrada **10, 56**

Colombia - Textiles **10, 70**

COMESA **12, 47**

Comisión de Comercio y Medio Ambiente **10, 174**

derecho consuetudinario **3, 15**

Mercado Común del África Meridional y Oriental s. COMESA

Compañía de Aguas del Aconquija S. A. c. República Argentina **23, 39, 93**

Acuerdo Económico y Comercial Global s. CETA

Acuerdo General y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP) **3, 13; 12, 6, 55; 23, 47, 85**

Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías s. Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías

Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales **10, 169**

Convention relative aux transports internationaux ferroviaires s. COTIF

Corbeau **17, 15**

normas fundamentales del trabajo **10, 174**

responsabilidad social de las empresas **4**, 71 y ss.
Cortec contra Kenia **23**, 29
COTIF **14**, 11
Cotonú, Acuerdo **4**, 7; **6**, 4; **10**, 43
Consejo de Representantes **10**, 3
Countering America's Adversaries Through Sanctions Act (CAATSA) **3**, 58
represalias cruzadas **10**, 161
Ciberespacio **3**, 84 y ss.
Daily Mail -Decisión **16**, 6
Sistema danés de depósito de botellas **12**, 10
DAS Air **4**, 73
Dassonville -Fórmula **12**, 9 ss.
Denegación de justicia **7**, 32; **23**, 51, 62 f.
deniegacion de justicia p. deniegacion de justicia
Desert Line Projects LLC contra la República de Yemen **23**, 54
Deutsche Post AG **14**, 44; **17**, 15
Gestión de divisas **24**, 2 f.
Contratos de divisas **24**, 15, 17 f.
-Importancia para las transacciones bancarias **14**, 38
-Consideración **24**, 13 ss.
y los acuerdos con el FMI **24**, 15 y ss.
y negocios jurídicos privados **24**, 13
-y la insolvencia estatal ver allí
Servicios s. Comercio de servicios, internacional, GATT
Competencia de coordinación de la UE **14**, 36
Libre prestación de servicios **12**, 16 ¶¶.; **14**, 1 y ss.
y Derecho Bancario **14**, 24 y ss.
y apertura del mercado de las telecomunicaciones **14**, 48 f.
y derecho de seguros **14**, 18 y ss.
Monopolio de servicios, estado **4**, 15; **17**, 15
Comercio de servicios, internacional **1**, 2; **14**, 1 y ss.
-Banca s. Transacciones bancarias, transfronterizas
Plazo **14**, 2
Liberalización **14**, 1
-Sistema postal s. Tráfico postal, tráfico de telecomunicaciones
-Telecomunicaciones véase Telecomunicaciones
-Transporte s. Transporte, internacional
-Seguros véase Derecho de seguros, internacional
y Protección del Consumidor **14**, 2
Monedas digitales **24**, 25 f.
Dior -Decisión **10**, 146; **15**, 7
Protección diplomática **4**, 61; **7**, 22 y ss.
Empresas privadas **4**, 61
-de los inversores **7**, 23 ¶¶.; **23**, 1 y ss.
Inversiones directas **2**, 4; **4**, 66; **21**, 1 ss.; **23**, 5, 21
Seguro directo **14**, 20 f.
flujo de caja descontado método **20**, 13
Prohibición de discriminación en el TFUE **5**, 8
Prohibición de discriminación en el GATT **10**, 46 y ss.
Órgano de Solución de Diferencias **10**, 18, 153, 171
doctrina de la separación **22**, 8
Declaración de Doha **10**, 13 ss.; **14**, 1; **15**, 11 ss.
Carta de crédito documentario **14**, 24
República Dominicana - Cigarrillos **10**, 50
Doble imposición **19**, 1 y siguientes, **14**, 40

DR-CAFTA **12**, 6

debido proceso **7**, 23; **9**, 24, 33; **23**, 46, 51, 52, 63, 70, 73, 81

Vertidos **10**, 107 y ss.

Efecto de traspaso, ley de la Unión **3**, 23

CE - Amianto **10**, 49

CE - Grandes aeronaves civiles **10**, 92, 97 f.

CE - Productos de sellado **10**, 37, 68, 123

Eco Oro Minerals Corp. contra la República de Colombia **7**, 23

Acuerdo de Asociación Económica (AAE) **3**, 13; **12**, 7, 53

ECOWAS **4**, 82; **7**, 21; **12**, 4, 45

Tribunal de Justicia de la CEDEAO **7**, 21

doctrina de los efectos s. Doctrina de los efectos

AELC s. Asociación Europea de Libre Comercio

Propiedad, intelectual **15**, 1 y ss.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) **4**, 30; **15**, 3

Propiedad, comercial **15**, 2

Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1883) **15**, 2

Garantía de propiedad **5**, 20; **7**, 16 f.; **20**, 26

y expropiación **20**, 26

Protección de la propiedad **2**, 59; **4**, 8; **7**, 18; **20**, 2

y expropiación **20**, 2 y ss.

Restricciones a la importación s. Restricciones a la importación

Ley uniforme **14**, 5 y siguientes.

-CMR **14**, 12

-Reglas de La Haya **14**, 16

-Derecho de compras. Derecho de compraventa, normalizado

Convención de Varsovia **14**, 15

Transporte ferroviario **14**, 11

Transporte ferroviario **14**, 11

Reglas uniformes sobre el transporte (CIV, ER/CIM) **14**, 11

Convenio sobre la Internacional - (COTIF) (1980) **14**, 11

Eiser et al contra España **23**, 58

Electrabel contra Hungría **23**, 41, 60

comercio electrónico s. comercio electrónico

Comercio electrónico **13**, 47 f.

ELSI -Case (IGH) **7**, 28; **23**, 7

Medidas de embargo **1**, 4 s.; **5**, 24; véase también embargo comercial

Endorois Welfare Council contra Kenia **7**, 18

Seguridad energética **11**, 8

Expropiación **3**, 51, 73 ¶.; **4**, 60, 65; **7**, 17; **20**, 1 ss.; **22**, 1 ss.; **23**, 1 ss., 69 ss., 81 ss., 108 ss.

Reconocimiento **3**, 73 ¶.; **20**, 14 ss.; **23**, 72

Reclamación de indemnización **20**, 9 f.

Plazo **20**, 1

- de facto - **20**, 5 f.; **23**, 70 f.

-directo **20**, 21

-propia nacionalidad **20**, 2

Bienes expropiables **20**, 8

Compensación **7**, 17 y ¶.; **20**, 2, 4, 9 y ss., 21; **23**, 70 y ss.

Cuantía de la indemnización **20**, 10 y ss.

sin indemnización **20**, 1 s., 6, 25; véase también confiscación

-factual **20**, 5

-indirecta **20**, 5, 22 f.

-creeping **20**, 5, 10

-Protección frente a **23**, 6, 70 ss.
e inversiones extranjeras **22**, 1; **23**, 77
y el derecho constitucional alemán **20**, 26
-y Ley de Extranjería **7**, 24
y acuerdos de protección de las inversiones **20**, 6;
23, 6, 12, 14
Acuerdos de concesión y licencia **20**, 9; **22**, 5, 7, 10
-de extranjeros **3**, 3, 6; **7**, 24; **20**, 3 f.
-de activos extranjeros **20**, 21 y ss.
de los activos de la empresa **20**, 21 y ss.
-de los derechos de afiliación **20**, 21 y ss.
-en violación del derecho internacional **20**, 9, 16 f.
Admisibilidad **20**, 1 y ss.
Derecho de expropiación, internacional s. Expropiación
Desarrollo, derecho a **4**, 88
Apoyo al desarrollo **4**, 7, 25, 27
-por el BIRF **26**, 13
Países en desarrollo **3**, 3 ss., 8 ss.; **4**, 4, 7, 12, 20, 25
ss., 31 ss., 51, 64 ss.
Promoción **4**, 86
-Crisis de la deuda, internacional ver allí
Préstamos del FMI **26**,¹
y las empresas multinacionales **4**, 64 y ss.
y el nuevo orden económico mundial **4**, 86 y ss.
Trato preferente **4**, 7, 86; véase también GATT
EPA s. Acuerdo de Asociación Económica
ER/CIM **14**, 11
Patentes de invención **15**, 5
Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura
y la Alimentación (FAO) **4**, 28
cláusula de escape (GATT) **10**, 87
Convención de Espoo **8**, 14
preclusión -principio **3**, 16
Ethyl Corporation contra el Gobierno de Canadá
20, 7
Normativa sobre etiquetado **12**, 15
Acuerdo de Asociación Económica UE-Japón s.
Acuerdo de Asociación Económica (EPA)
Acuerdo de Comercio y Cooperación UE-Reino
Unido **3**, 13; **12**, 5
Acuerdo de inversión UE-Vietnam **23**, 58
Convenio de Bruselas **9**, 20, 50 s.; **13**, 41
Divisas en euros **24**, 21 y ss.
Empresa europea **16**, 20
Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo **4**,
27; **26**, 15
Carta Europea de la Energía, Tratado sobre **11**, 10;
23, 107
Autoridad Europea de los Mercados Financieros
14, 36
Mecanismo Europeo de Estabilidad Financiera **5**,
20
Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) **3**,
13; **4**, 33; **12**, 5
Espacio Europeo de Libre Comercio s. Espacio
Económico Europeo
Comunidad Europea del Carbón y del Acero
(CECA) **3**, 20
Banco Europeo de Inversiones **4**, 27
Comisión Europea **4**, 39
Ejercicio de la supervisión de la competencia **17**,
10
Imposición de multas **3**, 28, 64
Conferencia Europea de Administraciones de Co-
reos y Telecomunicaciones s. CEPT
Convenio Europeo de Derechos Humanos **1**, 15; **7**,
14 y ss.
y expropiación **7**, 17; **20**, 2, 6

Unión Europea **3**, 20 *in fine*; **4**, 34 y ss.
 -Mercado interior s. Mercado interior europeo
Libre prestación de servicios **12**, 16 y ss.
 -Libre circulación de mercancías **12**, 8 y ss.
 -política comercial común **5**, 21 y ss.
Experiencia en política comercial **1**, 4
 -orden institucional **4**, 35 y ss.
Competencia para armonizar las leyes **5**, 7; **8**, 3, 26
Libertad de establecimiento **16**, 6 y ss.
 -Armonización de las leyes véase *Armonización de las leyes*
Directrices **3**, 29
 -Transferencia de derechos soberanos ver allí
 y *EEE* **12**, 19 y ss.
 y *GATT* **10**, 4, 21, 109, 115 y ss., 142 y ss.
Política de transportes **14**, 8 y ss.
 -Política monetaria véase *Sistema Monetario Europeo*, *Unión Económica y Monetaria Europea*
Serpiente monetaria europea **5**, 9
Libertad de circulación de mercancías **12**, 8 y ss.; véase también allí
Derecho de la competencia **17**, 9 y ss.
Acuerdo de Asociación Económica **3**, 33; **4**, 7; **10**, 43
Agrupación Europea de Interés Económico **16**, 19
Unión Económica y Monetaria Europea **5**, 9 y ss.
 -Banco Central Europeo **25**, 4 y ss.
 -Sistema Europeo de Bancos Centrales (SEBC) **25**, 4 y ss.
 -EWS **5**, 10
 -BCEs. Banco Central Europeo
Convergencia de los Estados miembros **5**, 13 y ss.
Pacto de Estabilidad y Crecimiento **5**, 18
Banco Central Europeo **25**, 4 y ss.
Mercado único europeo **5**, 1 y ss.
Patente comunitaria **15**, 5
Armonización jurídica **5**, 7; **15**, 4 f.
Mecanismo Europeo de Estabilización Financiera **5**, 20
Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas **4**, 41 y ss.
Espacio Económico Europeo **3**, 13; **12**, 19 y ss.
 -sistema institucional **12**, 21
Organización **12**, 22 f.
Resolución de conflictos **12**, 24 y ss.
Convenio Europeo de Quiebra (1990) **18**, 7
Parlamento Europeo **4**, 40
Patente europea **15**, 4 f.
 --Convención (1973) **15**,
Sistema Europeo de Bancos Centrales **25**, 4 y ss.
Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional (1961) **9**, 11
Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados (1972) **7**, 6, 9
Derecho de la Unión Europea **1**, 1; **3**, 13, 20 y ss.
Principios jurídicos generales **3**, 25
Protección de la propiedad **20**, 2
 -Derecho de sociedades **16**, 18 y ss.
Norma de derechos fundamentales **3**, 25
 -Derecho primario **3**, 34; véase también allí
Directrices **3**, 29 f.
 -Derecho secundario **3**, 27 y ss., 34; véase también allí
Derecho medioambiental **8**, 3 f., 26

y propiedad industrial **15**, 4 f.

-efecto directo **3**, 23 y ss., 27 y ss.

Reglamentos **3**, 28 véase también allí

Tratados internacionales **3**, 32

Prioridad **3**, 21 f.

-Unión Monetaria véase Unión Económica y Monetaria Europea

Supervisión de la competencia **4**, 9; **17**, 2 f., 9 f.

Derecho de la competencia **3**, 63 ss.; **4**, 16; **17**, 2 ss.

Comunidades Europeas - Amianto **10**, 49

Comunidades Europeas - Hormonas **8**, 13; **10**, 115 y ss., 166

Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos **10**, 111, 121, 172

Comunidades Europeas - Régimen de importación, venta y distribución de plátanos; véase también Disputa del plátano

Comunidades Europeas - Descripción comercial de las sardinas **10**, 131

EUTELSAT **14**, 46

Convenio de Roma s. Convenio sobre el derecho de las obligaciones, CEE (1980)

Convenio de la CEE sobre el derecho de las obligaciones (1980) s. Convenio sobre el derecho de las obligaciones, CEE (1980)

Convenio CEE sobre reconocimiento mutuo de sociedades y entidades jurídicas (1968) **16**, 16

Convenio CEE relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (1968) **9**, 20, 51

AEMA **3**, 13; **12**, 19 y ss.

Enmienda Exon-Florio **21**, 5

Restricciones a la exportación **3**, 45 ^{ju.}; **10**, 56 y ss.; véase también restricciones cuantitativas

Prohibiciones a la exportación **1**, 4 ss., 9; **3**, 45 ss.,

Reserva de autorización **3**, 45

y GATT **10**, 6

Embargo a la exportación s. Embargo comercial

Las cuotas de exportación ven el acuerdo sobre materias primas

Iniciativa para la Transparencia de las Industrias Extractivas (EITI) **4**, 80

Aplicación extraterritorial, derecho nacional **1**, 9; **3**, 49, 55, 58 y ss.

-Ley de cárteles **17**, 4 y ss.

Principio de personalidad **3**, 52, 60

-Conexión especial ver allí

Principio de territorialidad **3**, 52, 62, 66; **18**, 2 y ss.; **20**, 15, 21, 23

y secreto bancario **14**, 40

Exxon Shipping CO contra Baker **9**, 33

trato justo y equitativo **23**, 12, 44 y ss.

FAO s. Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación

FEDAX -Otoño **23**, 5

Fediol -Decisión (TJCE) **10**, 149

Telecomunicaciones **14**, 44 y ss.

Convenio Telegráfico Internacional (1865) **14**, 46

Tratado sobre Servicios y Redes Integrados de Telecomunicaciones Internacionales (1988) **14**, 46

y el Derecho de la Unión **14**, 47 y ss.

Convenio sobre la televisión (1989), Consejo de Europa **14**, 50

FIATA **14**, 7

FIDIC **4**, 56

Consejo de Estabilidad Financiera **4**, 53

Flemingo Duty Free Shop Private Ltd. contra la República de Polonia **23**, 18

Aeropuertos, utilización **3**, 64; **14**, 13

Tráfico aéreo, acuerdo sobre tránsito internacional - (1944) **14**, 13

Inversión extranjera directa **21, 1 f.**

Ley de Modernización de la Revisión del Riesgo de Inversión Extranjera **21, 5**

bifurcación del camino -clausa **23, 92**

forum non conveniens **9, 35**

foro de compras **3, 56; 9, 35; 23, 18**

Portador **14, 5, 12**

-aire- **14, 15**

Derecho de mercancías s. Transporte internacional

Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide contra la República de Filipinas **23, 27, 31**

Área de Libre Comercio de las Américas s. ALCA

Práctica profesional independiente **3, 25**

Zonas de libre comercio **3, 13; 4, 33; 10, 38 y ss.; 12, 1 y ss.**

-Andenpakt ver allí

-EFTA s. Asociación Europea de Libre Comercio

-Zona Europea de Libre Comercio s. Unión Económica y Monetaria Europea

-Acuerdo de libre comercio Canadá-EE.UU. ver allí

-Asociación de Libre Comercio del Caribe **12, 2**

-Tratado de Libre Comercio de América del Norte s. TLCAN

y el GATT **10, 38; 12, 3**

Normas de origen **12, 2**

Libertad de comercio exterior **3, 44 y ss.**

Libertades civiles **1, 15; 6, 1; 7, 15**

Exenciones

Reglamento de exención por categorías CE **17, 11**

-y la competencia en el mercado común **17, 13**

-prohibición de las exportaciones **3, 46**

Libertad de circulación de los trabajadores **3, 28;**

5, 3, 5

-EWR **12, 19**

Derecho de extranjería **7, 22 y siguientes; 23, 1**

Saldos en divisas s. Divisas en euros

Tratado de Amistad, Comercio y Navegación **3, 14; 23, 7**

-americano-italiano **23, 7**

-German-American (1954) **16, 14**

y protección de las inversiones **23, 8**

Relaciones amistosas -Declaración (1970) **3, 9**

ALCA **12, 6**

protección y seguridad plenas **23, 12, 38 y ss.**

Control de fusiones **17, 10, 13**

Reglamento CE **3, 28; 17, 10**

G7 **4, 47**

G8 **4, 47**

G10 **4, 49**

G20 **4, 48**

G21 **4, 51**

G33 **4, 51**

G77 **4, 50**

G90 **4, 51**

Disputa por el camarón s. Estados Unidos - Camarón/Tortuga

AGCS **10, 10, 16, 21, 24, 28, 132 y siguientes, 142; 14, 1, 47**

GATT **1, 7; 2, 1; 3, 11; 4, 3 y ss., 29; 10, 2 y ss.**

-Vote **10, 3**

Código antidumping **10, 8, 24, 26, 91, 149**

Área de aplicación **10, 16 y ss.**

-Códices **10, 7**

Prohibición de discriminación **10**, 46 y ss.
-Historia del desarrollo **10**, 1 ss.
Países en desarrollo, trato preferente de **4**, 7; **10**, 41 s., 45
- cláusula de derechos adquiridos **10**, 2
Principios básicos **10**, 33 y ss.
Rondas comerciales **10**, 5 ss.
-aplicabilidad nacional **10**, 141 y ss.
Principios rectores **10**, 33 y siguientes.
Trato de nación más favorecida **10**, 36 y ss.; véase también allí
Afiliación **10**, 4, 21
Barreras no arancelarias al comercio **10**, 6, 54 y ss.
Organización **10**, 3, 16 y ss.
Reciprocidad **10**, 35, 142
Resolución de litigios **9**, 2; **10**, 150 y ss.
Código de subvención **10**, 59, 91
Tránsito **9**, 6; **10**, 37, 83 s.; **11**, 9 s.
y servicios **10**, 10, 28
y CE **10**, 4, 141 y ss.
-y zonas de libre comercio ver allí
y derechos de propiedad industrial **15**, 7
Protección del medio ambiente y restricciones a la importación **8**, 28
y monopolios estatales **4**, 14
-Uruguay -Ronda **10**, 8 y ss.; véase también allí
-Organización Mundial del Comercio ver allí
Acuerdo Textil Mundial **10**, 7, 88
Objetivos **10**, 33 f.
Reducción de derechos **10**, 53 f.
Gauweiler **5**, 20

Soberanía territorial **7**, 1, 3
y expropiaciones **20**, 1
Modelo de utilidad s. Derechos de propiedad industrial
Mercancías peligrosas
-Acuerdo europeo relativo al transporte de mercancías por carretera (ADR) (1957) **14**, 6
-Convenio Europeo sobre Responsabilidad por Daños durante el Transporte - por Carretera, por Ferrocarril y por Vías Navegables (CRTD) (1989) **14**, 6
Reglamento de Transporte Internacional por Ferrocarril **14**, 6
Fondo Común para los Productos Básicos **11**, 7
Mercado común
de los Estados del Pacto Andino **12**, 4
-Mercado único europeo
-para América del Sur (Mercosur) **12**, 2, 37 y ss.
Comunidad de Estados Independientes **12**, 2
Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios s. AGCS
Asamblea General, la ONU s. Naciones Unidas
Convenio de Ginebra sobre el derecho de letras de cambio y cheques **3**, 35
Convenio de Ginebra sobre la agencia en la compraventa internacional de mercaderías (1983) **13**, 26
Ingeniería genética **7**, 2; **8**, 2 f., 20
Protección judicial, efectiva **6**, 6
Gestión sin mandato **3**, 16
Dibujos y modelos véase Derechos de propiedad industrial
Empresas
Reconocimiento de empresas extranjeras **16**, 2, 13 f.
Expropiación de - **20**, 21 y ss.

Derecho de sociedades, internacional **1, 3; 16**
 -Centros -Decisión **16, 7**
 -Daily Mail -Decisión **16, 6**
 -Estatutos de la empresa ver allí
Teoría de los cimientos **16, 4 y ss.**
 -Contenido **16, 1**
Teoría de los asientos **16, 3, 5**
 -Tratados estatales **16, 13**
y grupos internacionales **16, 17**
Ley de la Unión **16, 4, 6, 18 y ss.**
Estatutos de la empresa **16, 1**
Ley contra las Restricciones de la Competencia **3, 63 f.; 17, 4**
Prohibición de la violencia **3, 6**
Libertad de comercio **4, 8**
Propiedad intelectual **15, 2**
Transferencia de beneficios **1, 3; 4, 62; 24, 1**
Residuos tóxicos **8, 14**, véase también *Residuos*
Glamis Gold Ltd. contra Estados Unidos de América **23, 51**
Pacto Mundial **4, 79**
Gobernanza mundial **2, 7**
Impuesto Mínimo Global **19, 9**
Global Witness contra Afrimex Ltd. **4, 73**
Fondo para el Medio Ambiente Mundial **4, 91; 8, 18**
Acuerdo global de compensación **20, 11**
Globalización **2, 1 y ss.; 4, 47 y ss.**
Paridad del oro **24, 7**
Norma de oro **4, 2, 24**
Moneda de oro **24, 2**
buena gobernanza **6**
fondo de comercio **20, 1, 13**
Contratación pública, Acuerdo sobre s. GPA
GPA **10, 11, 16, 32**
cláusula de derechos adquiridos (GATT) **10, 2**
Gran Zona Árabe de Libre Comercio (GAFTA) **12, 50**
"Ecologizar el GATT" **10, 174**
Greenpeace **4, 56 f.**
Norma de derechos fundamentales del Derecho de la Unión **3, 25**
Teoría fundacional s. Derecho de sociedades, internacional
Transporte de mercancías **14, 5 y ss., 17**; véase también *Transporte, internacional*
 -en la carretera s. *CMR*
 -por avión **14, 15**
Acuerdo de La Haya
 -sobre la ley aplicable a las ventas internacionales de mercancías (1955, 1986) **3, 35; 13, 2**
 -sobre la Ley Uniforme de Compraventa Internacional de Mercaderías (1964) **3, 35; 13, 14 f.**
Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado **9, 44**
Convenio de La Haya sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil y mercantil (1970) **9, 39 y ss.**
Responsabilidad ver también Indemnización
 -para el derecho nuclear véase allí
de miembros de organizaciones internacionales **3, 17; 4, 21 f.**
 -de las empresas estatales para el estado **4, 18**
del portador **14, 12, 15**
del estado para las empresas estatales **4, 17**
 -por accidentes laborales **4, 64**
 -por daños durante el transporte de mercancías peligrosas **14, 6**

-para Chernóbil **4**, 17; **8**, 6

-por no transponer las directivas comunitarias **3**, 30 f.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo s. UNCTAD

Restricciones comerciales véase también derechos de aduana, restricciones a la importación, restricciones a la exportación, restricciones cuantitativas

Exención de prestaciones a través de - **4**, 19

y la libre circulación de mercancías **12**, 8 y ss.

Prácticas comerciales, internacionales **3**, 38, 41; **4**, 8; **13**, 3; véase también *lex mercatoria*

Embargo comercial **1**, 4 f.

Embargo a la exportación **3**, 45 y ss.

Embargo de Irak **1**, 4; **3**, 47, 59

Embargo de oleoductos **3**, 49, 60

y CE/UE **4**, 36; **5**, 24; **7**, 2

Prohibición de intervención **7**, 4

Barreras comerciales

Desmontaje **1**, 1; **4**, 1; **12**, 1

No arancelarias **10**, 6, 54 y ss.; **12**, 50; véase también restricciones a la importación, restricciones a la exportación, subvenciones

Reglamento sobre obstáculos al comercio **10**, 149

Monopolio comercial, estado **3**, 44; **4**, 11, 14

Política comercial, común en la CE **5**, 21 y ss.; **23**, 105

Acuerdos comerciales, internacionales

Interpretación **3**, 38

Carta de La Habana (1947) **4**, 3, 29; **10**, 1 f.

y Restricciones de la Competencia **4**, 9

Ley Helms-Burton **3**, 58

Hoffman-La Roche LTD. contra Empagran S. A. **17**, 6

Actos soberanos, extranjero **3**, 51

- acto de estado -doctrina *ver allí*

-Consideración **3**, 73 f.

Actos soberanos, configuración del derecho privado **3**, 77 f.

Derechos soberanos s. Soberanía

-Transferencia de - *ver allí*

Acreeador hold-out **26**, 25 f.

homo oeconomicus **1**, 18

Honeywell **3**, 64; **17**, 7

Disputa hormonal **8**, 13; **10**, 115 ss., 166; véase también Comunidades Europeas - Hormonas Casco -Fórmula **20**, 10 ss.

IATA **4**, 56; **14**, 7

BIRF s. Banco Mundial

ICANN **3**, 86 f.; **14**, 46

OACI s. Organización de Aviación Civil Internacional

CIADI **1**, 14; **3**, 11; **7**, 32; **9**, 4; **12**, 29; **23**, 3, 27 y ss., 89, 97 y ss.

- Instalación adicional **12**, 29; **23**, 98

Anulación de laudos arbitrales de la - **23**, 101

Convenio de Establecimiento (1965) **3**, 11; **23**, 97

Ejecución de laudos arbitrales del ~ **23**, 102

Responsabilidad **9**, 4, 6; **23**, 98

IDA s. Organización Internacional de Desarrollo

CFI s. Corporación Financiera Internacional

NIIF **16**, 25 y siguientes.

CDI s. Comisión de Derecho Internacional

OIT s. Organización Internacional del Trabajo

Ley de control de emisiones **8**, 7

Inmunidad

-de organizaciones internacionales **7**, 13

-de los estados ver *inmunidad soberana*

de las empresas estatales s. *Empresas estatales*

OMI s. *Organización Marítima Internacional*

Restricciones a la importación **3**, 3, 7, 45 s.; **8**, 4; **10**, 66, 119, 142, 164

Reserva de autorización **3**, 46

Prohibiciones a la importación **1**, 4; **3**, 45; **10**, 6, 56 y ss., 115, 119, 121

-Las restricciones cuantitativas ver *allí*

Incoterms **3**, 38; **13**, 4

India - Determinadas medidas relativas a las células y módulos solares **10**, 51, 74, 80

Indonesia - Medidas relativas a las materias primas **10**, 58

Denuncias individuales, CEDH **9**, 4

Marco Económico Indo-Pacífico para la Prosperidad (IPEF) **12**, 56

Litigio indonesio sobre el tabaco (OLG Bremen) **20**, 18 f.

Igualdad de trato de los nacionales

-Ley de extranjería **7**, 24

-GATS **10**, 142

-GATT **10**, 46 y ss.

-Protección jurídica comercial **15**, 2

-en la protección de las inversiones **23**, 34

In Re South African Apartheid Litigation **9**, 28

En el asunto de Guatemala - Cuestiones relativas a las obligaciones previstas en el artículo 16.2.1(a) del CAFTA-DR **12**, 8

Insolvencia

-de particulares s. *Derecho de insolvencia, internacional*

-de los estados s. *Insolvencia, estado*

Derecho de insolvencia, internacional **18**, 1 y ss.

Insolvencia extranjera **3**, 80; **18**, 5 f.

Convenio Europeo de Quiebra **18**, 7

-Contenido **18**, 1

Insolvencia doméstica **18**, 4

Reglamento de insolvencia de la CE **18**, 7

Principio de territorialidad **18**, 2

-Principio de universalidad **18**, 2, 4

Tratados internacionales **18**, 6

Inspire Art (ECJ) **16**, 11

Intel Corp. contra Advanced Micro Devices, Inc. **9**, 43

Banco Interamericano de Desarrollo **4**, 27; **26**, 15

Corte Interamericana de Derechos Humanos

-Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua **7**, 18

-Pueblo Saramaka contra Surinam **7**, 18

-Comunidad Indígena Sawhoyamaya contra Paraguay **7**, 19

Red Internacional de Competencia **4**, 55

Asociación de Derecho Internacional (ILA) **4**, 87

Organizaciones Internacionales de Empleadores **4**, 56

Organización Internacional del Trabajo (OIT) **4**, 78 f.

Normas de conducta para las empresas transnacionales **4**, 71

Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) s. *Banco Mundial*

Agencia Internacional de la Energía **11**, 8

Asociación Internacional de Desarrollo (AID) **4**, 25; **26**, 14

Conferencia Internacional de Telecomunicaciones **14**, 46

Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) **4**, 30; **14**, 46

Corporación Financiera Internacional (CFI) **4**, 25; **26**, 14

Federaciones sindicales internacionales **4**, 56
Cámara de Comercio Internacional (CCI) **4**, 56
Reglas de arbitraje **3**, 40; **9**, 4, 9
Normas de conducta para las empresas transnacionales **4**, 71
Organización Internacional del Comercio (OIC), Carta **3**, 11; **4**, 29; **10**, 1 f.
Arbitraje comercial internacional **9**, 8 y ss.
Organización Internacional del Café **11**, 4
Asociación de Transporte Aéreo Internacional s. IATA
Organización Internacional del Caucho Natural **4**, 22; **11**, 4
Organizaciones internacionales **4**, 20 y ss.
Responsabilidad de los miembros **3**, 17; **4**, 21 f.; **11**, 4
Inmunidad de **7**, 13
 -no gubernamentales **4**, 56 y ss.
Personalidad jurídica **4**, 21
Organizaciones internacionales de productos básicos **4**, 22, 32; **11**, 4 ss.
Organización Marítima Internacional (OMI) **14**, 7
Acuerdo Internacional de Transporte **14**, 11 y ss.
Agencia Internacional de Seguros s. Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones
Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) **14**, 7, 13
Foro Internacional de la Energía **11**, 8
Corte Internacional de Justicia
 -Barcelona Traction -Fall **4**, 60; **7**, 27
 -ELSI -Caso **7**, 28
 -Molinos de pasta -Otoño **8**, 5
 -Estatuto **3**, 2; **9**, 2
 -Responsabilidad **9**, 2
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) **7**, 14
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales **7**, 14
Protección internacional de la propiedad intelectual **15**, 1 y ss.
Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura
 -Convenio sobre la Patente Europea **15**, 4
Convenio sobre la Patente Comunitaria **15**, 5
Convenio de París (1883) **15**, 2
 y GATT **15**, 7 y ss.
Fondo Monetario Internacional **3**, 11; **4**, 24 ^{III}; **24**, 6 y ss.; **26**, 1 y ss.; véase también *Acuerdo FMI*
Tareas **24**, 10 ss.; **26**, 4 ss.
Condicionabilidad **26**, 8, 15 f.
Organización **26**, 1 f.
Derechos especiales de giro (derechos especiales de giro) **4**, 24; **26**, 6
Seguimiento de las normativas nacionales de control de cambios **24**, 13 y ss.
 -y la crisis de la deuda, internacional ver allí
Consejo Internacional del Estaño **4**, 21 f.; **11**, 4
Acuerdo Internacional sobre el Caucho Natural **4**, 22
Derecho internacional público **3**, 51; véase también *Derecho del comercio exterior*
Derecho internacional privado s. Conflicto de leyes
Convenio Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales (UPOV) **15**, 6
Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones s. CIADI
Cláusulas de internacionalización Contratos de inversión
Internet **3**, 84 y ss.; **9**, 20; **13**, 47 y ss.
Deber de intervención de los bancos centrales **5**, 10; **24**, 8

Prohibición de intervención **7, 4**
y embargo comercial **7, 4**
Préstamos del FMI/BIRF **7, 4**
Garantías de inversión
-Programas de protección de inversiones , el gobierno ve allí
Seguro privado **23, 112**
Protección de las inversiones **1, 3; 3, 11; 4, 1 y ss.; 9, 4; 23, 1 y ss.**
Protección diplomática **1, 3; 3, 11; 7, 23**
-a través de la ley de expropiación ver allí
--tratados, bilaterales ver allí
-ICSID ver allí
-MIGA ver allí
Desarrollo sostenible **21, 6**
-sistemas nacionales de seguros **23, 110 y ss.**
Acuerdos de protección de inversiones **7, 25 ss., 32; 23, 2, 7 ss., 104 ss.**
Tratados de protección de inversiones, bilaterales **3, 14; 23, 7 y ss., 87 y ss.**
-*Tratados de amistad, comercio y navegación* ver allí
-*Acuerdo de protección de inversiones* ver allí
Indemnización por pérdidas y daños en caso de expropiación **23, 70**
Programas de protección de las inversiones **23, 110 y ss.**
Contratos de inversión **22, 1 y siguientes; 23, 1**
- *Construir Operar Transferir* **22, 10**
Cláusula de internacionalización **22, 2 y ss.**
Cláusula de estabilización **22, 2 ss.; 23, 1, 100**
y derecho transnacional **22, 2**
Organización Internacional de Comisiones de Valores (OICV) **4, 54**
Organización Internacional de Supervisores de Seguros (IASI) **4, 54**
Embargo a Irak s. Embargo comercial
Ley de sanciones contra Irán y Libia **3, 58**
Tribunal de Reclamaciones Irán-EE.UU. **1, 14; 3, 41; 9, 2, 5; 20, 12; 23, 7**
y expropiaciones **20, 12 f.**
ISO 26000 **4, 78**
OIC s. Organización Internacional del Comercio
FMI s. Fondo Monetario Internacional
Acuerdo del FMI (1944) **4, 4; 24, 6 y ss.; véase también Fondo Monetario Internacional**
Desarrollo **24, 10**
y restricciones cambiarias **24, 13 y ss.**
y EWS **25, 2**
Sistema monetario **24, 6 y ss.**
Jane Doe et al. contra Wal-Mart **4, 69**
Japón - Medidas que afectan a los productos agrícolas **10, 120**
Japón - Medidas que afectan a la importación de manzanas **10, 119 f.**
Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas **10, 37, 47**
Jesner contra Arab National Bank **4, 82; 9, 30**
Soberanía jurisdiccional **3, 66**
Conflicto jurisdiccional **3, 55 y ss., 65 y ss.**
jus cogens **3, 6**
Túnel del Canal **22, 11**
Acuerdo de Libre Comercio Canadá-EE.UU. **3, 13; 12, 6, 28**
Protección de los inversores **14, 24 y ss.**
Movimientos de capital, internacionales **1, 2; 4, 1; 24, 1, 4, 13, 17; véase también derecho monetario, internacional**
Libre circulación de capitales **5, 1, 6**

-en el *EEE* **12**, 19

Asociación de Libre Comercio del Caribe **12**, 2

Comunidad del Caribe **12**, 2

Autoridades antimonopolio s. Autoridades de defensa de la competencia

Cárteles, materia prima ver allí

Ley antimonopolio **1**, 16

Principio de impacto **17**, 4 y ss.

-*aplicación extraterritorial* **17**, 4 y ss.

y *Reglamento de Concentraciones* **3**, 28; **17**, 10 y ss.

Reglamento sobre cárteles, CEE **3**, 28; **17**, 10 y ss.

Ley de ventas, uniforme **3**, 36; **13**, 3, 13

Convención de La Haya de 1964 **3**, 35; **13**, 14

-*Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías ver allí*

Keck -fórmula **12**, 11, 13

Ronda Kennedy **10**, 5

Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku contra Ecuador **7**, 18

Kimberley -Proceso **11**, 2

Kiobel contra Royal Dutch Petroleum **4**, 68; **9**, 29

Notificación de actos procesales véase Notificación de actos procesales

Protección del clima, Convención **4**, 91 ss.; **8**, 15 ss.

Koch contra Venezuela **23**, 71

Conflicto de leyes **1**, 13; **3**, 51 y siguientes; **14**, 39

Enlace **3**, 52

Aplicación del derecho extranjero **3**, 73 y ss.

Capacidad jurídica de las empresas **16**, 2

-*Normalización véase Normalización del derecho*

- *ordre public* **3**, 54; véase también allí

-*Derecho monetario, internacional* **24**, 5

Comisión de Derecho Mercantil Internacional s. CNUDMI

Comisión/Hungría (Ley de Educación Superior) **10**, 21, 145

Komstroy **23**, 10

Condicionabilidad s. Fondo Monetario Internacional

Conferencia de Río **8**, 10 f., 19

Conferencias sobre comercio y empleo **10**, 1

Confiscación **20**, 1 s., 6, 23, 25; véase también *expropiación, sin indemnización*

Minerales de conflicto **4**, 80; **11**, 2

Cláusula de conformidad **23**, 26

La acción de la competencia, ante el TJCE **4**, 43

Derecho concursal, internacional s. Derecho concursal, internacional **18**, 1 y ss.

Convenio Europeo de Quiebra **18**, 7

Principio de territorialidad **18**, 2

-*Principio de universalidad* **18**, 2, 4

Tratados internacionales **18**, 6

Conossements, Convenio internacional para la normalización de las normas sobre - (1924) **14**, 16

Criterios de convergencia **5**, 13 f.

Contratos de concesión **22**, 3 y ss.; véase también *contratos de inversión*

y *expropiación* **20**, 9; **22**, 4, 6, 10

Estados financieros consolidados **16**, 24 y ss.

Convertibilidad de las monedas **24**, 2, 4, 7

Koraou contra la República de Níger **7**, 21

Corrupción **4**, 64, 79; **6**, 3 y ss.; **23**, 25 y ss.

Ley de Control de Armas de Guerra **3**, 48

Criptomoneda **24**, 25 f.

Cultura

Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad cultural **10**, 169

Protección de bienes culturales **3**, 77

Protocolo de Kioto **8**, 17 s.; **10**, 168

Laker -Caída **3**, 67

Lanco contra la República Argentina **23**, 93

Agricultura-

Acuerdo sobre agricultura **10**, 55, 104 f.

Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) **12**, 33 y ss.

lex mercatoria **3**, 38 y ss.

LG & E c. República Argentina **23**, 58, 80

Liberalización del comercio mundial **1**, 1; **3**, 11; **4**, 1, 6, 29; **5**, 21 f.

y *GATT* **10**, 52 y ss.

y *protección del medio ambiente* **8**, 9 f.

Contratos de suministro

y *prohibición de las exportaciones* **1**, 5; **3**, 45 y ss.

y *restricciones nacionales* **1**, 9

Lithgow contra el Reino Unido **7**, 17; **20**, 2 f.

Acuerdos de licencia

y *Transferencia de Tecnología* **4**, 89 f.

norma de recursos locales **7**, 30; **23**, 67

Loewen contra EE.UU. **23**, 64

loi uniforme **3**, 35; véase también *armonización del derecho*

Lomé, Convenio de **4**, 7; **10**, 43

Lotus -fall (StIGH) **3**, 62

Libertades aéreas **14**, 12

Transporte aéreo **14**, 12 y ss.

Transporte aéreo

Acuerdo sobre la utilización del espacio aéreo y los aeropuertos **14**, 12 f.

-IATA ver allí

-ICAO ver allí

Liberalización en la UE **14**, 8

-privado **14**, 15

Estructura arancelaria **14**, 15

Convenio de Varsovia para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte internacional - (1929) **14**, 15

Convenio suplementario para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte internacional efectuado por un transportista distinto del transportista contractual (1961) (Convenio de Guadalajara) **14**, 15

Contaminación atmosférica, acuerdo para combatirla **8**, 14

Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (1988) **9**, 20

Acuerdos a tanto alzado **20**, 11

Lungowe contra Vedanta **4**, 68

Tratado de Maastricht s. Unión Europea

flotante gestionado **24**, 2

Las libertades del mercado en la CE **3**, 24; **5**, 1 y ss.

Economía de mercado **3**, 7; **4**, 8 ss.; **5**, 1 ss.; **6**, 2 ss.

Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua **7**, 18

Nación más favorecida **3**, 7, 14; **4**, 5

-en el AGCS **10**, 133; **14**, 47

-en el GATT **10**, 34, 36 y siguientes, 52, 124; **12**, 3

-en el TLCAN **12**, 29

-en TRIPS **15**, 7

-en los acuerdos de protección de las inversiones **23**, 12 y ss., 35 y ss.

y *los países en desarrollo* **10**, 39

Autoridad de los fondos marinos **4**, 90

Contaminación marina, acuerdo para combatirla **8**, 14

megarregionales (acuerdos comerciales "megarregionales") **12**, 51

Restricciones cuantitativas **3**, 45; **5**, 2; **10**, 6, 54 y siguientes; **12**, 9

Derechos humanos **7**, 14 y ss.; véase también *libertades civiles, Convenio Europeo de Derechos Humanos*

Empresas multinacionales **4**, 71 y ss.

Protección **1**, 15; **3**, 1, 6; **7**, 1, 14 ss.

-und Fremdenrecht **7**, 22 y ss.

-contratos universales **7**, 14 f.

MERCOSUR s. Mercado común para Sudamérica

Metal-Tech Ltd. contra Uzbekistán **23**, 26

México - Medidas que afectan a los servicios de telecomunicaciones **10**, 140

México - Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas **10**, 48, 164

Mickelsson y Roos **12**, 13

Microsoft **3**, 84; **17**, 2, 12

MiFID **14**, 38

OMGI s. Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones

Mihailescu contra Rumanía **4**, 82

Milieudefensie contra Royal Dutch Shell **4**, 70, 83

Norma mínima en la ley de inmigración **7**, 22 ss.; **20**, 3; **23**, 38 ss.; **26**, 19

impuesto mínimo **19**, 9

Mobil contra la República Argentina **23**, 80

Mondev International Ltd. contra Estados Unidos **7**, 23; **23**, 50, 63

Consenso de Monterrey **6**, 7; **21**, 1

Morrison. contra National Australia Bank Ltd. **3**, 59

Planta MOX - Otoño **9**, 6

Acuerdo multifibras s. Acuerdo textil mundial

Organización Multilateral del Comercio **10**, 16 y ss.

Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI) **23**, 3, 108 f.

Acuerdo fundacional (1985) **23**, 108

Acuerdo Multilateral de Protección de las Inversiones **23**, 6

Transporte multimodal **14**, 17

empresas multinacionales **1**, 15 ss.; **4**, 71 ss.

-subjetividad limitada en derecho internacional **4**, 65; **9**, 26; **22**, 7

Fiscalidad **19**, 6 f.

Protección de las inversiones **4**, 65

Códigos de Conducta **3**, 9, 82; **4**, 71; **23**, 88; véase también el *Código de Conducta de la ONU*

Murphy contra Ecuador **23**, 52

Derecho de vecindad, derecho internacional

y contaminación medioambiental **8**, 5

y desarrollo sostenible **8**, 9 y ss.

TLCAN **3**, 13; **12**, 6, 27 y ss.; **20**, 6 y ss.; **23**, 8, 40, 45, 50 y ss., 64, 76, 90

Protocolo de Nagoya **8**, 20

Nakajima **10**, 149

Nacionalización **20**, 1; véase también *expropiación*

National Grid P.L.C. contra República Argentina **23**, 59

Reclamación Neer **7**, 23; **23**, 51

Nuevo instrumento de política comercial **10**, 148

Nevsun contra Araya **4**, 82

Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958) **9**, 11 y ss.

Nueva Lex Mercatoria **3**, 38

No discriminación **3**, 7; **4**, 5; véase también *trato de nación más favorecida, prohibición de discrimi-*

nación

Recurso de anulación, ante el TJCE **4**, 42

Organizaciones no gubernamentales **4**, 56 y ss.

Reclamación por no infracción **10**, 167

Sucursal

-a empresa **1**, 2 f.

-comercial **15**, 2

-transfronterizo **1**, 2

-de los bancos **14**, 26 y ss.

-de seguros **14**, 18 y ss.

Libertad de establecimiento **3**, 24; **5**, 3; **12**, 16; **14**, 2; **16**, 6 y ss.

y derecho bancario **14**, 26

Derecho de establecimiento **3**, 14; **7**, 25

-en el *EEE* **12**, 19

Niko Resources Ltd. contra Bangladesh **23**, 14, 17, 25

Niza, Tratado de **3**, 26

NML Capital, Ltd. contra República Argentina **26**, 30

Sin rescate **5**, 11, 20

Noble Ventures, Inc. contra Rumanía **23**, 33, 43

Tratado de Libre Comercio de América del Norte s. TLCAN

North American Dredging Company de Texas **7**, 32

Tratado de Libre Comercio de América del Norte s. TLCAN

Cláusulas de emergencia **23**, 79 f.

Occidental Exploration and Production Co. contra la República de Ecuador **23**, 34

OCDE s. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico

Modelo de Convenio sobre Doble Imposición **19**, 5

- Directrices para las empresas multinacionales **4**, 72 f., 83

OGT Fruchthandelsgesellschaft **10**, 143

Empresas públicas

y derecho de la competencia **4**, 15 f.; **17**, 15

Contratación pública **5**, 7

Derecho público, extranjero **3**, 51 f.

Ogoni -Caso **4**, 68; **7**, 19; **9**, 29

Okpabi et al. contra Royal Dutch Shell Plc et al. **4**, 68

Daños debidos a la contaminación por hidrocarburos, Convenio sobre responsabilidad civil (1969) **8**, 14

OPEP **11**, 6

"Política de exclusión voluntaria" **8**, 28

orden público

y reconocimiento de laudos arbitrales **6**, 5; **9**, 11

y reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras **9**, 44 y ss.

y reconocimiento de expropiaciones **20**, 17 f.

y Derecho Internacional Privado **3**, 54

transacciones monetarias directas (OMT) **5**, 20

Organización de Estados Africanos **4**, 33

Organización de Países Exportadores de Petróleo véase OPEP

Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI) **4**, 28; **8**, 25

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico **4**, 31

Acuerdo Multilateral sobre Inversiones **23**, 6

Normas de conducta para las empresas transnacionales **4**, 71 y ss.

Unión Monetaria del Caribe Oriental **25**, 10

Capa de ozono

Protocolo de Montreal (1987) **4**, 91; **8**, 15

-*Convenio de Viena para la Protección de (1985)* **4, 91; 8, 15**

Pantechniki contra Albania **23, 40**

pari passu -cláusula **26, 30**

París Asociación **15, 2**

Derecho de patentes **15, 1 y ss.**

Alianza del Pacífico **12, 34**

Soberanía del personal **3, 75; 7, 1, 3**

y *expropiaciones* **20, 1, 21**

Principio de personalidad **3, 52 f., 60**

Estatutos del personal de las empresas s. Estatutos de la empresa

Libertad de movimiento **5, 3, 5**

Philip Morris Asia Limited (Hong Kong) contra Australia **3, 59; 23, 19, 84**

Philip Morris contra Uruguay **23, 60, 84**

Piero Foresti et al. v. República de Sudáfrica **23, 75**

Oleoducto -Embargo s. Embargo comercial, Sensor -Caso

Economía planificada **1, 11; 6, 6**

Elementos en E(W)GV/EGKS V **5, 4**

Inversiones de cartera **21, 2 f.**

Poštová Banka contra la República Helénica **23, 22**

POSCO **4, 73**

Tráfico postal **14, 44 f.**

Directiva de servicios postales (CE) **14, 45**

descubrimiento previo al juicio **3, 66; 9, 40 y ss.**

Presbyterian Church of Sudan, the v. Talisman Energy Inc. **9, 28**

Acuerdos comerciales preferenciales **10, 38; 12, 3; 14, 1; 23, 2**

Derecho primario, la Unión **3, 34; véase también Derecho de la Unión Europea**

Principio de prioridad **15, 2**

Autonomía privada **4, 8; véase también elección del derecho aplicable**

y *el derecho transnacional* **3, 39 f., 49**

Derecho privado **1, 1, 6**

-*internacional ver conflicto de leyes*

-*Normalización s. Derecho uniforme*

Sociedad de derecho privado **4, 8**

Privacidad **3, 25**

Métodos de producción y proceso (MPP) **10, 57, 66**

Responsabilidad del producto

y *la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa* **13, 45 f.**

Ley para la Protección de la Seguridad Energética de Europa (PEESA) **3, 58**

PSEG Global Inc. contra la República de Turquía **4, 58**

pseudo sociedad extranjera **16, 4**

Molinos de pasta -Otoño **8, 5**

daños punitivos **9, 33, 45 f.**

Principio de origen s. Derecho fiscal, internacional

Railroad Development Corporation (RDC) contra la República de Guatemala **23, 53**

Agencias de calificación **14, 42**

Contabilidad **16, 24 y ss.**

Abuso de derechos **3, 16, 67; 7, 3; 23, 72**

Personalidad jurídica, organizaciones internacionales **3, 17; 4, 21**

Administración de justicia, eficaz **4, 8**

Armonización jurídica **1, 13; 3, 35 s., 42;**

-*del derecho de compraventa véase Derecho de compraventa, normalizado*

-*de derecho sustantivo* **3, 35, 57; véase también Derecho uniforme**

-por la UE **3**, 35; **5**, 7; **8**, 3; **13**, 5 y ss.; **14**, 12, 14 y ss., 18; **15**, 5; **16**, 8

Derecho comparado **3**, 15

Elección de la ley

-para el contrato de seguro **14**, 20

-en el Convenio de la Deuda de la CEE **1**, 13; **13**, 5

y Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías **13**, 27 y ss.

y derecho transnacional **3**, 38

Asociación Económica Integral Regional Acuerdo (RCEP) **3**, 13; **12**, 42

Uniones monetarias regionales **25**, 10

Reglamento **17**, 16

Remailing **14**, 44

República de Guinea contra República Democrática del Congo **7**, 29

Represalia **7**, 30

res transit cum onere suo **3**, 19

Resoluciones, Asamblea General de la ONU **3**, 9; **4**, 74

Reciprocidad, en el GATT **10**, 35, 142

Retorsión **7**, 30

Directrices **3**, 29

Efecto de terceros **3**, 29

Evaluación de riesgos **10**, 114 y ss.

Río, Conferencia sobre Medio Ambiente y Desarrollo **8**, 10 f.

RJR Nabisco, Inc. et al. v. Comunidad Europea et al. **3**, 59

Reclamación Roberts **23**, 44

Acuerdos sobre productos básicos **3**, 12; **11**, 3 y ss.

Finalización por el E(W)G **5**, 23

Cuotas de exportación **11**, 5

-Fondo Común para los Productos Básicos **11**, 7

Materias primas **11**, 1 y ss.

-GATT **11**, 1

Seguridad de abastecimiento **11**, 8

Cárteles de productos básicos **11**, 6

Roma I **13**, 6 ss.

Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (1980) s. Convenio sobre el derecho de las obligaciones, CEE

Requisito de consideración **8**, 5 f.

Principios de Ruggie **4**, 75

Rukoro contra la República Federal de Alemania **9**, 30

Radio **14**, 50

Monopolio de radiodifusión y televisión **7**, 15

Frecuencias de radiodifusión, atribución **14**, 50

Libertad de emisión **7**, 15

Rumasa -Caso (Cámara de los Lores) **20**, 27 f.

Rusia - Medidas relativas al tráfico en tránsito **10**, 83 f.

Federación Rusa - Medidas sobre la importación de cerdos vivos, porcinos y otros productos porcinos procedentes de la Unión Europea **10**, 114

Rusoro Mining Ltd. contra Venezuela **23**, 48

SADC **7**, 21; **12**, 46

SAFTA **12**, 43

SAIPEM S.p.A. contra la República Popular de Bangladesh **23**, 72

Saluka Investment BV contra la República Checa **23**, 38

Legislación sobre sanciones **3**, 58

Santa Elena -Otoño **23**, 78

Pueblo Saramaka contra Surinam **7**, 18

Litigio sobre las sardinas (Comunidades Europeas - Descripción comercial de las sardinas) **10**, 131

Televisión directa por satélite **14**, 50

Organizaciones satélite **14**, 46

Arabia Saudí - Medidas relativas a la protección de los derechos de propiedad intelectual **6**, 85

Sawhoyamaxa -Otoño **7**, 19

Circuitos **15**, 2

Arbitraje, mixto **23**, 97

Arbitraje internacional

- ICSID ver allí*
- privado* **4**, **8**; **9**, 7 y ss.

Arbitraje

- intergubernamental* **9**, 2

Laudos arbitrales, reconocimiento **9**, **10** y ss., **13** y ss.

Laudos arbitrales, internacional **9**, **12**

Laudos arbitrales

- Aplicación* **9**, **13 f.**; **23**, **102**

Acuerdos de arbitraje entre Estados y empresas **22**, **4**, **8**

Crisis de la deuda, internacional **3**, **8**; **26**, **15** y ss.

Convenio sobre el Derecho de Obligaciones, CEE (1980) **1**, **13**; **3**, **36**; **13**, **2**, **5** y ss.

Enlace **13**, **9**

Área de aplicación **13**, **7**

Elección de la ley **13**, **8**

Enlace especial **13**, **11**

y contratos de seguros **14**, **22**

Principio de protección **3**, **52**, **60**

Mercados emergentes **4**, **12**, **48**, **50 f.**; **7**, **20**; **8**, **17 f.**, **20**, **30**; **10**, **14**; **21**, **3**; **23**, **94**; **26**, **2**, **8**, **15**

Acuerdo SMC **10**, **92** y ss.

SEEE -Caso **9**, **14**

Ley de flete marítimo **14**, **16**

Convención sobre el Derecho del Mar **4**, **90**; **10**, **168**, **173**

Derecho derivado, la Unión **3**, **21**, **27** y ss., **34**

Libertad de transmisión **14**, **50**

Sensor -Otoño **3**, **49**

Declaración de Seúl **4**, **87**

Conjunto de Principios y Normas Equitativos Convenidos Multilateralmente para el Control de las Prácticas Comerciales Restrictivas **4**, **74**

Consejo de Seguridad, ONU s. Naciones Unidas

Normas de seguridad

- en los países en desarrollo* **4**, **64**
- protección individual en la Ley de la Energía Atómica* **8**, **7**

Teoría del asiento s. Derecho de sociedades, internacional

Concha

- Brent Spar* **4**, **57**
- en Nigeria* **4**, **68**; **7**, **19**; **9**, **29**

Ley Sherman (1982) **3**, **69**; **17**, **6**

Camarón/tortuga -Otoño, véase Estados Unidos - Camarón/tortuga

República Eslovaca contra Achmea **23**, **107**

soft law **3**, **9**, **4**, **73**, **83**

Código de Conducta de la ONU **4**, **74**

SolEs Badajoz GmbH v. Reino de España **4**, **58**

Enlace especial **3**, **78 f.**

- Convenio del GTCE sobre el Derecho de Obligaciones* **13**, **11**

Derecho contractual de seguros **14**, **20**

Organización especial de la ONU véase Naciones Unidas

Derechos especiales de giro s. Fondo Monetario Internacional

Sosa contra Alvarez-Machain **9**, 27
Comunidad para el Desarrollo del África Meridional s. SADC
Soberanía **7**, 1 ss.
 -*restringido* **8**, 5
y acuerdos de concesión **22**, 3 y ss.
Arbitraje y acuerdos de arbitraje con particulares **22**, 4, 8
e inmunidad soberana **7**, 5 y ss.
y transferencia de derechos soberanos **7**, 2
Mecanismo de reestructuración de la deuda soberana **26**, 28
Fondo soberano **21**, 4
Dumping social **4**, 29
Reservas socioeconómicas **10**, 121
Teoría de la escisión, en caso de expropiación de los derechos de socio **20**, 24 f.
Sociedad de fisión s. Teoría de la fisión
Acuerdo MSF **8**, 22 ss.; **10**, 24, 27, 57, 73, 110 ss.
Inmunidad del Estado **1**, 14; **3**, 6; **4**, 13, 17; **7**, 5 ss.; **9**, 18, 30
 -*absoluto* **7**, 6
 -*restringido* **7**, 6
Convenio Europeo sobre - (1972) **7**, 6, 9
 -*en el procedimiento de descubrimiento* **7**, 5
Leyes nacionales sobre - **7**, 6, 9
de las empresas estatales **4**, 17; **7**, 11
Sucesión estatal **3**, 18 f.
y pasivos por préstamos **3**, 18 f.
Ciudadanía, empresas privadas **3**, 52; **4**, 60 s., **16**, 1
Fondo soberano **21**, 4
 -*Principios de Santiago* **21**, 4
Directrices éticas **4**, 81
Responsabilidad del Estado **3**, 31; **4**, 45
Sistemas de comercio estatales **1**, 11
Estado de emergencia **26**, 21 y ss.
Empresa estatal **4**, 17 y ss.
Inmunidad **4**, 17; **7**, 11 y ss.
 -*Exención de prestaciones por restricciones comerciales* **4**, 19
Arbitraje y resolución de conflictos **2**, 41; **9**, 18; **9**, 72; **26**, 26
Incapacidad para pagar **26**, 17 f.
Cláusula de estabilización s. Contratos de inversión
Pacto de Estabilidad **5**, 18; **25**, 8
Órgano Permanente de Apelación **10**, 155
Derecho fiscal, internacional **1**, 3; **19**
Derecho fiscal extranjero **19**, 1
Empresas básicas **19**, 7
 -*Poder tributario* **19**, 2
Acuerdo de doble imposición **19**, 4 y siguientes; **14**, 40
 Imposición mínima de los beneficios del grupo **19**, 9
 Principio de fuente **19**, 2
 y las empresas multinacionales **19**, 8
 -*Weltkommensprinzip* **19**, 2 f.
Transporte por carretera, Convenio relativo al contrato de transporte de mercancías por carretera (1956) (CMR) **14**, 12
Ley de transporte por carretera **14**, 12
Resolución de litigios, internacional **1**, 14; **9**, 1 y ss.
 -*en la protección de las inversiones* **23**, 89 y ss.
 -*OMC* **10**, 142 y ss.
sustancialmente todo el comercio **10**, 38, 43; **12**, 3

Subvenciones al algodón de tierras altas -Otoño **10**, 94, 99

Subvenciones, gobierno **3**, 45

-*Derechos compensatorios* **10**, 91

-*en la ley de comercio exterior* **3**, 45

y *GATT* **10**, 91 y ss.

-y *Agricultura* **10**, 103 y ss.

y *derecho de la competencia* **17**, 14

Suramerica de Aleaciones Laminadas, C. A. contra Estados Unidos **10**, 147

Survival International contra el Fondo Mundial para la Naturaleza **4**, 73

desarrollo sostenible **8**, 9 y siguientes; **12**, 52

-*UNCTAD* **21**, 6

-*Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales* **4**, 72, 83

SWIFT **14**, 43

Tarifas sólo -Maxime **10**, 53

Estructura tarifaria, transporte aéreo **14**, 15

Tatar contra Rumanía **8**, 13

Acuerdo OTC **10**, 24, 27, 57, 73, 123 y siguientes.

Transferencia de tecnología **4**, 74, 86 y ss., **8**, 17, 20, 32 y ss.

-*Biotecnología* **4**, 92

Régimen de los fondos marinos **4**, 90

Protección medioambiental contractual **4**, 91

Tecmed contra México **20**, 6; **23**, 36, 41, 56 s., 71

Telecomunicaciones **14**, 46 y ss.

Territorialidad, del derecho **3**, 42

Principio de territorialidad **3**, 52 y ss., 66 y ss.

-*en la ley de expropiación* **20**, 15, 21, 23, 25

-*en derecho concursal* **18**, 2 y ss.

Litigio sobre el atún, véase GATT

Filiales **1**, 3; **3**, 58 y ss.

Responsabilidad **4**, 68

Ronda de Tokio **10**, 5 f.

Tránsito **11**, 10

-*GATT* **11**, 9 f.

empresas transnacionales véase empresas multinacionales

Ley de Comercio **10**, 148, 162

Mecanismo de política comercial **10**, 16

Derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio s. ADPIC

Medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio s. TRIMS

Derecho transnacional **3**, 37 y ss.

y *contratos de inversión* **22**, 2

Asociación Transpacífica (TPP) **3**, 13; **10**, 28; **12**, 6 f., 44, 51, 55; **23**, 8

Transporte, internacional **14**, 4 ss., 7 ss., 13, 17

-*Ferrocarril-* ver allí

-*mercancías peligrosas* ver allí

-*organizaciones internacionales* **14**, 7

-*air-* see there

-*multimodal* **14**, 17

-*Carga marítima* ver allí

-*carreteras-* ver allí

-y *el Mercado Único Europeo* **14**, 8

Buena fe **3**, 16; **10**, 63; **13**, 31, 35; **26**, 31

Competición de triadas **12**, 27

Trinidad Cement Ltd. contra la Comunidad del Caribe **12**, 40

EMBELLECEDORES **10**, 10, 30, 51

ADPIC **10**, 10, 29, 85, 146; **15**, 7 ss.

Acuerdo sobre protección del clima véase Protección del clima

Convenio sobre la Diversidad Biológica s. Biodiversidad

Überseering (ECJ) **16**, 8

Transferencia de derechos soberanos **3**, 21; **7**, 2

-a la UE **3**, 21; **4**, 33; **7**, 2

ultra vires -doctrina **16**, 2

cláusula paraguas **23**, 32 f.

Aplicación de las directivas de la UE **3**, 29 f.

Responsabilidad medioambiental, derecho civil **8**, 14

y autorización estatal de instalaciones **8**, 7

Derecho medioambiental, internacional **3**, 8; **7**, 3; **8**, 1 y ss.

Derecho comunitario **8**, 26

Tratados internacionales **8**, 8

Derechos de vecindad según el derecho internacional **8**, 5 y ss.

Protección del medio ambiente

-mediante restricciones a la importación **8**, 4, 23

y código de conducta **8**, 25

-y residuos tóxicos ver allí

Derecho de la Unión **8**, 26

Evaluación del impacto medioambiental **8**, 5, 14, 20; **23**, 29

Carta de las Naciones Unidas **1**, 4; **4**, 6

Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (1980) **13**, 13 y ss.

Capacidad de renuncia **13**, 27

Área de aplicación **13**, 19 y ss.

Obligaciones del comprador **13**, 15, 41 y ss.

y responsabilidad por productos defectuosos **13**, 45 f.

y elección de la ley **13**, 28 y ss.

y conclusión del contrato **13**, 15, 31 y ss.

Obligaciones del vendedor **13**, 15, 36 y ss.

Estados contratantes **13**, 15

Convención de la ONU contra la Corrupción **4**, 79; **6**, 5

Principios de la ONU para la Inversión Responsable **4**, 79

Consejo de Seguridad de la ONU **1**, **4**; **3**, 3, 47; **5**, 24; **10**, 86

Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías **1**, 13; **3**, 36; **13**, 15 y ss.

UNCITRAL **4**, 23; **13**, 14, 47; **18**, 7; **23**, 89, 95

Reglas de arbitraje **9**, 4, 9 s., 15 s.; **23**, 104

UNCTAD **4**, 23, 50; **11**, 3, 7; **23**, 6

Códigos de conducta **4**, 74, 89

Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias **10**, 153

Enriquecimiento injusto **3**, 16

UNESCO **8**, 25; **10**, 169; **14**, 50

Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad cultural **10**, 169

ONUDI s. Organización de Desarrollo Industrial

Estados Unidos - Ciertos requisitos de etiquetado del país de origen (COOL) **10**, 125 f.

Estados Unidos - Determinadas medidas sobre productos de acero y aluminio **10**, 56, 82, 85

Estados Unidos - Cigarrillos de clavo **10**, 125

Estados Unidos - Incentivos fiscales condicionales para grandes aeronaves civiles **10**, 100

Estados Unidos - Ley de compensación por dumping continuado y subvenciones de 2000 **10**, 101, 108

Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios definitivos sobre determinados productos procedentes de China **10, 93**

Estados Unidos - Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles - Segunda Reclamación **10, 95, 100, 102**

Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juego y apuestas **10, 67, 135 s., 138**

Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos del atún - Atún II **10, 66, 124 y s., 128**

Estados Unidos - Medidas sobre determinados semiconductores y otros productos, y servicios y tecnologías conexos **10, 56, 82**

Estados Unidos - Camarón/Tortuga **10, 63 y ss., 79**

Estados Unidos - Subvenciones al algodón de tierras altas **10, 94, 99, 104**

Estados Unidos - Normas para la gasolina reformulada y convencional **10, 64, 72, 76, 171**

Estados Unidos - Medidas arancelarias **10, 71**

Principio de universalidad s. Derecho de insolvencia, internacional

Sucesión universal **3, 19**

Competencia desleal **17, 1**

Convenio de París **15, 2**

Subcapitalización, empresas estatales **4, 17**

Empresa **4, 60 y ss.**; véase también *empresas multinacionales*

como entidades económicas **4, 61 y ss.**

Nacionalidad **4, 61**

-Fusiones véase Control de las fusiones

Urbaser y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia y otros c. La República Argentina **4, 82**

Principio de origen s. Principio de fuente

Uruguay -Ronda **3, 11; 10, 5, 8 ss., 92, 153; 14, 1; 15, 7**

US-GAAP **16, 27**

Van Parys -Decisión **10, 144**

Vattenfall **23, 82, 107**

Vattenfall AB et al. v. República Federal de Alemania **23, 93, 107**

venire contra factum proprium **3, 16**

Protección del consumidor

- código de conducta **4, 74**

y consideración del derecho extranjero **13, 11**

y efecto de terceros de las directivas **3, 29**

y el comercio internacional de servicios **14, 2**

Libertad de circulación de mercancías **12, 15**

y Restricciones de la Competencia **17, 11**

Naciones Unidas

-FAO ver allí

Asamblea General **3, 9; 4, 23, 74 y siguientes; 9, 9; 20, 10**

Acuerdo de cooperación **4, 23**

-Consejo de Seguridad s. Consejo de Seguridad de la ONU

Organizaciones especiales **4, 23, 30; 14, 44, 46**

-UNCTAD ver allí

-UNCITRAL ver allí

-UNIDO ver allí

-Consejo Económico y Social ver allí

Garantías procesales, elementales **3, 25**

Órdenes constitucionales, nacional **6, 6**

Códigos de conducta

-Para las empresas multinacionales, véase allí

- Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos **4, 75, 83**

Plazo de prescripción, Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (1974) **13, 26**

Política de transportes **14**, 8 y ss.
Reglamentos, UE **3**, 28
Reglamentos, CE
Antidumping **10**, 109, 149
 -transporte gratuito de pasajeros **5**, 3
Crisis de la deuda s. Crisis de la deuda, internacional
Supervisión de seguros, estado **14**, 18 f.
Derecho de seguros, internacional **14**, 18 y ss.
Libertad contractual **6**, 6; véase también *elección de la ley, autonomía privada*
Derecho contractual, internacional **13**
 -transacciones bancarias *ver allí*
 -Convenio de la CEPE sobre el Derecho de Obligaciones *ver allí*
 -Contratos de transporte véase *Transporte, internacional*
 -Comprar bien, uniforme *ver allí*
Normalización **13**, 2 f., 5 ff.
 -confiscación **3**, 16
Visby-Rules **14**, 16
Derecho internacional consuetudinario **1**, 14; **3**, 5, 6 y ss.
y aplicación extraterritorial del derecho nacional **3**, 72
Derecho internacional **1**, 1, 4, 6 s., 10, 13 s., 17
 -Económico- *ver allí*
La subjetividad en el derecho internacional, limitada
por empresas multinacionales **4**, 65; **9**, 26; **22**, 7
Derecho de los tratados internacionales
 -sobre el comercio interestatal **3**, 10 y ss.
 -para el transporte comercial privado **3**, 35 y ss.
Volkswagen **9**, 37
Aplicación de la ley
Decisiones de tribunales extranjeros **3**, 37; **9**, 44 y ss.
 -Convenio de Lugano sobre competencia judicial, véase *allí*
Decisiones de arbitraje **3**, 37; **9**, 11; **23**, 102
 --inmunidad s. *inmunidad soberana*
Restricciones voluntarias a la exportación **10**, 88
Procedimiento prejudicial, TJCE **4**, 44
Principio de precaución s. Principio de precaución
Principio de precaución **8**, 12 f.; **10**, 117
renuncia **10**, 19, 40 y siguientes; **15**, 11
cláusula de exención (GATT) **10**, 40 y ss., 89
Acuerdo monetario, de Bretton Woods s. Acuerdo con el FMI
Orden monetario internacional s. Orden monetario mundial
Derecho monetario, internacional **24**, véase también *Acuerdo FMI, Sistema Monetario Europeo*
 -Significado **24**, 1
 -Reglamentación de divisas, extranjeras *ver allí*
 -Monedas en euros *ver allí*
y negocios jurídicos privados **24**, 5
 -Sistemas monetarios **24**, 2
Unión monetaria
Pacto de Estabilidad **5**, 18 y ss.
Mercancías, nacionalidad **3**, 49
Venta de mercancías véase Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías
Libre circulación de mercancías **5**, 1 ss.; **12**, 8 ss.
 - Cassis - sentencia **12**, 15

- *Dassonville* -Fórmula **12**, 9, 11

-en el *EEE* **12**, 19

y restricciones comerciales **12**, 10

Marcas comerciales véase Derechos de propiedad industrial

Convenio de Varsovia para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional (1929) **14**, 15

Consenso de Washington **6**, 7

Waste Management, Inc. contra Estados Unidos Mexicanos (Waste Management II) **23**, 52

Tipos de cambio **3**, 7; **4**, 24; **5**, 9 f.

-fijado **24**, 2

-flexible **24**, 2

-paso flexible **24**, 2

Anulación de la base de la transacción **3**, 79; **4**, 19; **13**, 11

Banco Mundial (BIRD) **3**, 11; **4**, 25 y ss.; **26**, 9 y ss.

Financiación del desarrollo **26**, 9 y ss.

Organización **26**, 11 y ss.

-y la crisis de la deuda ver allí

Grupo del Banco Mundial **4**, 25; **26**, 9 y ss.

y crisis de la deuda **26**, 15 y ss.

Principio de renta mundial véase derecho fiscal

Organización Mundial del Comercio (OMC) **3**, 11; **4**, 3 y siguientes; **10**

Desarrollo **10**, 1 y ss.

Acuerdos comerciales multilaterales **10**, 16, 19, 23 f.

-acuerdos comerciales plurilaterales **10**, 16, 23, 25

-Organos **10**, 17

Resolución de conflictos **10**, 150 y ss.

Conferencia Mundial sobre el Clima en Kioto **8**, 17

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) **4**, 30; **15**, 3

Unión Postal Universal **4**, 30; **14**, 44, 46

Principio de jurisdicción universal **3**, 52

Acuerdo Textil Mundial **10**, 7, 88

Organización Monetaria Internacional **24**, 4, 6 y ss.; véase también *Acuerdo FMI*

Economía mundial **1**, 11; véase también *Orden económico, internacional*

y constituciones nacionales **6**, 6 f.

Orden económico mundial s. Orden económico, internacional

Orden económico mundial, nuevo **4**, 86 y ss.

Comercio de valores **3**, 59

Cláusulas de protección del valor **24**, 5

Unión Monetaria del África Occidental **25**, 10

Supervisión de la competencia **4**, 9

-*Acuerdo europeo-estadounidense de cooperación entre las autoridades de defensa de la competencia* **4**, 55; **17**, 2

-en el *EEE* **12**, 19

-en *Derecho comunitario* **17**, 2

Autoridades de la competencia, nacionales **17**, 2

Restricciones de la competencia; véase también derecho de la competencia, derecho antimonopolio

-*Orden transfronteriza* **17**, 2

Efecto transfronterizo **17**, 4

-*Compensación por daños en caso de no autorización* **3**, 66

Disposiciones sobre competencia, en el TFUE **3**, 64

Normas del concurso

-transfronterizo **17**, 2

-internacional **1**, 16

-supranacional **17**, 9

Derecho de la competencia **4, 9**; véase también *Derecho antimonopolio*

-*Aplicación nacional* - **17, 2, 4 f.**

-*Contenido* **17, 1**

y *empresas públicas* **4, 16; 17, 15**

y *ayudas estatales* **17, 14**

Derecho de la Unión **17, 2 y ss., 7 y ss.**; véase también *Derecho de la Unión Europea*

Principio de eficacia **3, 63 f.**

Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (1980) s. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

Principio de funcionamiento **3, 61 y ss.**

Consejo Económico y Social, la ONU **4, 23; 10, 1; 11, 1**

Grupo de trabajo sobre la elaboración de códigos de conducta para las empresas transnacionales **4, 74**

Supervisión económica, Estado

y *servicios internacionales* **14, 2**

Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO) **4, 82; 7, 21; 12, 4, 45**; véase también *CEDEAO*

Integración económica, regional s. Integración económica, regional

Conflicto comercial de leyes **3, 51 y ss.**; véase también *conflicto de leyes*

Cooperación económica, regional **3, 13**; véase también *Alianzas económicas, regionales*

Liberalismo económico **4, 2**

Orden económico, internacional **1, 2; 4**

Desarrollo **4, 1 y ss.**

-*GATT* ver allí

Principios rectores **4, 6 f.**

-*Entidades económicas* ver allí

Sistemas económicos, nacional **1, 11**

Derecho mercantil, nacional

-*como un deterioro del rendimiento* **3, 79**

-*Ley de comercio exterior* ver allí

-*aplicación extraterritorial* **1, 9; 3, 42 y ss.**

-*Conflicto de leyes* ver allí

Enlace especial **3, 78**; véase también allí

y *el transporte comercial internacional* **3, 42**

Derecho mercantil, privado **1, 4**; véase también *conflicto de leyes*

Entidades económicas **4, 10 y ss.**

-*organizaciones internacionales* **4, 20 y ss.**

-*privado* **1, 14 y ss.**

-*empresas privadas* **4, 60 y ss.**

-*Estados* **4, 10 y ss.**

-*Empresas estatales* **4, 17 y ss.**

Teoría económica, liberal **4, 8**

Comercio económico, internacional **1, 1, 16**; véase también *Orden económico, internacional*

Participación de los países **4, 13**

y *derecho mercantil nacional* **3, 42 y ss.**

Transporte comercial, privado **1, 13 y ss.**

-*acuerdos internacionales* **3, 35 y ss.**

Transacciones económicas, intergubernamentales **3, 10 y ss.**

Derecho de la administración de empresas **1, 4; 3, 42**

Derecho mercantil internacional **1, 1, 10, 14; 3, 1 ss.**

-*Significado* **3, 3**

-*Contenido* **3, 1**

-*validez interna* **3, 5**

-Fuentes jurídicas **3, 2**

Asociaciones económicas, regionales **12, 1 y ss.**

Wiwa contra Shell **4, 68**

World Duty Free Co. Ltd. contra Kenia **6, 5; 23, 25**

Organización Mundial del Comercio s. Organización Mundial del Comercio

Yukos Universal Ltd. contra Rusia **23, 19, 73**

- OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos contra Rusia **7, 17**

Insolvencia, estado **26, 15 y ss.**

Procedimientos de liquidación **26, 17**

Reescalonamiento de la deuda **26, 15 f., 18**

Control de cambios y divisas **26, 17**

Obligaciones de pago según el derecho internacional **26, 19**

Operaciones de pago, internacionales s. Operaciones de capital, internacionales

Libertad de pago **5, 6**

Pulp -Decisión **3, 64**

Unión Monetaria del África Central **25, 10**

Mercado Común Centroamericano **12, 4, 40**

Sistema de Integración Centroamericana **12, 40**

Aviación Civil, Convenio de Chicago sobre Aviación Internacional - (1944) **14, 13 f.**

Aduanas **3, 45**

-Desmantelamiento **10, 2, 34, 53; 12, 1**

-antidumping- véase Antidumping

-Igualación - véase Subvenciones, Estado

-Import- **3, 45**

Preferencias aduaneras **4, 86; 10, 41 f.**

Reducción de trabajo, lineal **10, 5**

Uniones aduaneras **4, 33; 12, 1**

-UE **5, 2, 21**

y el GATT **10, 38; 12, 3**

Responsabilidad

-del CIADI **9, 4**

-de la CIJ **9, 2**

-tribunales nacionales s. Jurisdicción, internacional

Jurisdicción, internacional **9, 18 y ss.**

-CMR **14, 12**

-Ley alemana de Enjuiciamiento Civil **9, 22**

-forum non conveniens **9, 35**

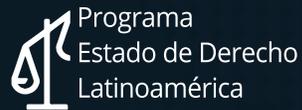
-foro de compras **3, 56; 9, 35**

-Convenio de Lugano sobre Jurisdicción ver allí

-Convenio de Varsovia sobre el transporte aéreo internacional **14, 15**

Entrega

-de demandas **9, 47 y ss.**



Los contenidos de esta nueva edición representan un indispensable aporte para el entendimiento y el impulso de una agenda de discusión en torno a relaciones económicas en el plano internacional respecto de las cuales aún se requieren ingentes diálogos e intercambios multisectoriales.

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