



Universidad de Cienfuegos " Carlos Rafael Rodríguez "

Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas

Departamento de Derecho

Tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho

*Título: El Modelo Cubano de Acuerdos de Promoción y
Protección Recíproca de Inversión Extranjera (2008) a la luz
de las regulaciones nacionales e internacionales.*

Autor: Samuel Cañizares Díaz

Tutores: Lic. Yoelsy Pérez Bernal

Lic. Rogelio Bolufe Gutiérrez.

Consultante: MsC. Carlos M. Rosabal Labrada

"Año 52 de la Revolución"

Curso: 2009-2010

“Impulsamos la búsqueda de inversiones extranjeras, pero eso no era nuevo, eso no era del período especial. Desde 1982 llegamos a la conclusión de que era necesaria la presencia de capital extranjero para un desarrollo más integral y más completo de nuestro país, para resolver problemas tecnológicos, adquirir experiencias, abrir mercados...”

Fidel Castro Ruz



Dedicatoria

DEDICATORIA.

A mis padres, a quienes debo lo que hoy soy

A mi hermana, a quien quiero como a nadie

A mi familia, lo más importante.



Agradecimientos

AGRADECIMIENTOS.

A mi familia, por haber depositado su confianza en mí y en mis estudios

A mis padres, por ser mis cimientos y guiarme por el largo camino de la vida

A mis amigos, cuyo soporte incondicional ha sido invaluable

A Yoelsy, tutor y amigo

A todas aquellas personas que mediante la confección de este trabajo, tuve la oportunidad de conocer,

Carlos Miguel Rosabal (Profesor del Instituto Superior de Relaciones Internacionales)

A nuestro Comandante en Jefe Fidel Castro Ruz, por su presencia imperecedera

Y a los que de una forma u otra han hecho posible este trabajo;

A todos,

Gracias.



Resumen

Las naciones en vías de desarrollo han apostado por buscar alternativas con el propósito de salir del subdesarrollo, insertándose en un mundo de economía de mercado y permitiendo la entrada de capitales foráneos. En ese sentido, debido a causas externas e internas que desestabilizaron la economía cubana en la década del 90, Cuba tuvo que buscar opciones para enfrentar la crisis de dicho período. De acuerdo con la Constitución de la República de Cuba, la Ley de la Inversión Extranjera Cubana (Ley No.77 de 5 de septiembre de 1995) y las normas del Derecho Internacional, la nación cubana comenzó a firmar Acuerdos para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) en el año 1993. El establecimiento de un Acuerdo implica determinar un conjunto de derechos que forman parte del contenido de los mismos. De aquí que en el presente trabajo se ha llegado a determinar que existe una correspondencia entre el Modelo Cubano de APPRI, la Constitución de la República de Cuba y la Ley de Inversión Extranjera Cubana en cuanto a los derechos del inversionista.



Summary

SUMMARY.

The developing nations have opted for alternatives in order to emerge from underdevelopment, getting in a world market economy and allowing the entry of foreign capital. In this regard, due to external and internal causes that brought the Cuban economy in shambles in the '90s, Cuba was forced to seek alternatives for dealing with the crisis of that period. According to the Constitution of the Republic of Cuba, the Cuban Foreign Investment Law (Act No. 77 of September 5th, 1995) and the rules of international law, the Cuban nation began signing agreements for the Promotion and Protection bilateral investment (BITs) in 1993. The establishment of an agreement involves determining a set of rights that are part of their contents. Hence in this work has come to determine that there is a correspondence among the Cuban model BITs, the Constitution of the Republic of Cuba and Cuban Foreign Investment Law in terms of investor rights.

LISTA DE SIGLAS Y ACRÓNIMOS.

Lista de Siglas y Acrónimos:

IED.....	Inversión extranjera directa.
APPRI.....	Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversión Extranjera..
GATT.....	Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio.
TBI.....	Tratados Bilaterales de Inversión.
UNCTAD.....	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.
DIP.....	Derecho Internacional Público.
OIC.....	Organización Internacional del Comercio.
AMI.....	Acuerdo Multilateral de Inversiones.
OCDE.....	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.
OMC.....	Organización Mundial del Comercio.
TLCAN.....	Tratado de Libre Comercio de América del Norte.
AGNU.....	Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas.
ETN.....	Empresas Transnacionales.
TRIMs.....	Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones relacionadas con el Comercio.
CEPEC.....	Centro para la Promoción del Comercio Exterior de Cuba.
NMF.....	Trato de Nación más favorecida.
AGCS.....	Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios.
TN.....	Trato Nacional.
TN/NMF.....	Modelo de Trato Nacional/Nación Más Favorecida.
CENUDMI.....	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
CIAD.....	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en materia de Inversiones.
DI.....	Derecho Internacional.
ONU.....	Organización de Naciones Unidas.

PVD.....Países en vía de desarrollo.
AG.....Asamblea General.
ANPP.....Asamblea Nacional del Poder Popular.



Índice

	Págs.
Introducción	1
CAPÍTULO I Elementos esenciales para el análisis de los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversión Extranjera.	8
1.1- Evolución y desarrollo de los APPRIs en el contexto universal.	8
1.2- Definición de los APPRIs.	14
1.2.1-La promoción y la protección.	18
1.3- Contenido y efectos jurídicos de los APPRIs. Los derechos.	19
1.3.1- Idea general.	19
1.3.1.1- La Inversión extranjera.	20
1.3.1.1.1-Idea general.	20
1.3.1.1.2- Definición de inversión.	20
1.3.1.2- Los sujetos de los APPRIs.	22
1.3.1.3-Los derechos derivados de la firma de un APPRIs.	25
1.3.1.4-La libre transferencia de inversiones.	30
1.3.2- Efectos jurídicos de los APPRIs.	31
1.4- Los modelos que otorgan a los inversionistas extranjeros derechos de entrada y establecimiento.	33
1.4.1-Modelo del “Control Nacional”.	33
1.4.2- Modelo de la “liberalización Selectiva”.	33
1.4.3- Modelo del “Programa Regional de Industrialización”.	34
1.4.4- Modelo de “Trato Nacional Mutuo”.	34
1.4.5-Modelo de la “Combinación del Trato Nacional (TN) y del Trato de Nación Más Favorecida (NMF).	34
1.5- La inversión extranjera y el Derecho Internacional Público.	36

	Págs.
CAPÍTULO II Análisis de los derechos contenidos en el Modelo Cubano de Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones a la luz de la Constitución de la República de Cuba y la Ley de Inversión Extranjera Cubana.	39
2.1- A modo de ideas generales.	39
2.2- El Modelo Cubano y la Constitución de La República de Cuba.	40
2.3- Los derechos contenidos en el Modelo Cubano, la Ley de Inversión Extranjera Cubana y los APPRIs firmados por Cuba.	44
2.3.1- El contenido de los APPRIs. Los derechos del inversionista extranjero.	47
2.3.1.1-La inversión extranjera.	47
2.3.1.2- La figura del inversionista.	50
2.3.1.3-Los derechos del inversionista extranjero.	53
2.3.1.3.1-Trato Nacional.	53
2.3.1.3.2- Trato de Nación más Favorecida (NMF).	55
2.3.1.3.3- Trato no Discriminatorio.	56
2.3.1.3.4- Trato Justo y Equitativo.	58
2.3.1.3.5- Compensación por Expropiación.	60
2.3.1.3.6- La Libre Transferencia.	62
Conclusiones	69
Recomendaciones	71
Bibliografía	72
Anexos	



Introducción

La inversión extranjera constituye un reglón principal en el contexto global actual para los países en vías de desarrollo (PVD)¹. Además, es una de las vías efectivas de contribución al desarrollo económico. Para las naciones subdesarrolladas ha sido un modelo trascendental la inversión extranjera directa (IED). Lo anterior se plantea debido a que ha constituido la forma más beneficiosa para estas, pues aporta a sus objetivos de desarrollo y es la que principalmente les interesa. Esta tendencia en el aumento del flujo de capitales como un mecanismo de Cuba para afrontar la situación económica en que estaba inmersa, condicionó la aparición de un nuevo tipo de acuerdos bilaterales. En este marco comenzaron a desarrollarse los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversión Extranjera.

Los derechos contenidos en esta reciente variedad de tratados es un tema que imbrica materias como: el Derecho Internacional Público (DIP), Derecho Internacional Privado (DIPRI) y Derecho Económico. Cuando se revisan los programas de estudio de la carrera de Derecho en Cuba, se aprecia que las referidas materias tocan la temática de soslayo. El libro de texto básico de DIP solo llega en su contenido a los elementos característicos de un Tratado, sin entrar en cuestiones puntuales. De aquí que el diplomante se motivó a investigar, en aras de puntualizar en los derechos del inversionista presentes en el Modelo Cubano de APPRI y su correlación con lo regulado por la Constitución de la República de Cuba y la Ley 77/95 “Ley de Inversión Extranjera Cubana”. Por otra parte, los progresivos lazos de cooperación establecidos por Cuba resaltan la importancia del tema en la arena internacional lo que hace necesario su estudio en el ámbito interno.

En el año 1947 se adoptó el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT). Así se dotó de organización desde el punto de vista jurídico la actividad comercial. Quedaba entonces la preocupación por regular la inversión extranjera.

¹Un país en vía de desarrollo es aquel que tiene un nivel de vida relativamente alto, una base industrial en desarrollo y un índice de desarrollo humano de moderado a alto. Algunos países subdesarrollados son: Bolivia, Colombia, Ecuador, Brasil, Rusia y Cuba. Tomado de: http://es.wikipedia.org/wiki/Pa%C3%ADs_en_desarrollo [10 de febrero de 2010]

“La gran acogida internacional de los APPRIs conllevó a que se hayan firmado hasta la fecha un número superior a los 2000 Tratados de este tipo”.² Sin embargo, hoy los países enfrentan una nueva realidad asociada al hecho de que firmar acuerdos no ha sido exactamente proporcional a la obtención de logros significativos en lo que a desarrollo se refiere, es decir, no se observan las cifras de crecimiento económico e incluso social que se esperaban. Ello permitió que los estudiosos del DIP comenzaran a realizar debates sobre los mismos.

Sobre este tema el argentino Rubén Tempone expresa: “...Es interesante tener en cuenta que los países en vías de desarrollo, a pesar de la posición común mantenida en los debates de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptaron posiciones divergentes cuando actuaron individualmente. Así, casi al mismo tiempo que esos debates tenían lugar, accedieron a la celebración de tratados bilaterales de protección de inversiones que incluían, precisamente, los contenidos que férreamente habían rechazado...”³ La celebración de los APPRIs se ve condicionada por la necesidad de estas naciones de enfrentar su difícil situación económica, llegando incluso a modificar sus legislaciones.

El también argentino Granato planteó al respecto: “Los Tratados Bilaterales de Inversión consagran derechos que protegen a los inversores extranjeros a la vez que les confiere los instrumentos necesarios para obligar a los Estados a respetar tales derechos”.⁴ Deja así establecida la atipicidad de estos tratados de generar sólo derechos para los inversionistas de las partes firmantes, reservando las obligaciones para los Estados. El español Díez-Hochleitner dijo: “Los APPRIs ofrecen al inversor extranjero un abanico de garantías no desdeñable materializadas en el derecho a un tratamiento justo y equitativo; a recibir el mismo tratamiento que los inversores nacionales; una indemnización en caso de medidas de expropiación, incluidas medidas de expropiación indirecta; a la libre transferencia; y a percibir el tratamiento dispensado a las inversiones procedentes

² Rosabal Labrada, C.M.:(2010) La subjetividad jurídica internacional del individuo en los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones, Edición electrónica gratuita. Tomado de: <http://www.eumed.net/libros/2010a/642/> [14 de febrero de 2010].

³ *Ibíd*em

⁴ Granato, Leonado (2005) Protección del inversor extranjero y arbitraje internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión, Edición electrónica gratuita. Tomado de: <http://www.eumed.net/libros/2005/lg/index.htm> [14 de febrero de 2010].

del país que goce de un tratamiento más favorable”⁵. De esa forma engloba los principales derechos consignados en el contenido de estos acuerdos, los que determinan su creciente desarrollo a nivel mundial.

El peruano Pariasca considera a los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI o BIT’s, por sus siglas en inglés) como: “el instrumento jurídico de carácter internacional, a través del cual los Estados se comprometen a garantizar al inversionista extranjero el tratamiento y protección de su inversión, brindando de este modo predecibilidad del marco legal aplicable”⁶. Sin embargo, al igual que Granato, establece el papel de estos en la protección de los derechos del inversionista, pero va más allá al reconocer la existencia de una legislación de la cual se nutre el tratado.

El Centro para la Promoción del Comercio Exterior (CEPEC) los considera como: “tratados bilaterales cuyo objetivo principal es establecer las bases fundamentales de las políticas para la promoción y la protección de las inversiones entre los Estados firmantes, a través, esencialmente, de la creación de condiciones generales que sirvan de estímulo y de garantía para los intereses económicos y jurídicos de los inversionistas de cada uno de dichos Estados, cuando invierten en el territorio del otro Estado Contratante”.⁷ Al igual que lo planteado por los autores mencionados, se considera que este documento define intereses de ambos Estados acorde con sus respectivas legislaciones nacionales, siendo sus cláusulas de estricto cumplimiento y creando un entorno de seguridad y estabilidad jurídica.

Hay autores cubanos que se han referido los APPRI. El catedrático Carlos Rosabal considera que existe: “un núcleo de derechos genéricos derivados de un tratado, bien fundamentados y definidos en el derecho internacional, que en la práctica han constituido la base de las reclamaciones derivadas de un tratado por

⁵ Díez-Hochleitner, Javier, "La eficacia de los Tratados de Protección de inversiones extranjeras", Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, Madrid. Tomado de: <http://www.realinstitutoelcano.org/calendarios/Diez-Hochleitner.pdf> [10 de febrero de 2010].

⁶ Pariasca Martínez, Jorge. El Arbitraje CIADI y el Fortalecimiento de las Instituciones Jurídicas de la Inversión Extranjera. Tomado de: <http://www.asociacionjuridica.com.pe/boletin/pdfs/JPM.pdf> [22 de febrero de 2010].

⁷ Centro para la Promoción del Comercio Exterior. Tomado de: <http://www.cepec.cu/inversionextranjera.php> [2 de enero de 2010].

parte de los inversores frente a los Estados Receptores”⁸. El mismo se refiere no sólo a los derechos sino lo que significan estos para el inversionista. Además va más allá al expresar que estos tienen un fundamento bien determinado en el DI que orienta su regulación en estos acuerdos. Estas garantías al inversionista han propiciado un auge en la firma de estos acuerdos a nivel internacional, como una alternativa para los países menos desarrollados ante la crisis mundial, y donde el proceso inversionista extranjero constituye una de las armas para afrontarla.

Lo expuesto con anterioridad refleja que la mayoría de los autores se concentran en países como España, Argentina, Perú. En cuanto al tratamiento del tema por autores cubanos, el profesor Dávalos cuenta con textos como: “Las Empresas Mixtas. Regulación Jurídica” donde el tema de los APPRIs recibe una mención somera. En cuanto al trabajo del MsC. Carlos Miguel Rosabal Labrada titulado: “La subjetividad jurídica internacional del individuo en los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones”, se hace alusión a la capacidad de los individuos de acudir ante instancias internacionales ante la ocurrencia de una violación a sus derechos como tal. Dicho artículo centra su atención en este sentido, brindando una noción general del tema de los derechos al inversionista contenidos en los APPRIs al no ser este su objetivo.

Dávalos, en lo referente a la inversión extranjera, dice: “... el Convenio de Asociación más frecuente es el de constitución de la empresa mixta propiamente dicho, o sea, aquél que regula los derechos de los asociados en lo que concierne al establecimiento y explotación de la empresa...”⁹ Este sí bien no se refiere a los APPRIs específicamente sí reconoce que la constitución de esta forma de inversión otorga determinados derechos a los socios. La inversión extranjera es un complemento al desarrollo y de esa forma esta concebida en la actual Ley de la Inversión Extranjera Cubana. La misma fue la sucesora del antiguo Decreto-Ley No.50 de 15 de febrero de 1982. De acuerdo con la regulación de los textos

⁸ Rosabal Labrada, C.M.:(2010) La subjetividad jurídica internacional del individuo en los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones, Edición electrónica gratuita. Tomado de: <http://www.eumed.net/libros/2010a/642/> [20 de febrero de 2010].

⁹ Dávalos Fernández, Rodolfo. La instrumentación jurídica de la empresa mixta. Revista Cubana de Derecho - Núm. 7, Septiembre 1992, Pág. 26. Tomado de: <http://vlex.com/vid/instrumentacion-juridica-empresa-mixta-47006288> [11 de febrero de 2010]

jurídicos antes mencionados, al inversionista en la práctica cubana también se le conceden derechos.¹⁰

El establecimiento en un APPRIs implica conceder derechos por medio de los mismos. De esa manera, después de que se definen los conceptos de inversión e inversionista, establecen, en determinadas etapas, estándares como el Trato Justo y Equitativo, el Trato Nacional y el Trato de Nación más Favorecida. Además, se debe preparar la legislación nacional, atemperándola a los tratados internacionales en materia de APPRIs, en aras de enfrentar los retos que imponen dichos acuerdos bilaterales.

La búsqueda de una estructura acabada de estos acuerdos, acorde a las nuevas condiciones sociales imperantes en el país ha propiciado la creación, por el Estado Cubano, de un modelo de APPRIs que de forma orgánica armoniza el contenido antes mencionado y con ello los derechos. Este es fruto del esfuerzo coordinado de especialistas pertenecientes al Grupo de Trabajo de Solución de Controversias en materia de Inversiones, perteneciente al Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Cuba. Este modelo no es de acceso público, siendo utilizado internacionalmente en el trabajo con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)¹¹ como base para los APPRIs concertados por Cuba y al cual, a los efectos del presente trabajo se le denominará Modelo Cubano.

El **objeto de estudio** planteado fue: Derechos del inversionista extranjero en Cuba.

En este sentido se planteó como **problema científico**: ¿Cómo se manifiestan los derechos al inversionista extranjero reconocidos en los APPRIs en la práctica cubana?

En respuesta al problema científico surge la siguiente **hipótesis**:

- El núcleo de derechos contenidos en el Modelo Cubano, obedece a lo establecido en la Constitución de la República de Cuba y la Ley de Inversión Extranjera Cubana, mostrando determinadas irregularidades en lo que a derechos al inversionista se refiere.

¹⁰ Ver capítulo III de la Ley No.77 de 5 de septiembre de 1995, “Ley de Inversión Extranjera”

¹¹ La UNCTAD es el principal órgano de la Organización de Naciones Unidas (ONU) para los asuntos relacionados con el comercio, las inversiones y el desarrollo.

El objetivo general se enmarcó en:

- Determinar la correspondencia de los derechos reconocidos al inversionista extranjero en Cuba con los APPRIs.

Los objetivos específicos fueron:

- 1.** Realizar un estudio teórico-doctrinal de los derechos del inversionista en materia de APPRIs.
- 2.** Analizar las particularidades que presentan los derechos del inversionista contemplados en el Modelo Cubano de APPRIs y su correspondencia con la Constitución de la República de Cuba y la Ley de Inversión Extranjera Cubana.

Los métodos utilizados fueron los teóricos y empíricos de las ciencias jurídicas. En cuanto a los primeros, se emplea el histórico-lógico, el cual permitió valorar la evolución desde un punto de vista doctrinal de los APPRIs; el teórico-jurídico, que posibilitó fortalecer teóricamente el trabajo, mediante el razonamiento científico de presupuestos doctrinales e históricos; el análisis exegético, empleado para determinar el sentido y alcance del Modelo Cubano; y el jurídico comparado al confrontar lo establecido en el Modelo Cubano en materia de derechos al inversionista con lo preceptuado en la Constitución de la República de Cuba y la Ley 77 de 1995 “Ley de Inversión Extranjera”. En concordancia con los segundos citados, se utiliza el análisis documental, en aras de seleccionar, acumular y realizar un estudio preliminar de la información documental existente, empleándose técnicas como: la revisión de siete documentos, que reflejan el Modelo Cubano.

La Tesis se estructuró en dos capítulos. En el primero, se abordaron los elementos esenciales referidos a los derechos del inversionista. El segundo, centró sus objetivos en realizar un análisis de los derechos del Modelo Cubano de APPRIs partiendo de lo regulado en la Constitución de la República de Cuba y la Ley de Inversión Extranjera Cubana. Una vez que la investigación concluya y socializados sus resultados, se pretende: La sistematización de los fundamentos teóricos jurídicos relativos a los derechos del inversionista en materia de APPRIs, exponiéndose también las principales fortalezas e insuficiencias del Modelo Cubano. Finalmente se esgrimen las conclusiones y consideraciones, consignándose la bibliografía empleada.

Sobre la base de los métodos y técnicas utilizados, los principales resultados obtenidos son:

1-La sistematización de los fundamentos teóricos sobre los derechos del inversor extranjero en materia de APPRIs.

2- También, al estudiar los derechos al inversionista establecidos en el Modelo Cubano, sienta las bases como incentivo para la futura elaboración de un modelo cada vez más perfecto y atemperado a las nuevas condiciones socioeconómicas del país.

3-Sirve para ser consultado como bibliografía complementaria en las clases de DIP, de la carrera de Derecho de la Universidad de Cienfuegos “Carlos Rafael Rodríguez”. El mismo enriquece el conocimiento de los estudiantes debido a la escasa bibliografía sobre esta materia y específicamente sobre el tema a abordar, que será actualizado abarcando la situación concreta de Cuba.

4-Constituye un material científico de soporte teórico para venideros trabajos de diploma y cursos de postgrados.



Capítulo I

CAPÍTULO I: ELEMENTOS ESENCIALES PARA EL ANÁLISIS DE LOS ACUERDOS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIÓN EXTRANJERA.

1.1- Evolución y desarrollo de los APPRIs en el contexto universal.

El surgimiento y desarrollo de los APPRIs ha estado aparejado con los grandes cambios tecnológicos¹² acontecidos en el contexto universal. Dentro de los matices que han permeado la aparición de dichos acuerdos están: la libertad de comercio, la inversión de capital, el establecimiento de empresas en países extranjeros, entre otros. Dichos elementos han constituido núcleos centrales en las políticas neoliberales, incidiendo en la economía internacional contemporánea. Los APPRIs se hicieron extensivos y se consolidaron producto de las inversiones extranjeras, como instrumentos o vías encargados de sustentar las nuevas economías. De esa forma, los países insertados en un proceso de desarrollo empezaron a dar pasos de adelantos pequeños.

Desde finales del siglo XVIII se observa la existencia de Tratados Bilaterales de Comercio los que no hacían referencia meramente a la regulación de inversiones extranjeras. Sus regulaciones contenían cuestiones puntuales relativas a la propiedad¹³, así como referentes a otra gama de actividades en el área de un Estado por sujetos de otros Estados. Estos tuvieron como referencia inmediata, según la doctrina internacional, los “Tratados de Amistad, Comercio y Navegación” (Friendship, Commerce and Navigation Treaties; por sus siglas en inglés) y los cuales condicionaron su posterior aparición.

Sobre la función de estos Acuerdos de Amistad, Comercio y Navegación, y según lo expresado por la Dra. Fernández De Gurmendi: “...hasta la primera Guerra Mundial el objetivo principal de estos instrumentos fue el de proteger la expansión del comercio y la navegación; con el correr del tiempo se procuró asimismo promover las inversiones en el extranjero mediante la inclusión en los tratados de ciertas reglas de tratamiento de los inversores de ambas partes contratantes...”¹⁴.

¹² Un ejemplo de cambio tecnológico es el proceso de automatización.

¹³ La propiedad constituye el aspecto esencial a transformar por estos instrumentos internacionales como parte de su finalidad.

¹⁴ Rosabal Labrada, C.M.:(2010) La subjetividad jurídica internacional del individuo en los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones, Edición electrónica gratuita. Tomado de: www.eumed.net/libros/2010a/642 [15 de febrero de 2010].

Queda iniciada así una lucha encarnizada que alcanza el ámbito diplomático, político y jurídico; dirigida a difundir y atribuir al inversionista extranjero, inicialmente, el papel de figura singular, objeto de exclusiva vigilancia por el Derecho Internacional (DI).

La existencia de un Sistema Bipolar en el mundo, al concluir la Segunda Guerra Mundial, condicionó la recuperación de las economías de las naciones¹⁵ que habían tomado parte en el evento bélico. También de aquellos países¹⁶ sobre los que, a pesar de no participar, existió una influencia directa. Al entrar en la etapa de Guerra Fría, los Estados que habían dado muestras de rivalidad, donde se incluyen las contenidas por la existencia del Bloque Socialista, al percatarse de la inexistencia de la influencia de las inversiones enfatizan en dicha competencia. El objetivo de las mismas era asegurarse de un entorno que les garantizara autoridad para renovar su capacidad competitiva. Además, era una razón para la búsqueda de nuevos conocimientos que respondieran a la nueva distribución en los mercados.

En este contexto tiene lugar la aparición de un nuevo mecanismo para la protección de inversiones. Consistía en un nuevo tipo de tratados, dentro del campo de la inversión, dirigido a la recepción internacional de un sistema seguro contra riesgos no relacionados con el comercio y cuya función era garantizar protección al inversionista. En este caso el país exportador va a ser el responsable de proteger a sus propios inversionistas en Estados extranjeros. De ese modo recurre a un instrumento de garantía que alcanza su máxima expresión, cuando el Estado receptor del capital foráneo reconoce los pagos realizados por el Estado asegurador para el caso de afectaciones por algún riesgo no-comercial. Es así que debe admitir el derecho del inversor de ceder la totalidad de sus prerrogativas y exigencias que se hayan realizado como consecuencia de posibles afectaciones en sus inversiones a favor del Estado asegurador.

La presencia de economías emergentes¹⁷ constituye un elemento identificativo de las IED. La categoría aludida se puede visualizar como un mecanismo de apertura

¹⁵ Algunos de los países involucrados en esta fueron: Alemania, Inglaterra; Francia, Rusia, Italia, Japón, Polonia, Checoslovaquia, Finlandia, Brasil, Canadá, Noruega, Dinamarca, Holanda y Estados Unidos.

¹⁶ El continente africano, siendo el más pobre del mundo, se vio representado en este conflicto por naciones como Argelia, Egipto, Etiopía, Kenia y Libia, los que aunque no participaron como beligerantes sí sirvieron como teatro de operaciones.

¹⁷ Estos países son conocidos así porque su economía se encuentra en un proceso de despertar, siendo alguno: Brasil, China, India, México y Sudáfrica.

comercial en aras de reconquistar la capacidad competitiva. Con este objetivo, varios¹⁸ de estos modelos económicos abandonaron la política exterior por la cual se habían guiado hasta ese momento y realizaron transformaciones sustanciales en sus planes de desarrollo. Dejando a un lado sus economías cerradas se lanzan en una aventura orientada sobre los nuevos procesos de apertura económica, es decir, desregulación de los mercados y control del déficit público.

Otras¹⁹ de estas economías no se vieron inmersas en un proceso de tal envergadura y establecen únicamente nuevas formas de inversión o adaptan, de manera mas flexible, las ya existentes. Estos cambios, son resultado directo de la imperiosa necesidad de crear un ambiente económico y jurídico atractivo, en cuanto a seguridad jurídica a los inversionistas, pues la misma es un elemento determinante en el actuar de un Estado como receptor de capital extranjero.

Sobre este tema el estudioso, de nacionalidad Argentina, Rubén Tempone señala: "...Es interesante tener en cuenta que los países en vías de desarrollo, a pesar de la posición común mantenida en los debates de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptaron posiciones divergentes cuando actuaron individualmente. Así, casi al mismo tiempo que esos debates tenían lugar, accedieron a la celebración de tratados bilaterales de protección de inversiones que incluían, precisamente, los contenidos que férreamente habían rechazado..."²⁰ Los constantes esfuerzos en la búsqueda de un clima favorable al proceso inversionista ha sido la base sobre la cual se ha erigido una sucesión de eventos políticos, legislativos y económicos²¹ cuyo propósito ha sido otorgarles seguridad jurídica a los inversionistas foráneos, cuestión que tiene sus inicios desde mediados del siglo XX y que constituye antecedente directo del surgimiento de los APPRI.

El primer paso encaminado a instituir un marco multilateral de protección de la inversión tiene lugar durante la negociación del proyecto de Carta de La Habana de

¹⁸ Ejemplo: China, Rusia, entre otros.

¹⁹ Un ejemplo elocuente constituye Cuba.

²⁰ Rosabal Labrada, C.M.:(2010) La subjetividad jurídica internacional del individuo en los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones, Edición electrónica gratuita. Tomado de: www.eumed.net/libros/2010a/642 [15 de febrero de 2010].

²¹ En este contexto, varios países buscaron hacer avanzar su propia agenda y trataron de consolidar reglas de comercio e inversión más adecuadas a sus intereses particulares que las que proponían las negociaciones multilaterales. Ej: La Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera de 1973 fue modificada y ampliada en varias ocasiones durante la década de los ochenta. Tomado de: http://www.economia.gob.mx/pics/p/p2759/cipi_Inversion_Extranjera_en_Mexico.pdf [12 de febrero de 2010]

1948, que debía dar origen a la Organización Internacional del Comercio (OIC). Al analizar lo establecido en el mencionado instrumento internacional es necesario destacar que aunque comprendía sobre todo cuestiones comerciales, los Estados Unidos elevaron la propuesta de incluir alguna cláusula que ofreciera a la inversión extranjera distintos tipos de protección. Al no materializarse la Carta por no lograrse su aprobación, la mayoría de su contenido comercial fue incorporado al GATT, que va a ser sustituido consecuentemente por la Organización Mundial del Comercio (OMC).²²

La propuesta de mayor aceptación la constituyó el Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI), iniciándose las negociaciones en el marco de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Esta fue lanzada por los Estados Unidos de América quien era partidario de que el debate se realizara en la OCDE y no en la inestable OMC. Es indispensable considerar que este país había logrado recientemente el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN, NAFTA por sus siglas en inglés) que imperaba en su territorio, imponiendo su prototipo de acuerdo y proyectándose por incluir en el AMI el mismo modelo perfeccionado. A pesar de los esfuerzos realizados, la propuesta no pudo concretarse, pues tras una exhaustiva discusión la misma fue rechazada.

Estas condiciones contribuirían en el objetivo de los países poseedores de economías en vías de perfeccionamiento para alcanzar sus fines, siendo reconocidos en varios instrumentos multilaterales. Algunas de estas regulaciones son la Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (AGNU)²³, la Resolución 3201 (S-VI) AGNU²⁴, que también se conoce como “Declaración del Nuevo Orden Económico Internacional” y la Resolución 3281(XXIX) Asamblea General (AG) “Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados”.

Aunque en la actualidad se manifiesta la existencia de una tendencia conservadora contenida en las políticas nacionales de los Estados receptores, esta cuestión entra en real contradicción con la realidad al reflejar la misma una mayor

²² La Organización Mundial del Comercio. Tomado de: <http://www.wto.org/indexsp.htm> [5 de enero de 2010]

²³ Resolución 1803 (XVII) reconoce la soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales y su independencia económica.

²⁴ Regula el derecho a la nacionalización y a la transferencia de propiedad a sus nacionales.

apertura a las IED. Resultados mostrados por la encuesta anual de la UNCTAD sobre los cambios introducidos en las leyes y reglamentos nacionales que podrían influir en la entrada y las operaciones de las Empresas Transnacionales (ETN) dan muestras del esfuerzo de políticos y dirigentes encaminados a garantizar una situación cada vez más tentadora y seductora a las inversiones.

Un organismo que tiene una incidencia directa en el tema objeto de estudio es la OMC. En el ámbito de la misma no se han materializado progresos reveladores. Sin embargo, se han incrementado los esfuerzos por profundizar en las disposiciones del Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (TRIMs-por sus siglas en inglés) acogido en la Ronda de Uruguay, pero sobre todo por ampliar su ámbito de aplicación al conjunto de las inversiones extranjeras. Luego de la celebración de La Quinta Conferencia Ministerial de la OMC, celebrada en Cancún del 10 al 14 de septiembre de 2003, se ha evidenciado la falta de consenso entre los miembros de la OMC en este sentido.

Los Estados, en sus relaciones económicas a nivel global, deberían cumplir con un "patrón mínimo de tratamiento", elemento este que ha sido utilizado por los inversionistas en vistas de esquivar su actuación desleal con otros Estados. A pesar de ello, no se ha materializado la existencia de una definición que comprendiera el contenido de la categoría mencionada. Dicha situación ha propiciado la existencia de desproporcionales políticas económicas de los países exportadores en su relación con los de menos desarrollo, en los que aparecen políticas proteccionistas²⁵. La adopción de estos enfoques en las regulaciones jurídicas propias de cada Estado influyó de manera decisiva en el recrudecimiento de las relaciones inversionistas-estados receptores, las que han llegado incluso a conflictos políticos²⁶ entre los países involucrados.

²⁵ Muestra de estas son la "Doctrina Drago" donde se consideraba ilícito el uso de las fuerzas en las relaciones económicas internacionales, específicamente en el cobro forzoso de las deudas públicas; al igual que la "Doctrina Calvo" por la que se considera que el tratamiento al inversor extranjero debe equipararse totalmente al nacional, exigiendo del inversionista la renuncia a la protección diplomática del Estado de la nacionalidad que tuviere.

²⁶ Rosabal Labrada, C.M.:(2010) La subjetividad jurídica internacional del individuo en los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones, Edición electrónica gratuita. Tomado de: www.eumed.net/libros/2010a/642 [20 de febrero de 2010]. Este plantea que: "Existe el precedente de las expropiaciones mexicanas de 1938, que suscitarían las tensiones con los EUA, ante la cual la entonces Corte Permanente Internacional de Justicia consolidaría la fórmula "Hull" (compensación pronta, justa y equitativa), política que seguirían posteriormente los Estados industrializados y que sería inconado punto de debate en la década de los sesenta y setenta en el marco de las Naciones Unidas".

“La firma del primer TBI de que se tenga conocimiento, tuvo lugar entre la República Federal de Alemania y la República Islámica de Pakistán, el 25 de Noviembre de 1959. Este paso de Alemania fue gradualmente seguido por otros países europeos, hasta que en la década de 1970 la conclusión de estos convenios se convirtió en una política deliberada de los países exportadores de capital, los cuales suscribieron decenas de ellos, fundamentalmente con países de África y Asia”.²⁷

Ante la situación mundial y la necesidad de contar con una economía consolidada, las naciones en vías de desarrollo inician una exhaustiva y rigurosa cesión sobre una parte de los derechos obtenidos con tantos esfuerzos encaminada a la atracción de capitales. Estas condiciones propician que, a comienzos de la década del 80, se inicie un proceso caracterizado por la materialización de un gran número de Convenios Bilaterales mediante los cuales los Estados importadores de capitales ofrecen garantías significativas al proceso inversionista extranjero. Esta protección era, en la mayoría de las ocasiones, mayor que la concedida a sus inversores nacionales. Es, bajo estas condiciones que alcanzan su generalización los TBI.

En este período, con la consagración del liberalismo político y económico, la celebración de estos acuerdos bilaterales se extendió a los países de Europa del Centro y del Este y los del Sudeste Asiático. Finalmente, en el transcurso de los años 90, se añadieron a la larga lista de naciones firmantes de Tratados de Inversión, los países latinoamericanos, con especial mención a Argentina, Uruguay, Bolivia, Venezuela, Chile y Cuba. Estos históricamente se habían negado a firmarlos en virtud de la Doctrina Calvo y los reiterados abusos de los Estados exportadores de capital en sus relaciones económicas internacionales.

En este ambiente internacional tiene su gestación y desarrollo los TBI logrando, en la práctica, un adelanto más significativo en la última década del siglo XX. La tendencia a la firma de estos no ha sido uniforme dando evidencia de un tenue descenso entre el 2001 hasta finales el 2006 con una tendencia al aumento. En la

²⁷ *Ibidem.*

actualidad existen más de 2000 Tratados Bilaterales de Inversión con grandes posibilidades de que esta cifra continúe en ascenso.²⁸

El desarrollo acelerado de estos instrumentos los han centrado en la mira de muchos estudiosos del Derecho, siendo objeto de múltiples definiciones. Estas van a mostrar particularidades propias de cada Estado, lo cual obedece a que su creación ha sido condicionada por las necesidades puntuales de cada nación.

1.2- Definición de los APPRIs.

Existen diversas definiciones sobre los APPRIs en el campo de la economía y del DIP. Sin embargo, para el autor del presente trabajo resultan significativas las concepciones esgrimidas en el último ámbito mencionado, toda vez que están en consonancia con la rama del derecho en que se ubica la investigación. Pariasca Martínez, los define "...como el instrumento jurídico de carácter internacional, a través del cual los Estados se comprometen a garantizar al inversionista extranjero el tratamiento y protección de su inversión, brindando de este modo predecibilidad del marco legal aplicable..."²⁹ Al analizar lo planteado por este autor es necesario destacar que el otorgarles a los inversionistas extranjeros una legislación flexible, abierta y promotora de las inversiones no es ni remotamente suficiente. También se requiere el compromiso del Estado ante la Comunidad Internacional, a respetar y mantener invariables, durante un período razonable, sus normas internas.

Otra definición de los APPRIs lo muestra como: "Tratados internacionales en materia de Inversión Extranjera Directa que, conforme a bases de reciprocidad, son diseñados para el fomento y la protección jurídica de los flujos de capital destinados al sector productivo. Se reconocen como un elemento generador de confianza para los inversionistas extranjeros, ya que permiten el establecimiento de un clima favorable para la inversión, estimulan la inversión productiva y, simultáneamente, promueven el desarrollo económico del país"³⁰ Según este criterio la definición de un acuerdo de esta naturaleza reside, fundamentalmente, en su efectividad para el

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Pariasca Martínez, Jorge. El Arbitraje CIADI y el Fortalecimiento de las Instituciones Jurídicas de la Inversión Extranjera. Tomado de: <http://www.asociacionjuridica.com.pe/boletin/boletin.htm> [18 de diciembre de 2009]

³⁰ Dirección General de Inversión Extranjera, México. Disponible en: <http://www.economia.gob.mx/?P=1202> [5 de diciembre de 2009].

fomento y la protección de inversiones, lo que aunque es acertado engloba mucho más que eso. La firma de un APPRI requiere todo un proceso de preparación de la legislación interna del Estado receptor, regulando un determinado número de garantías al inversor foráneo que determinarán, en un final, la intromisión o no de su capital en una nación ajena.

La iustratadista española Dra. Isabel García Rodríguez dice al respecto: "...son tratados internacionales celebrados entre dos Estados con el fin de favorecer el comercio entre ambos países y otorgar ciertas garantías y facilidades a las inversiones que se realizan entre ellos, lo que confiere al acuerdo bilateral un carácter recíproco [...]El contenido de los APPRI está formado por un conjunto de medidas y cláusulas destinadas a proteger, desde el compromiso internacional adoptado por los Estados, las inversiones realizadas por los inversores de cada Estado Parte en el territorio del otro Estado Parte en el acuerdo bilateral[...]El objetivo principal de los APPRI es promover a priori y proteger a posteriori las inversiones recíprocas entre los Estados por lo que éstos adquieren el compromiso internacional de favorecer las inversiones procedentes del otro Estado al tiempo que se obligan a garantizar estabilidad y protección jurídica al inversor y su inversión ".³¹

La definición esgrimida por esta estudiosa muestra puntos comunes con las anteriores al incluir elementos como el carácter recíproco de estos tratados, la defensa de los derechos del inversionista extranjero, el compromiso de los Estados de respetar y velar por el cumplimiento de lo pactado. Sin embargo, no se queda solamente en ese marco sino que hace mención a la existencia de cláusulas que integran el propio contenido del acuerdo y a través de las cuales se ejecuta el cumplimiento de lo acordado.

Analizando los APPRI aterrizados a la realidad cubana, el CEPEC en su caracterización de las ventajas para la Inversión Extranjeras en Cuba los define como: " tratados bilaterales cuyo objetivo principal es establecer las bases fundamentales de las políticas para la promoción y la protección de las inversiones entre los Estados firmantes, a través, esencialmente, de la creación de condiciones

³¹ Rosabal Labrada, C.M.:(2010) La subjetividad jurídica internacional del individuo en los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones, Edición electrónica gratuita. Tomado de: www.eu.med.net/libros/2010a/642/ [2 de enero de 2010].

generales que sirvan de estímulo y de garantía para los intereses económicos y jurídicos de los inversionistas de cada uno de dichos estados, cuando invierten en el territorio del otro Estado Contratante”³² . De esto se deduce que, al igual que lo planteado por los autores mencionados, se considera que este documento define intereses de ambos Estados acorde con sus respectivas legislaciones nacionales, siendo sus cláusulas de estricto cumplimiento y creando un entorno de seguridad y estabilidad jurídica. Esto se justifica en el hecho de quedar establecidos en él importantes conceptos tales como inversionista, persona natural, persona jurídica, territorio, entre otros.

Asimismo, contiene cláusulas que permiten a cada parte conocer previamente el trato que recibirán sus inversionistas en el territorio de la otra parte contratante, de conformidad con lo establecido legalmente para los nacionales y según las normas del DI. Otras cláusulas de importancia son las referidas a la facilidad para realizar las transferencias de las utilidades y ganancias en general, derivadas de la inversión realizada y las posibles exenciones y disminuciones de las obligaciones fiscales establecidas legalmente.

En las posiciones anteriormente expuestas se aprecian como elementos comunes que:

1. Son tratados bilaterales basados fundamentalmente en la voluntad de los Estados;
2. Se deciden por mutuo acuerdo, partiendo del carácter soberano del Estado;
3. Establecen condiciones generales que sirvan de estímulo y de garantía para los intereses económicos y jurídicos de los inversionistas de cada uno de ellos cuando invierten en el territorio de la otra Parte Contratante;
4. En el tratado se define intereses de ambos Estados acorde con sus respectivas legislaciones nacionales;
5. Sus cláusulas son de estricto cumplimiento y crean un entorno de gran seguridad y estabilidad jurídica al quedar establecidos importantes

³² Centro para la Promoción del Comercio Exterior. Tomado de: <http://www.cepec.cu/inversionextranjera.php> [2 de enero de 2010].

conceptos tales como inversionista, persona natural, persona jurídica, territorio;

6. Asimismo, contiene cláusulas que permiten a cada parte conocer previamente el trato que recibirán sus inversionistas en el territorio del Estado receptor, de conformidad con lo establecido legalmente para los nacionales y según las normas del Derecho Internacional.
7. Por otra parte, en este tipo de acuerdos se dejan establecidas las vías para solucionar conflictos entre el inversionista y una de las Partes Contratantes o entre ambas Partes Contratantes, por lo que existe la seguridad de que las partes cumplirán sus obligaciones porque de no hacerlo funcionará un procedimiento que finalmente los obliga a ello.

El estudio de estas definiciones arroja que lograr una definición internacionalmente aceptada de los APPRIs, que responda a caracteres generales, es en extremo complejo. Lo anterior se afirma porque como lo han reflejado los criterios anteriormente referidos, estas contienen un marcado carácter doméstico. La concertación de estos va a darse de acuerdo a las características propias de las naciones involucradas, así como a sus regulaciones en materia de expropiación o cuestiones relacionadas con los derechos.

Las características que adopten a la hora de definirse está en correspondencia con los diferentes modelos de tratados que asuman las partes firmantes, en dependencia de la mayor o menor apertura que ofrezcan a los capitales foráneos, así como a las particularidades de los sistemas jurídicos de las propias partes. También deberá obedecer a sus percepciones en cuanto a materias polémicas como control de la propiedad, expropiación, explotación de recursos naturales, entre otras cuestiones vinculadas a la soberanía de los Estados y a la presión que sean capaces de ejercer en la elaboración final del documento a firmar, cuestiones que son plasmadas en su contenido.

Los términos de promoción y protección, contenidos en el nombre de estos TBI son de singular importancia pues la combinación de ambos ha permitido un desarrollo vertiginoso de estos Tratados. En este sentido serán analizados con mayor profundidad al ser regulados en una cláusula del Modelo Cubano e integrando así el contenido del mismo.

1.2.1-La promoción y la protección.

Tomando como base la naturaleza y objeto de los APPRIs, contenidos como promoción, entrada o admisión, establecimiento, protección y tratamiento adquieren un carácter fundamental al ser regulados por estos acuerdos. Lo perseguido con estos es lograr una uniformidad en el flujo de inversiones entre diferentes Estados. El logro de este objetivo no puede perder de vista el hecho de que el reinante proceso globalizador de la economía mundial requiere que las naciones dirijan su atención a una mayor admisión de las políticas nacionales orientadas a flexibilizar la entrada y arraigamiento de capitales foráneos. Esta orientación ha mostrado, en la realidad, que los objetivos perseguidos por los diferentes países han sido heterogéneos.

En el ámbito nacional, de manera general, la tendencia en la mayoría de los países ha estado encaminada a incrementar el control y la discrecionalidad del Estado sobre la entrada y el establecimiento de las inversiones extranjeras. Esto ha continuado ocurriendo aún cuando se nota un crecimiento en el número de medidas adoptadas tendentes a ofrecer un mayor acceso a los mercados. Por otra parte, en el plano internacional, los acuerdos en materia de inversión no recogen de manera regular disposiciones relativas a otorgar a los inversionistas extranjeros derechos de entrada y establecimiento plenos o sin ninguna restricción.

Se entiende por promoción y admisión lo siguiente: Las inversiones que deben realizarse en el país receptor conforme a las disposiciones de éste para que puedan beneficiarse del APPRI.

Como protección se suele incluir, la obligación del país receptor de la inversión de otorgar protección y seguridad plenas conforme al DI a las inversiones de un inversionista efectuadas en el territorio de su nación. Esto incluye la prohibición de obstaculizar, mediante medidas arbitrarias o discriminatorias, la gestión, el mantenimiento, el desarrollo, el disfrute, la extensión, la venta y en su caso, la liquidación de tales inversiones. También se incluyen normalmente dentro de este apartado previsiones relativas a la posibilidad de los inversionistas de ejecutar en el país receptor, de acuerdo con la legislación de éste, contratos laborales, de licencia de fabricación, asistencia técnica, comercial, financiera y administrativa. Estas obligaciones contraídas por el país destino de inversiones en el marco de un TBI,

quedarán supeditadas a garantizar un pleno ejercicio de los derechos establecidos por el Acuerdo.

1.3- Contenido y efectos jurídicos de los APPRIs. Los derechos.

1.3.1-Idea General.

A pesar de existir varias definiciones de los APPRIs, estos muestran una similitud casi total en la conformación de su contenido. De esa forma pueden comprender las condiciones mínimas indispensables al garantizar la protección a las inversiones realizadas, independientemente de las diferencias existentes entre los distintos modelos.

En dependencia de la naturaleza de la relación que prime entre un determinado Estado y el país con el cual se concerte el Acuerdo, emanaran las obligaciones que se asuman. Esto significa que el contenido específico de dichos instrumentos jurídicos internacionales depende de cada caso en particular. En vistas del objetivo de los APPRIs de facilitar la inversión y tratar, por tanto, cuestiones de leyes, políticas o actuaciones oficiales que podrían dificultar o poner en peligro los flujos de inversión, es que se aprecia en los mismos cuestiones puntuales como la admisión de inversiones y el tratamiento de las mismas, las garantías de la libre transferencia de fondos y compensación de capital y beneficios, la compensación en caso de expropiación y la resolución de controversias. Estas conforman el contenido fundamental de todo TBI siendo analizadas algunas de ellas en el transcurso del acápite.

Como resultado de este análisis es necesario destacar que el contenido de un APPRIs queda determinado de la siguiente forma: Definiciones, de las que adquieren singular significación las de inversión e inversionista; Promoción y Admisión; Protección a la inversión, que incluye el derecho al inversionista a un Trato Nacional, Trato de Nación mas Favorecida, Nivel Mínimo de Trato; la Libre Transferencia, Compensación por Expropiación; Solución de Controversias Inversionista – Estado, Estado – Estado y Disposiciones Finales.

1.3.1.1- La Inversión Extranjera.

1.3.1.1.1- Idea General.

El alcance de los acuerdos de inversión está delimitado primordialmente por la definición de dos términos claves tales como: “Inversión” e “Inversionista”. Estas definiciones en sí mismas y unidas al resto de los temas tratados en el Acuerdo, pueden desempeñar una de las dos funciones esenciales de un acuerdo o incluso ambas: designar los bienes a los que se aplica el tratado y también determinar la naturaleza de las obligaciones nacidas del mismo.

1.3.1.1.2- Definición de inversión.

Por Inversión se entiende “cualquier tipo de activo invertido por un inversionista de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, de acuerdo con la leyes y reglamentos de esta última”³³, siendo esta donde se establece el ámbito objetivo y subjetivo del propio APPRI. El primero engloba todo lo relacionado con el término inversión en sentido general, mientras que dentro de la esfera subjetiva recae ya no el “que” sino el “quien o quiénes” tienen la consideración de inversores.

La definición de la inversión en los APPRIs puede clasificarse en: estricta o amplia. Las estrictas son aquellas que como regla general “se refieren al movimiento transfronterizo de capitales y recursos e insisten en que el control del inversionista sobre la empresa es un elemento obligatorio del concepto”³⁴. Las amplias son las que “tienen por objeto principalmente la protección de la inversión extranjera, abarcan no solo el capital sino también la mayoría de las demás clases de bienes de la empresa o del inversionista tales como: las propiedades y los derechos de propiedad de diversas clases incluidos varios tipos de préstamos y de transacciones de cartera entre otras”.³⁵ En la práctica reciente de los acuerdos internacionales en materia de inversión que tratan tanto de liberalizar la reglamentación de la inversión como de proteger las inversiones extranjeras, parece evolucionar en el sentido de las definiciones amplias.

Según la ley 77/95 “Ley de Inversión Extranjera Cubana”: “Se consideran inversiones de capital extranjero, a los efectos de esta Ley: a) Las inversiones

³³ Modelo Cubano para la firma de APPRIs utilizado para el trabajo con la UNCTAD, artículo 1(Ver anexo 1)

³⁴ García Fernández, Carlos. Definiciones: Inversión e Inversionista. Tomado de: http://www.economia.go.b.mx/pics/pages/1227_base/Definiciones.pdf [10 de enero de 2010]

³⁵ Ibídem

directas, en las que el inversionista extranjero participa de forma efectiva en la gestión de una empresa mixta o de capital totalmente extranjero y las que constituyen aportaciones suyas en contratos de asociación económica internacional; y b) Las inversiones en acciones, o en otros títulos-valores, públicos o privados, que no tienen la condición de inversiones directas”.³⁶ Estas tres formas bajo las que se puede presentar la IED adquieren respaldo constitucional con la modificación a dicho cuerpo jurídico en 1992 siendo la más utilizada en la práctica la empresa mixta.

Una definición amplia del término inversión abarca todos los bienes. Ello da la posibilidad de abrir potencialmente la economía del país receptor a cualquier forma de actividad económica. Lo que sería una definición amplia de inversión “típica” comenzaría expresando que la inversión abarca “todo tipo de bienes”, lo que deja entender que el término comprende cualquier cosa de valor económico. Esta generalmente va seguida de una lista de cinco categorías de inversiones. El hecho de que estas cinco categorías se inserten de manera expresa en la definición de inversión, no significa que queden excluidos cualquier clase de bienes, ya que se parte del principio de que la lista es ilustrativa y no limitativa.

A manera de ejemplo a continuación una típica definición amplia: El término “Inversión” designa cualquier tipo de bienes e incluye en particular, aunque no exclusivamente:

- los bienes muebles y los bienes raíces y cualesquiera otros derechos patrimoniales tales como hipotecas, créditos privilegiados y garantías ;
- las participaciones, las acciones y las obligaciones de las sociedades o los intereses en los bienes de tales sociedades;
- los créditos monetarios o cualquier otro crédito contractual que tenga un valor financiero;
- los derechos de propiedad intelectual y el crédito comercial;

³⁶ Ley 77 de 1995 “Ley de Inversión Extranjera”, artículo 11.

- las concesiones comerciales conferidas por ley o por contrato, incluidas las concesiones para la prospección, el cultivo la extracción o la explotación de recursos naturales.³⁷

Las definiciones amplias sobre este término pueden limitarse en estos tipos de acuerdos y el criterio comúnmente utilizado para ello es en cuanto a las limitaciones de las inversiones permitidas en virtud de las leyes del país receptor. Este tiene el propósito de obligar al inversionista a cumplir las leyes del país receptor al realizar la inversión, además asegura ella sólo sea aceptada si es compatible con la política del país receptor en materia de desarrollo. Este criterio va a ser el acogido por la mayoría de las naciones dentro de las que se incluye Cuba, pues el más beneficioso y atemperado a la situación del país.

1.3.1.2- Los sujetos de los APPRIs.

La actividad de inversión en el exterior implica la presencia de diversos actores cuyos intereses respectivos pueden entrar en conflicto, por lo que es necesario disponer de las medidas adecuadas. De ese modo, en todo proceso de inversión extranjera van a ser identificables tres figuras:

1. El inversor;
2. El país de la nacionalidad del inversor;
3. El país de destino de la inversión extranjera.

En cuanto al primero de estos, generalmente, los acuerdos en materia de inversión se aplican sólo a las inversiones realizadas por sujetos que reúnen las condiciones para ser consideradas inversionistas. En este sentido es que se determina a quienes se les otorgará la protección y los beneficios de un eventual acuerdo. Esta definición incluye normalmente a las personas físicas o naturales y a las personas morales o jurídicas.

Otro elemento importante en el análisis del término de inversor tiene que ver con el establecimiento del lazo a través del cual las personas físicas o jurídicas pueden llegar a ser considerados inversionistas. En general, las primeras se consideran

³⁷García Fernández, Carlos. Definiciones: Inversión e Inversionista. Tomado de: http://www.economia.gob.mx/pics/pages/1227_base/Definiciones.pdf [10 de enero de 2010].

como tal, en el sentido de un acuerdo, si cuentan con la nacionalidad de uno de los Estados parte o mantienen algún tipo de vínculo como la residencia permanente, el domicilio o la simple residencia. Para el caso de las personas naturales, la práctica común en los acuerdos de inversión consiste en considerar estas poseen la nacionalidad de un Estado si el derecho del mismo así lo dispone. En ciertos acuerdos se utiliza el elemento de residencia permanente para crear ese vínculo.

En el caso de las entidades jurídicas, la mayoría de los acuerdos utiliza uno de tres criterios para determinar la nacionalidad, o en ocasiones, la combinación de estos:

- a) El país de constitución: Este tiene como ventaja que es de fácil aplicación y de difícil cambio, lo cual significa que la nacionalidad del inversionista es en general permanente. La desventaja, es que se basa en un vínculo relativamente insignificante entre el inversionista y el país de la nacionalidad.
- b) El país de la sede de la sociedad: A pesar de que la sede no es tan fácil de determinar como el país de constitución, refleja una relación económica mucho más significativa entre la persona jurídica y el país de la nacionalidad. En general, la sede de una empresa designa el lugar en que se verifica la gestión efectiva, siendo éste relativamente permanente.
- c) El país en que radica la propiedad de la empresa o la participación mayoritaria: Es el más difícil de determinar y el menos permanente, sobre todo en el caso de las sociedades cuyas acciones se cotizan en las grandes bolsas. Su principal ventaja es que vincula la protección de un acuerdo a una relación económica genuina, de allí que sea utilizado conjuntamente con alguno de los criterios anteriores.

En cuanto al país de nacionalidad del inversor como sujeto de la inversión extranjera cabría señalar en primer lugar que el mismo, con la firma de un acuerdo de esta naturaleza, adquiere un conjunto de obligaciones. Esto viene determinado porque es un elemento característico de los APPRIs el no generar los tradicionales derechos y obligaciones para las partes firmantes, sino sólo obligaciones para los Estados parte.

Por su parte, el país destino de la inversión extranjera deberá contar con una normativa legal adecuada a las nuevas condiciones económicas a las que se encuentra expuesto. Esta debe estar orientada a la atracción y protección del flujo inversionista. Este marco legal, como instrumento del Estado receptor, garantizará que el proceso inversionista se desarrolle en base a patrones de admisión y establecimiento sin que se violen principios presentes en el DI.

Las categorías manejadas con antelación refieren determinados elementos que conducen a un análisis. En una primera aproximación, cabe señalar lo siguiente:

1. El interés del inversor extranjero va a consistir principalmente en el legítimo ánimo de lucro y, por ende, de obtener un rendimiento de su inversión.
2. Junto con el interés específico del inversor aparece el interés del Estado del que es nacional el inversor. La política exterior, cuyo trazado es una atribución soberana de los Estados, se asienta cada vez con mayor vigor en la presencia de las empresas y empresarios de su nacionalidad en el exterior.
3. Por lo que se refiere al país que acoge la inversión extranjera su interés va a radicar en poder acceder a capitales y tecnologías en unas condiciones que permitan el desarrollo.

En la comprensión del contenido de estos acuerdos es indispensable destacar la figura del inversionista como eje central de los mismos, lo que se resalta en las palabras de la Dra. Perugini cuando dice: "...en realidad, a pesar del título que tienen los diferentes acuerdos, de su contexto se desprende que los destinatarios finales de la protección no son las inversiones sino los inversores. Por esta razón los Convenios comienzan por definir lo que se entiende por inversor a los efectos de la protección[...] el establecimiento de criterios para la determinación de la pertenencia de unas y otras a uno de los dos Estados constituye sin duda uno de los problemas más difíciles de resolver, por enfrentarse conceptos y tradiciones jurídicas muy diferentes..."³⁸

Regularmente, los acuerdos en materia de inversión se aplican sólo a las inversiones realizadas por inversores que reúnen las condiciones para ser

³⁸ Rosabal Labrada, C.M.:(2010) La subjetividad jurídica internacional del individuo en los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones, Edición electrónica gratuita. Tomado de: www.eumed.net/libros/2010a/642/ [20 de enero de 2010].

considerados como tal. En este sentido, sobre la base de la definición de este término se determina a quiénes se les otorgará la protección y los beneficios de un eventual acuerdo. Siendo así, las definiciones de personas natural y jurídica, muestran en su conjunto características de un superior control del Estado, exigiéndose que tanto los criterios de nacionalidad o ciudadanía, como el establecimiento, sede o actividad económica esencial, sean acorde a la legislación del Estado de procedencia, de los sujetos de cada una de las partes.

1.3.1.3-Los derechos derivados de la firma de un APPRIs.

Los derechos de protección a las Inversiones regulados en estos tratados bilaterales se establecen en “Normas de Tratamiento” y “Normas de Protección”, elementos sobre los que existe una coincidencia entre la generalidad de los tratadistas y legislaciones nacionales. Sin obviar lo particular de la cuestión, la determinación del contenido exacto de tales reglas aludidas demanda de una verificación caso por caso, en relación a las circunstancias particulares que se originen, siempre bajo los principios de razonabilidad y equidad.

Al referirse a las Normas de Tratamiento se hace alusión al régimen legal aplicable al Inversionista en el Estado receptor, o sea, lo acordado a fin de asegurar el disfrute y goce de los derechos que el mismo posee. Estas no son normas jurídicas estrictamente, sino que constituyen determinados estándares de conducta que el Estado está obligado a seguir. Es este análisis lo que lleva a determinar que su contenido no se encuentra tipificado con anterioridad de forma esquemática, sino que se determinará conforme a las circunstancias del caso específico. Sólo se trata de una orientación de la conducta esperada y no de una descripción detallada de la conducta requerida³⁹. Estos derechos comprenden normas clásicas del Derecho Internacional que se instauran como criterios de interpretación que complementan las propias regulaciones del Tratado o, en ciertas ocasiones, suplen casuales lagunas en el Derecho Interno de los Estados.

En cuanto a las Normas de Protección, el objetivo de estas queda definido en impedir los llamados riesgos políticos o riesgos no comerciales, a tenor de los cuales el gobierno de un Estado podría interferir de manera arbitraria en los derechos o en la propiedad de un inversionista extranjero. En esta categoría de

³⁹ *Ibidem.*

normas se ubica el derecho del inversionista extranjero para acceder al arbitraje internacional como mecanismo imparcial en la solución de conflictos, a la libre transferencia de capitales y utilidades, y a una indemnización pronta, justa y adecuada ante la ocurrencia de un proceso de expropiación o intervención del Estado de la propiedad del inversionista extranjero. En el marco de los APPRIs los dos últimos mencionados adquieren una total importancia por lo que serán objeto de posterior análisis.

La doctrina no ofrece una definición propia de los derechos emanados de un APPRI considerando el autor que estos deben entenderse como: “Un conjunto de prerrogativas, que emanan del contenido del Acuerdo, adquiridas por los inversionistas nacionales de los Estados Contratantes, sirviendo de estímulo y garantía para los intereses económicos y jurídicos de estos al invertir en el territorio del otro Estado Parte, y que se traducen en normas de tratamiento y protección”.

Estos derechos genéricos derivados de un tratado, bien fundamentados y definidos en el DI, en la práctica han constituido la base de las reclamaciones derivadas de estos acuerdos por parte de los inversores frente a los Estados Receptores. El núcleo de los derechos que se plasman en el contenido de los APPRIs son:

1. **Trato Nacional**: La fundamentación de su implementación es evitar la posible discriminación en las normas locales de incidencia en las inversiones extranjeras, protegiendo al inversor de exigencias especiales que se traducirían en una desventaja competitiva respecto a los inversores nacionales. Otros criterios, defienden que este estándar de tratamiento no solo busca la estricta igualdad entre inversores nacionales y extranjeros, sino que también se interpreta como un tratamiento privilegiado para el nacional al ser arrastrado al nivel de tratamiento dado al Inversionista extranjero en la expresión “trato no menos favorable” .
2. **Trato de Nación más favorecida (NMF)**: Este derecho garantiza a los inversores del Estado Receptor un trato no menos favorable que el que dicho Estado Receptor otorga a los nacionales de cualquier otro país. Por tanto, este derecho protege a un inversor de la exigencia de requisitos especiales y de una desventaja competitiva. Si bien estos instrumentos

son bilaterales, en virtud de este derecho, pueden multilateralizarse si todos ellos contienen la cláusula de NMF. Es común que se establezcan en los APPRIs ciertas excepciones al principio de NMF, dos de ellas son: a) excluir del trato de nación más favorecida aquellos privilegios que alguna de las Partes hayan concedido a inversionistas de terceros Estados en razón de pertenecer a un área de libre comercio, unión aduanera o acuerdo regional, y b) preferencias resultantes de algún acuerdo suscrito entre Estados en materia tributaria.

3. **Trato no discriminatorio**: El Estado receptor se compromete a no perjudicar a los inversionistas de la otra parte firmante, con medidas discriminatorias a la gestión, mantenimiento, uso, goce o liquidación de las inversiones en su territorio. El elemento contradictorio de dicho principio reside en que conlleva a que el Estado receptor no lleve a cabo acciones discriminatorias con relación a los extranjeros en general, o con algunos en particular, quebrantándose así el principio de igualdad.
4. **Tratamiento Justo y equitativo**: Constituye una de las normas clásicas del Derecho Internacional. Reguladas dentro del minimum standard⁴⁰ históricamente exigido en la práctica internacional relativa a las Inversiones Extranjeras. Al respecto no existe consenso sobre la existencia de una norma internacional, ni en cuanto a su contenido y alcance. Algunos lo asemejan al principio de “buena fe”, en cuanto a la obligación de no tener una actitud contraria al objeto y fin del Acuerdo. Desde esta perspectiva el significado del tratamiento justo y equitativo, se configurará caso por caso, en relación con las demás disposiciones del acuerdo y con el contexto social y político en el cual éste se inserta.
5. **Compensación por Expropiación**: Las nacionalizaciones o expropiaciones constituyen un riesgo no comercial. En efecto, la potestad expropiatoria del Estado se erige como un principio reconocido por el Derecho Internacional Contemporáneo, que deriva a su vez del principio de la soberanía permanente del Estado sobre sus recursos naturales, proclamado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, por lo que

⁴⁰minimum standard: Es una locución utilizada para referirse al “patrón mínimo” regularmente exigido en la protección de las inversiones extranjeras. Se refiere a una guía en el comportamiento exigido.

ningún Estado puede ser obligado a no requisar, expropiar o nacionalizar. Sin embargo, a través de la celebración de los Acuerdos de Inversión se han establecido ciertas condiciones de legalidad bajo las cuales estas medidas pueden ser adoptadas por el Estado. En este sentido se exige que esos actos sólo podrán ser adoptados por razones de “utilidad pública”, sobre una base “no discriminatoria”, bajo el “debido proceso legal” y con el pago de una compensación “pronta, justa y efectiva”. En esta última, algunos APPRIs han incluido la exigencia de que el monto de la indemnización sea calculado a partir del valor comercial del bien del que se trate.

La expropiación a su vez puede ser directa e indirecta. Por directa se concibe a los actos legislativos y administrativos del gobierno del país receptor que implican la expropiación física de la propiedad y comprende las nacionalizaciones y expropiaciones propiamente dichas. La indirecta resulta de la pérdida efectiva de la administración, uso o control, o de la significativa depreciación del valor de los bienes del inversionista, las constituyen las “Expropiaciones Veladas” y “Regulaciones Expropiatorias”.

Una vez identificadas algunas de las categorías fundamentales de expropiación, por las que un país receptor de una inversión puede derribar los derechos de propiedad de un inversionista en sus bienes tangibles e intangibles, se puede pasar a revisar los requisitos exigidos para que el acto expropiatorio tenga plena eficacia. Esto, como ya fue planteado, constituye el elemento mayormente objeto de regulación en los Acuerdos en materia de inversión. Los APPRIs normalmente reconocen que un país receptor puede expropiar legalmente una propiedad extranjera si se cumplen cuatro requisitos:

- Propósito Público
- No Discriminación
- Debido proceso
- Compensación

El requisito del **propósito público** para la expropiación, con algunas variaciones en la terminología, aparece incluido en la mayoría de los Acuerdos en materia de inversión y es común que se acepte lo que el país receptor determine en su

normativa interna como propósito público. Con este se pretende que el acto expropiatorio se fundamente en una necesidad real del Estado receptor y que no constituya un acto de represalia contra un Estado extranjero.

No Discriminación, su inclusión en los APPRIs tiene la finalidad de evitar la disgregación de los extranjeros sobre la base del origen nacional o étnico. También persigue prohibir cualquier expropiación que se funde en una medida discriminatoria, arbitraria, o en cualquier acción sin justificación legítima, aún cuando éstas no se encuentren relacionadas con la nacionalidad.

El **Debido Proceso**, aquí debemos comenzar señalando que en el Derecho Internacional aun persiste la duda sobre la interpretación de este término. No obstante, muchos países han optado por incluirlo entre los requisitos necesarios para considerar que una expropiación es legítima y en tal sentido, lo identifican como la necesidad de que el acto expropiatorio pueda ser revisado por una autoridad apropiada, usualmente una de carácter judicial, (especialmente en lo que respecta al avalúo de la compensación). Este requisito normalmente se satisface sobre la base de la legislación sobre expropiación del país receptor, que estipula el mecanismo para el cálculo de la compensación.

En consonancia con la expropiación se analiza la compensación. Es reconocido como el tema que genera mayor controversia en materia de expropiación de propiedades extranjeras, a partir de poder determinar su estándar apropiado, es decir, que se debe pagar a un inversionista extranjero. En tal sentido, la mayoría de los países, fundamentalmente exportadores de capital, han optado por incluir en sus Acuerdos el Estándar “Hull”⁴¹ que declara que debe pagarse una pronta, efectiva y adecuada compensación. Estándar Hull ha sido identificado en los APPRIs, con ciertas variaciones en la terminología, como la compensación pronta, adecuada y efectiva; requiere el pago del valor total del mercado, de manera inmediata y en moneda convertible. Otorga un alto nivel de protección al inversionista extranjero.

El estándar variable, permite tener en cuenta prácticas pasadas, el deterioro de los recursos naturales, la posible ausencia de cambio de moneda y otros factores como daños al medio ambiente. Bajo esta fórmula, se da prioridad al principio de

⁴¹ Término inglés que en español significa “forma”.

equidad, permitiendo mayor flexibilidad y protección al país receptor, que una regla rápida y estricta como la fórmula Hull.

1.3.1.4-La libre transferencia de inversiones.

La libre transferencia de las inversiones es una de las garantías ofrecidas al inversionista extranjero que le permite remitir al exterior los pagos que por los diferentes conceptos recibe. En la inversión se genera utilidades o dividendos, siendo susceptible además, de recibir pagos por conceptos de indemnizaciones en caso de expropiaciones, o por concepto de liquidaciones o de la venta de la participación total o parcial del negocio al Estado receptor de la inversión, o a un tercero. Los APPRI's tienen entre sus objetivos, la protección de las inversiones y en ellos el tratamiento de las transferencias se relaciona directamente con este objetivo.

Las disposiciones que dan tratamiento a las transferencias varían de un acuerdo a otro. De ahí que se hallen diferentes enfoques de redacción. Algunos en términos generales y en otros de manera detallada con una lista ilustrativa de los tipos de transferencias que están cubiertas, lo que constituye un tema clave que surge al negociar un Acuerdo de inversiones. Los tipos de transferencias protegidos y contenidos en los acuerdos bilaterales sobre inversiones son de tres categorías:

1. transferencia hacia el exterior de sumas derivadas o asociadas con la protección de inversiones;
2. la transferencia hacia el exterior de sumas resultantes del comportamiento del país receptor;
3. transferencia consistente en el envío desde el exterior de sumas destinadas a ser invertidas por un inversionista extranjero.

En la primera categoría se encuentran incluidas ganancias provenientes de las inversiones. En ella se incluyen las utilidades, dividendos, intereses, ganancias de capital, pagos de regalías (como resultado de la licencia de derechos de propiedad intelectual). Por otro lado, abarca la administración, asistencia técnica u otros cobros o ganancias en especie; rentas provenientes de la venta o liquidación total o parcial de todo o parte de la inversión, entre otros.

La segunda se refiere a las transferencias hacia el exterior de los pagos que el Gobierno de un país receptor está obligado a hacer a un inversionista extranjero.

Se realiza a tono con las disposiciones de protección de inversiones contenidas en un acuerdo. Dentro de esta categoría de transferencia se encuentran los pagos recibidos como compensación por la expropiación de una inversión de un país receptor; pagos recibidos como compensación por pérdidas sufridas por un inversionista como resultado de un conflicto armado o disturbio civil (conocida como protección de la violencia); pagos por arreglo de disputas y pagos de deudas contractuales adeudadas por el Gobierno de un país receptor al inversionista extranjero. Dentro de la tercera se encuentran dos tipos: la primera son aquellas transferencias hechas con el propósito de hacer nuevas inversiones y la segunda son las realizadas con el objetivo de desarrollar o mantener una inversión existente.

Queda establecida así la importancia que posee la inclusión de esta cláusula en las regulaciones contenidas en este tipo de Tratados. La libre repatriación del capital invertido y demás sumas relacionadas con la inversión, constituye sin duda uno de los elementos clave en un régimen de protección de los inversores extranjeros.

1.3.2-Efectos jurídicos derivados de los APPRIs.

Una referencia a los principales efectos jurídicos resultantes de los APPRIs puede ubicarnos en líneas paralelas casi coincidentes con el ya analizado contenido de estos instrumentos. Sin embargo, acá hacemos referencia a esos resultados inmediatos de interés jurídico, que han identificado estos instrumentos del resto de los Acuerdos en materia de Inversión, comerciales o de la amplia gama económica.

Los APPRIs, a decir de Granato: “consagran derechos que protegen a los inversores extranjeros, a la vez que les confieren los instrumentos necesarios para obligar a los Estados a respetar tales derechos”.⁴² Es así que, según la opinión del autor y la cual es coincidente con los estudiosos antes citados, la efectiva protección brindada por estos convenios al inversor extranjero se ve materializada en la consagración de los derechos y la instrumentación necesaria para hacerlos valer en el plano internacional a través del arbitraje. En este orden de ideas,

⁴² Granato, Leonardo. (2006) Aportes para la protección y defensa del inversor extranjero en el MERCOSUR, Edición electrónica. Tomado de: www.eumed.net/libros/2006b/lg/ [1 de febrero de 2010].

entendemos que los principales efectos jurídicos de estos tratados sobre inversiones son:

a) Establecen el trato y protección al inversor extranjero que el Estado receptor se compromete internacionalmente a garantizar. Fortaleciéndose en su carácter convencional la obligatoriedad de su cumplimiento, incurriendo en responsabilidad internacional el Estado que incumpla con lo estipulado en el instrumento internacional.

b) Otorgan al inversor extranjero el derecho de someter toda controversia con el Estado receptor de capital a una instancia arbitral internacional. Esta capacidad procesal le permite dirigir su propio reclamo, sin la intermediación del Estado del cual es nacional.

c) Los TBI amparan los contratos concluidos por el inversor extranjero con el Estado receptor. Estos contratos, generalmente, se hallan sujetos a cualquier afectación del derecho interno que permite al Estado resolverlos unilateralmente por razones de “interés público”, en virtud de su soberanía e independencia económica.

En este orden de ideas, los contratos celebrados entre el Estado receptor del capital y el inversor extranjero se hallan amparados por estos tratados internacionales posibilitando su inserción en el orden jurídico internacional, otorgando la alternativa al inversor extranjero de reclamar en el plano internacional por medio del arbitraje. De este modo, el actuar del Estado parte se sujeta al tratamiento estipulado en el tratado, cuyo incumplimiento acarrea la responsabilidad internacional del Estado infractor, por violación de una obligación internacional contenida en un tratado.

Esta dinámica impregnada a la relación jurídica resultante de los APPRIs, ha sido la constante justificación legal que ha obligado a los Estados firmantes de éstos Acuerdos, a concurrir ante instancias internacionales, muchas veces, bajo pretensiones provenientes de interpretaciones exquisitas sobre cualquier acto soberano de Estado. No obstante, es útil distinguir los incumplimientos o reclamaciones derivadas del Tratado de las provenientes de los Contratos establecidos por el inversionista extranjero con las entidades del Estado receptor.

Para terminar, debemos tener en cuenta que un tratado constituye un instrumento jurídico que solo rige las relaciones entre los Estados. De este modo, todo APPRI

actúa simultáneamente en dos planos diferentes: en el plano internacional, al regir las relaciones interestatales y, en el plano interno, al comprometer al Estado receptor del capital a respetar y proteger los derechos del inversor extranjero.

1.4-Los modelos que otorgan a los inversionistas extranjeros derechos de entrada y establecimiento.

Partiendo de lo antes analizado es permisible clasificar los criterios nacionales en materia de entrada y establecimiento en cinco grandes categorías o modelos:

- Modelo del “Control Nacional”.
- Modelo de la “liberalización Selectiva”.
- Modelo del “Programa Regional de Industrialización”.
- Modelo de la “Combinación del Trato Nacional y del Trato de Nación Mas Favorecida”.
- Modelo de “Trato Nacional Mutuo”.

1.4.1-Modelo del “Control Nacional”:

Permite una discrecionalidad total del Estado sobre la entrada y establecimiento de la inversión, manteniendo este la competencia general de seleccionar las inversiones propuestas. Es preciso concretar que la inversión va a ser admitida en relación con la legislación nacional del país receptor.

1.4.2- Modelo de la “liberalización Selectiva”:

Establece derechos restringidos para el acceso y establecimiento, aceptándose la liberalización plena solo para las inversiones relacionadas con determinadas industrias que deberán constar en una “lista positiva” recogida en el Acuerdo. La Inversión extranjera se realizará sólo en industrias que están contenidas en una lista positiva de sectores o actividades concertada por común acuerdo de los Estados firmantes y de manera individual (el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) es el ejemplo más significativo de este modelo).⁴³

⁴³Ibídem

1.4.3- Modelo del “Programa Regional de Industrialización”

Otorga plenos derechos de entrada y establecimientos asentados en el Trato Nacional a los inversionistas procedentes de los países miembros de una organización de integración regional, exclusivamente a los efectos de la realización de dicho programa. Constituye una forma supranacional de organización comercial cuyo objetivo consiste en estimular el desarrollo económico entre las diferentes regiones.

1.4.4- Modelo de “Trato Nacional Mutuo”

Se erige sobre la base de las regulaciones del Trato Nacional, estableciendo la liberación total de entrada y establecimiento entre naciones con intereses interregionales, pero las cuales no se han comprometido a promover la liberalización multilateral.

El fundamento práctico de este modelo consiste en impedir la posible discriminación en las normas especiales de cada nación, de incidencia en las inversiones extranjeras, garantizándole una protección al inversor de requerimientos especiales que pudiesen convertirse en una desventaja competitiva para los inversores locales. Otro grupo de tratadistas manifiestan que el modelo, además de perseguir la estricta igualdad entre inversores nacionales y extranjeros, puede ser considerado como un tratamiento favorecedor para el nacional al ser llevado al plano de tratamiento dado al Inversionista extranjero en la expresión “trato no menos favorable”.⁴⁴

1.4.5-Modelo de la “Combinación del Trato Nacional (TN) y del Trato de Nación Más Favorecida (NMF).

El modelo de Trato Nacional/Nación Más Favorecida (TN/NMF) se pronuncia por la liberalización plena de la entrada y establecimiento de inversionistas de los Estados contratantes sobre la base del Trato y Nación Mas Favorecida, con la única

⁴⁴ Rosabal Labrada, C.M.:(2010) La subjetividad jurídica internacional del individuo en los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones, Edición electrónica gratuita. Tomado de: www.eumed.net/libros/2010a/642/ [5 de febrero de 2010]

salvedad de una “lista Negativa” de actividades o industrias reservadas o políticas aplicables, recogida en el Acuerdo⁴⁵. Es necesario destacar que en la práctica, el primero de estos modelos, a pesar de contar con diferentes formas, ha resultado ser el más empleado, aunque el otro ha recibido un gran impulso al ser acogido de manera creciente por las naciones deseosas de establecer un régimen liberal de entrada y establecimiento en un contexto mundial moderador de las inversiones.

El análisis de este requiere destacar que el “Trato de Nación Mas Favorecida” es reconocido en una cláusula como contenido del acuerdo consistiendo en un compromiso que asume el Estado receptor del capital frente a los restantes Estados de tratar a los inversores del otro Estado con un trato no menos favorable que el que se otorga en situaciones similares a inversores nacionales de terceros países. La misma otorga derecho al beneficiario del tratamiento acordado con un tercer Estado antes o después de que el tratado bilateral suyo entre en vigencia.⁴⁶ El trato de NMF está limitado en estos convenios por excepciones relacionadas con la participación en áreas de integración⁴⁷, convenios impositivos y acuerdos especiales.

La aplicación de estos modelos como un todo, implica la existencia de atractivas ventajas a los inversionistas extranjeros, lo que se traduce de forma expresa en el marco del propio Acuerdo, que los recoge bajo el nombre de tratos, y entre los cuales existe una estrecha relación. El convenio se va a caracterizar por la existencia de determinadas cláusulas que informan el actuar de los Estados parte. La de trato nacional, como se dijo, cubre los estándares aplicables a las inversiones ya establecidas que sean propiedad o que estén controladas por inversionistas extranjeros requiriendo que las empresas establecidas sean tratadas de manera no menos favorable que las empresas domésticas, en circunstancias similares. La cláusula de NMF, por su parte, protege a un inversor de la exigencia de requisitos especiales y de una desventaja competitiva.

El carácter temporal de los APPRIs, constituyó en su momento la justificación de ser un peligro controlado para los Estados; y es exactamente aquí, donde construcciones jurídicas como la Cláusula Remanente y la de Trato de NMF,

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*

⁴⁷ Estas áreas son: zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común y acuerdo de integración regional u organización de asistencia mutua.

extiende en el tiempo, los efectos de estos Tratados que se ramifican hacia otros instrumentos firmados por las partes.

1.5- La inversión extranjera y el Derecho Internacional Público (DIP).

Los inversores exteriores van a encontrar su mayor protección en las instituciones de DIP. No en vano, los APPRIs suelen establecer que el arbitraje para solucionar las controversias entre un Estado y los inversionistas de otro Estado ha de basarse, además del derecho nacional del país en cuyo territorio se ha realizado la inversión, en las reglas y principios de DI generalmente admitidos.

Cabe recordar, en este contexto, que los tratados internacionales constituyen, por así decirlo, la materia con la que en gran medida se construye el DIP. Por tanto, la fuerza vinculante de la operatividad de los APPRIs descansa en este, de tal modo que estos instrumentos de promoción y protección de inversiones van a desplegar su eficacia entre los países que los suscriben en la misma medida en que lo haga el DIP. Puede decirse, en todo caso, que los APPRIs son, junto con la póliza de seguro de inversiones⁴⁸, los instrumentos más eficaces de que pueden disponer los gobiernos en aras a la protección de los intereses de los inversores de su nacionalidad en el exterior.

Siendo así, las inversiones exteriores deben tomar en consideración todas las medidas de protección que este cuerpo normativo dispensa y, sobre todo, los requisitos que el mismo exige para poder invocar su aplicación. Entre estos requisitos es especialmente importante el de la nacionalidad. De este modo, un Estado sólo podrá ejercitar la protección diplomática respecto de los inversores en el exterior de su nacionalidad. Los APPRIs, que constituyen una manifestación de ejercicio anticipado de la protección diplomática, incorporan este requisito de la nacionalidad.

⁴⁸ La póliza de seguro de inversiones favorece la internacionalización de las empresas e inversionistas, ofreciéndoles un instrumento flexible que les permita cubrir las posibles pérdidas que puedan sufrir en su inversión en el exterior derivadas del advenimiento de riesgos, que, aún encontrándose fuera de la órbita de control del inversor o de su filial, pueden tener un impacto importante en el resultado de su inversión extranjera. Un ejemplo es CESCE, que es una sociedad anónima participada mayoritariamente por el Estado Español y por los principales bancos y empresas aseguradoras de España. Tomado de: http://www.icex.es/icex/cda/controller/pageICEX/0,6558,5518394_5518983_5586834_634337_0_-1,00.html [2 de marzo de 2010]

Por otra parte, los Estados tradicionalmente se han reservado la potestad absoluta, controlando la admisión y establecimiento de extranjeros, incluyendo los inversionistas. Lo anterior expresado se hace en consonancia con el Derecho Internacional, pues el mismo es un principio. Sin embargo, la firma de un Acuerdo de este tipo, no podrá de facto, interpretarse como una obligación de los Estados contratantes de admitir en sus respectivos territorios las inversiones procedentes del otro Estado. Para ello deberá cumplirse con las normas y ajustarse a los procedimientos que regulan el proceso de entrada y admisión de las inversiones de capital foráneo en cada país.

En última instancia, es necesario destacar que los APPRIs constituyen un instrumento jurídico internacional donde los Estados entre ellos, o los Estados y los individuos pueden pactar una cláusula para resolver sus controversias. Para ello pueden recurrir al arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en materia de Inversiones, al Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya, Cámara de Comercio Internacional con sede en París u otras instituciones de arbitraje. En lo referente al modelo que establece la OMC para arreglar las diferencias entre Estados, deja indefenso al inversionista (persona natural). La OMC tiene establecido que nadie ajeno a la esfera pública puede plantear una diferencia al amparo de su procedimiento.

En el capítulo se hizo un análisis de los derechos del inversionista reconocidos en los APPRIs que son imprescindibles. Para su entera comprensión se parte de la evolución y desarrollo de estos Acuerdos, su definición, efectos jurídicos, así como su contenido (derechos) que a su vez abarca otros componentes que garantizan la eficaz actuación del Convenio. También se analizarán los modelos que otorgan a los inversionistas extranjeros derechos de entrada y establecimiento, culminándose con la interconexión existente entre la inversión extranjera y el DIP.

Vinculado a este tema, especial importancia se le otorga al compromiso de los Estados de garantizar plena protección y seguridad, en sus respectivos territorios, a las inversiones provenientes del otro Estado, las cuales, según se dispone, no podrán ser sometidas a medidas injustificadas o discriminatorias en lo que a la gestión, mantenimiento, uso, disfrute y disposición de las mismas se refiere.

El lograr una definición uniforme de APPRIs no es tarea fácil, ya que según lo analizado, su conceptualización tiene un marcado carácter nacional. La concertación de estos va a responder a las características propias de los Estados firmantes. Las particularidades que acojan en su definición responderá a los diferentes modelos de tratados que asuman las partes firmantes, en dependencia de la mayor o menor apertura que ofrezcan a los capitales foráneos.

El conjunto de derechos fijados en estos acuerdos de inversión, constituye el eje sobre el cual giran los mismos y el elemento principal por el que han sido objeto de tanta aceptación a nivel mundial. Derechos como el Trato nacional, NMF, Trato no discriminatorio, Tratamiento Justo y equitativo, la protección al inversionista ante un proceso de expropiación y la compensación que el mismo origina y la libre transferencia, han propiciado el auge de estos Acuerdos como una alternativa segura al inversor foráneo.

Los Estados tradicionalmente se han reservado la potestad absoluta, reconocida en el DI, de controlar la admisión y establecimiento de extranjeros, incluidos extranjeros inversionistas en sus territorios. Partiendo de esto, la firma de un Acuerdo de este tipo no podrá, de facto, interpretarse como una obligación de los Estados contratantes de admitir en sus respectivos territorios las inversiones procedentes del otro Estado. Esto requerirá el cumplimiento de las normas y ajustarse a los procedimientos que regulan el proceso de entrada y admisión de las inversiones de capital foráneo en cada país.



Capítulo II

CAPÍTULO II: ANÁLISIS DE LOS DERECHOS CONTENIDOS EN EL MODELO CUBANO DE ACUERDOS DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIÓN EXTRANJERA A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE CUBA Y LA LEY DE INVERSIÓN EXTRANJERA CUBANA.

2.1- A modo de ideas generales.

Al arribar la década del 90, Cuba se encontraba inmersa en un amplio proceso de apertura a capitales foráneos como parte de la estrategia trazada para afrontar la crisis económica que azotaba al país, y la cual tenía como catalizador el brutal bloqueo impuesto por los Estados Unidos. Bajo este prisma, la IED va a ser concebida como un complemento de los esfuerzos nacionales de desarrollo. Queda así, la misma, orientada a la búsqueda de nuevos mercados en el exterior, tecnologías competitivas y financiamiento (fundamentalmente a largo plazo).

La política económica hoy aplicada a la aprobación de nuevos negocios bajo las modalidades de Inversión Extranjera contenidas en la legislación cubana, tiene un carácter de alta selectividad. Se están impulsando proyectos de negociaciones de interés nacional, los cuales representan un significativo impacto económico y social. Adquieren interés en este sentido, proyectos que involucren altos flujos de inversión hacia objetivos nacionales de desarrollo.

Se busca mediante la aplicación de políticas y medidas concretas relacionadas a la inversión extranjera, el garantizar un clima adecuado que ofrezca seguridad y protección al inversionista extranjero, al tiempo que se esté en concordancia con las políticas de fomento industrial y tecnológico del país. Son analizados en este proceso, el establecimiento de mecanismos e incentivos que permitan atraer y dirigir la inversión hacia aquellos lugares que mayor beneficio puedan reportarle al país.

El contar con la presencia de capitales extranjeros en el territorio nacional, resulta en la actualidad un objetivo de trabajo prioritario, jugando un papel determinante en este sentido los APPRIs. Esta variedad de convenios define intereses de ambos Estados de conformidad con lo establecido en sus respectivas legislaciones nacionales y según las normas del DI. Sus cláusulas son de estricto cumplimiento y crean un entorno de gran seguridad y estabilidad jurídica, al quedar definidos importantes conceptos tales como inversión, inversionista, persona natural, persona

jurídica, territorio y otros; sin perder de vista en la conformación de su contenido, como se planteaba anteriormente, lo regulado por las principales legislaciones⁴⁹ de las Partes Contratantes. Cuba cuenta con un modelo de APPRIs en aras de facilitar la actividad inversionista extranjera, preceptuando un grupo de derechos que serán objeto de análisis en el transcurso de esta investigación.

El diplomante considera la necesidad de, en un primer momento, establecer un razonamiento en cuanto al carácter de la Constitución como norma prima del Ordenamiento Jurídico Cubano y sus regulaciones en materia de inversión. Posteriormente será analizado lo regulado por la Ley 77 de 1995 “Ley de Inversión Extranjera Cubana” y una muestra de los APPRIs concluidos por Cuba, en relación a lo establecido por el Modelo Cubano, específicamente en lo relativo a los derechos al inversionista extranjero.

2.2- El Modelo Cubano de APPRIs y la Constitución de La República de Cuba.

El significado de estar o pertenecer la Constitución, a la cúspide de la pirámide que explica la jerarquía y competencia de la normativa jurídica, es por definición y práctica, el que constituya, verdaderamente, el atributo de “Carta Magna” o “Ley de Leyes”. Esta es, además de un cuerpo jurídico, el resultado manifiesto de diversos y complejos objetivos planteados por un Estado. Es, por tanto, el reflejo de lo político, lo social, lo cultural, lo ideológico y consecuentemente lo económico.

“Esta es la norma jurídica superior, prima por excelencia, dentro del sistema de derecho, y su obediencia es de carácter estricto, tanto para el resto de la normativa jurídica, como para los operadores del Derecho, representantes del Estado y ciudadanos, quienes están obligados a respetarla, en virtud del principio de legalidad”.⁵⁰ La categoría de eje del ordenamiento jurídico viene amparada por el poder que ostentan quienes la aprueban, por lo complejo que se torna su aprobación, modificación o reforma, diferente al resto de las leyes formales, que presume el rigor, control y protección de los intereses generales y públicos que refrenda, y porque representa la solidez del sistema que la aprueba.

⁴⁹ Estas legislaciones son la Constitución de la República de Cuba y Ley No.77 de 5 de septiembre de 1995, “Ley de Inversión Extranjera”

⁵⁰ Peraza Chapeau, V.J. “El Derecho Constitucional y la Constitución”, Temas de Derecho Constitucional Cubano. Ed Ciencias Jurídicas, La Habana, 1998, p18. Este señala que: “La función jurídica de la Constitución es el centro de todo el sistema jurídico, establece los principios mas importantes, y es el punto de partida para todas las ramas del derecho y las ordena en un sistema único, es la norma básica y central de ese sistema”.

Al referirse Bulté al hecho de obedecer todo el ordenamiento jurídico a lo preceptuado en ella expresa que: “de hecho, todo proceso de creación del Derecho, de creación de normas jurídicas se inspira en la legitimidad que le confiere la Constitución, la cual confiere a determinados órganos la capacidad para crear normas jurídicas y confiere a las normas creadas, cuando se hacen en obediencia a su letra y espíritu, la debida legitimidad. En ese sentido, esa es, sin duda, la primera y más importante norma de reconocimiento de un ordenamiento jurídico.”⁵¹

Establecido el carácter supremo de este texto jurídico, cabe recordar la situación de Cuba al llegar los años 90, lo que influyó directamente en el camino tomado por esta y la posterior apertura a capitales foráneos. Estas condiciones concretas se ven materializadas en la legislación vigente⁵² en materia de inversión extranjera, pues la Constitución de 1976 al pronunciarse sobre la propiedad estatal era absoluta, no haciendo excepciones, ni excluyendo ningún medio de producción.

El desarrollo mostrado por las inversiones extranjeras y la necesidad de llevar a vías de hecho otras variantes de estas, hacía indispensable la existencia, en este sentido, de un respaldo constitucional. La Carta Magna, al referirse a la concertación de tratados internacionales, establece en su artículo 98 apartado c) y ch) respectivamente, que son atribuciones del Consejo de Ministros “dirigir la política exterior de la República y las relaciones con otros gobiernos” y “aprobar tratados internacionales y someterlos a la ratificación del Consejo de Estado” en cuya categoría quedan incluidos los APPRIs.

Según la doctrina, el procedimiento de conclusión de un Acuerdo Internacional presenta cuatro fases: a) negociación, b) adopción del texto, c) autenticación del mismo, y d) manifestación del consentimiento. La primera consiste en una serie de propuestas, contrapropuestas y discusiones llevadas a cabo por los representantes de las Partes Contratantes. Luego se declara que el texto adoptado es simplemente el convenido, para en un tercer momento autenticarlo constituyendo esto un acto jurídico en sentido propio y dando fe de la veracidad del contenido adoptado. La cuarta y última fase es la que más interesa a este análisis, pues sin esta el Tratado

⁵¹ Fernández Bulté, Julio. Teoría del Estado y el Derecho. Ed Félix Varela, La Habana, 2001. p 56

⁵² Un ejemplo de esto lo constituye la puesta en vigor del Decreto – Ley 50 de 1982.

no es obligatorio para el Estado o sujeto internacional negociador siendo la forma solemne de esta la ratificación.

De este razonamiento se deduce que la consideración o no de la concertación de un Acuerdo Internacional, recae en el Consejo de Estado como el órgano de la Asamblea Nacional del Poder Popular (ANPP) que la representa entre uno y otro período de sesiones. Esta función queda establecida en el artículo 90-m) de la Constitución de La República de Cuba al regular su facultad de “ratificar y denunciar tratados internacionales”. En esto, sin dudas, se aprecia el carácter de norma principio de la Ley Suprema.

El Modelo Cubano muestra una relación de contenido con la propia Ley de Leyes estableciendo en su artículo 1 sobre las definiciones que “Por inversión se entiende cualquier tipo de activo invertido por un inversionista de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, de acuerdo con las leyes y disposiciones complementarias de esta última”. El propio precepto esclarece que en el caso específico de Cuba de acuerdo con las leyes y disposiciones complementarias de esta última, deberá interpretarse como cualquier tipo de activo invertido, el cual para ser considerado una inversión protegida por este Acuerdo deberá, además de otros requisitos, ser aprobada por el Órgano o autoridad competente del Gobierno de la República de Cuba.

En el apartado 4 del propio artículo, al definir la figura del inversionista en el caso de las personas naturales, considera que este estatus viene dado por ser ciudadanos cubanos conforme a las leyes nacionales y tengan su residencia permanente en el territorio nacional. Al respecto, constituye la Constitución uno de los cuerpos jurídicos nacionales que regula lo relativo a la ciudadanía⁵³ abordando cuestiones puntuales como las formas en que esta puede ser adquirida.

Otra de las definiciones a tono con la Ley Suprema es la de “Territorio” coincidiendo esta en extensión con el área en que el Estado cubano ejerce su soberanía a tenor del artículo 11 de la Constitución Cubana: “El Estado ejerce su soberanía sobre todo el territorio nacional, integrado por la Isla de Cuba, la Isla de la Juventud, las demás islas y cayos adyacentes, las aguas interiores y el mar territorial en la extensión que fija la ley y el espacio aéreo que sobre éstos se

⁵³ Constitución de la República de Cuba, artículos del 28 al 33.

extiende; sobre el medio ambiente y los recursos naturales del país y sobre los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas, el lecho y el subsuelo de la zona económica marítima de la República, en la extensión que fija la ley, conforme a la práctica internacional".⁵⁴ En relación a lo anterior el Modelo Cubano aclara que este ejercicio de soberanía va a ser en virtud de la legislación interna y de conformidad con el Derecho Internacional.

La incorporación de las inversiones directas internacionales como una variable explícita en la política económica se fundamenta en la consideración de que coadyuvan a la ampliación y modernización del tejido empresarial. Además, complementan la estructura productiva de un país, generan empleo y promueven la competitividad de las economías receptoras de las inversiones dada la mayor tendencia exportadora y a la incorporación de tecnología avanzada que éstas conllevan.

En este contexto, es necesario destacar que la Carta Magna, a raíz de la apertura al proceso inversionista extranjero evidenciado desde la última década del siglo pasado, ha sido objeto de un proceso de perfeccionamiento consolidado con tres modificaciones. De estas es imprescindible mencionar la segunda, realizada en 1992 como resultado de los acuerdos del Cuarto Congreso del Partido, cuyos cambios, en las condiciones del derrumbe del campo socialista, se encaminaron a lograr, en el más profundo sentido, las adecuaciones económicas que permitieran la reinserción de Cuba en un mundo capitalista hostil, sin dejación de los principios revolucionarios. Estas transformaciones tenían el propósito de salvar las conquistas de la Revolución, confirmando nuestra indeclinable adhesión a la opción socialista.

En ese sentido, se estableció constitucionalmente, en virtud del artículo 23, la posibilidad de la existencia de empresas con participación de capital extranjero, ya sea total o parcial, y otras disposiciones que ensanchaban el sistema político de la sociedad cubana. Quedaban reflejadas así, las inevitables adecuaciones jurídicas a las nuevas circunstancias políticas y económicas del país, dentro de las cuales se contempla indudablemente la aparición de los APPRIs. La propiedad de estas

⁵⁴ *Ibidem*, artículo 11.

empresas, que se podían presentar bajo tres modalidades⁵⁵, va a ser reconocida por el mencionado precepto de la Ley Suprema siempre que se constituyan conforme a la legislación vigente y en cuyo caso, el uso, disfrute y disposición de los bienes pertenecientes a su patrimonio se rigen por lo establecido en la ley y los Tratados, así como por los estatutos y reglamentos propios por los que se gobiernan.⁵⁶

En un estudio del Modelo Cubano, el mismo en su artículo 1 sobre definiciones, considera como “Compañía” a “cualquier entidad constituida u organizada conforme al derecho aplicable, tenga o no fines de lucro, sea de propiedad privada o gubernamental y sea propiedad o esté bajo el control efectivo de inversionistas de una de las Partes Contratantes” incluyendo dentro de esta categoría las empresas mixtas, sociedades, asociaciones u organizaciones similares.

El autor quiere hacer notar que cuando se regula la propiedad de las empresas con presencia de capital extranjero en la Ley de Leyes, y con ello se establece la reversibilidad de la propiedad socialista de todo el pueblo, no estamos ante las conocidas políticas de privatización neoliberal,⁵⁷ en auge en América hoy. Por el contrario, esas privatizaciones parciales del capital empresarial sólo pueden ser aprobadas por el Consejo de Ministros o su Comité Ejecutivo cuando están en función del desarrollo global de la economía socialista, a favor de su avance estratégico. Esa participación del capital extranjero en Cuba no es, pues, para abrir el camino al capitalismo, sino para salvar y fortalecer al socialismo.

2.3- Los derechos del inversionista extranjero en el Modelo Cubano de APPRIs, la Ley 77 de 1995 “Ley de Inversión Extranjera Cubana” y los APPRIs firmados por Cuba.

El estudio de los modelos APPRIs, conlleva al análisis de las políticas seguidas por los Estados al momento de admisión y establecimiento de las Inversiones

⁵⁵ Estas son las empresas mixtas, sociedades y asociaciones económicas; y cuya propiedad queda reconocida con la reforma constitucional de 1992, siempre que se constituyan conforme a la Ley No.77 de 5 de septiembre de 1995, “Ley de Inversión Extranjera”.

⁵⁶ Constitución de la República de Cuba, artículo 23 segundo párrafo.

⁵⁷ Polanco, Alberto. La Privatización. Tomado de: <http://www.monografias.com/trabajos5/privatiz/privatiz.shtml#elpro> [10 de abril de 2010]. Este plantea que: “Estas políticas de privatización, son aquellas diseñadas para establecer los principios del mercado en la provisión y distribución de los servicios públicos. Estas se han visto desarrolladas en países como Chile, Brasil y Estados Unidos.

extranjeras. Como se ha expresado, cada uno de estos instrumentos refleja la naturaleza de la relación entre las partes firmantes, así como el sistema que siguen respecto a las inversiones extranjeras y el régimen de derecho que conceden a sus titulares. En dependencia de la estrategia política trazada, podrá variar el estatus legal del inversionista extranjero a la luz del Derecho Internacional respecto a cada una de las partes.

Señala el Primer POR CUANTO de la Ley No. 77/1995: “Ley de la Inversión Extranjera”: “...Cuba (...) puede obtener a través de la inversión extranjera, sobre la base del más estricto respeto a la independencia y soberanía nacional, beneficios con la introducción de tecnologías novedosas y de avanzada, la modernización de sus industrias, mayor eficiencia productiva, la creación de nuevos puestos de trabajo, mejoramiento de la calidad de los productos y los servicios que se ofrecen, y una reducción en los costos, mayor competitividad en el exterior, el acceso a determinados mercados, lo que en su conjunto apoyarían los esfuerzos que debe realizar el país en su desarrollo económico y social”.

Lo antes planteado, nos permite afirmar que estos Acuerdos Bilaterales han constituido en los últimos tiempos un espejo de la política exterior que en materia económica han asumido los Estados que los utilizan. Tiene su surgimiento, en el caso de Cuba, en un momento en que la apertura a capitales foráneos no constituía una alternativa sino una necesidad inminente. Con el objetivo de facilitar su celebración, se han creado modelos de acuerdos que, mediante un formato preestablecido, son utilizados como punto de partida en la negociación. Estos constituyen, en algunos casos, como una especie de contrato de adhesión cuando los términos del modelo no son refutados por uno de los Estados parte.

Dada la importancia y utilidad de estos instrumentos, en algunos países⁵⁸ se ha optado por la creación de estas proformas con un carácter oficial. Cuba no se ha quedado al margen, contando con un Modelo de APPRIs cuyo contenido dota al inversionista extranjero de una tutela jurídica sustentada sobre los más sólidos cimientos legales. Esta situación ha venido condicionada por la amplia práctica

⁵⁸ Por ejemplo, los modelos empleados por los Estados Unidos de América que incluso llegan a tener una suerte de vigencia en la práctica jurídica internacional.

cubana en la firma de APPRIs, firmándose y ratificándose hasta la actualidad un total de 62 de estos TBI.⁵⁹

Estos Acuerdos, responden en su gran mayoría a las características de los diferentes modelos de Tratados que asuman Cuba y la otra parte firmante, como de las características de los sistemas jurídicos de ambas naciones. Su regulación obedece a sus percepciones en cuanto a materias polémicas como control de la propiedad, expropiación, explotación de recursos naturales, entre otros asuntos que involucran la soberanía de los Estados y la influencia que puedan tener en la elaboración final del instrumento a firmar.

Los Acuerdos de Inversión firmados por el Estado Cubano no sólo van a estar dirigidos a los Estados, sino que su ámbito de aplicación alcanza también a los particulares. Esta característica tributa a la doctrina internacional y viene dada por contener un conjunto de normas destinadas a los Estados, pero cuyos beneficiarios directos son los inversionistas de uno y otro Estado parte. De esta forma, los países se obligan a respetar los derechos de protección conferidos a los inversionistas extranjeros mediante una especie de declaración unilateral de voluntad derivada de un convenio, generando así una “reciprocidad negativa” en la relación interestatal de que se trate.

El hecho de que beneficien directamente a los particulares en la figura de los inversionistas, no es su único elemento sui generis como Tratado. Estos instrumentos rompen con su tradicional contenido de obligaciones y derechos para cada una de las partes, regulando para los Estados firmantes solo obligaciones y guardando los derechos que puedan derivarse de éstos a favor de los inversionistas de sus respectivas naciones. Estos elementos, presentes en los Acuerdos firmados por Cuba, constituyen otra de las razones que los han consolidado en la cima del proceso inversionista cubano, estableciendo nuestro país tratados bilaterales con países como España, Perú, Chile, Panamá, México, Bolivia y Alemania, cuyo contenido será objeto de análisis comparativo con el establecido en el Modelo Cubano.

⁵⁹ Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Tomado de: http://www.cubaindustria.cu/webs/acuerdos_protec_inver.htm [15 de marzo de 2010].

2.3.1- El contenido del Modelo de APPRI Cubano. Los derechos del inversionista extranjero.

2.3.1.1- La inversión extranjera.

Para analizar la definición de inversión extranjera en Cuba, a la luz de la Ley 77/95 “Ley de Inversión Extranjera”, sería válido retomar la posición esgrimida en la primera parte de la investigación. “Se consideran inversiones de capital extranjero, a los efectos de esta Ley:

a) Las inversiones directas, en las que el inversionista extranjero participa de forma efectiva en la gestión de una empresa mixta o de capital totalmente extranjero y las que constituyen aportaciones suyas en contratos de asociación económica internacional; y b) las inversiones en acciones, o en otros títulos-valores, públicos o privados, que no tienen la condición de inversiones directas”.⁶⁰

En nuestro caso, el comportamiento de la inversión extranjera de acuerdo a la política de desarrollo económica y social seguida por el país, puede presentar diferentes limitaciones, siendo analizada su presencia o no en nuestro modelo de APPRI:

- Limitaciones relativas al momento de la inversión.

Consisten en excluir las inversiones realizadas antes de la entrada en vigor de un APPRI, generalmente es tomado en cuenta por los países en desarrollo, no siendo un criterio utilizado por Cuba.

- Limitaciones relativas a la naturaleza de la inversión.

Tienen por objeto excluir ciertos tipos de inversión, por ejemplo, las inversiones de cartera. Esta limitación indica una clara preferencia por las inversiones a largo plazo, lo que no sería favorable para la economía cubana.

- Limitación del volumen de las inversiones.

Consiste en excluir ciertas inversiones atendiendo al monto de las mismas; cabe señalar que este particular no es apreciado comúnmente en este tipo de acuerdos.

- Limitaciones referentes al sector de la economía.

Consisten en dirigir la inversión extranjera a determinados sectores de la economía.

⁶⁰ Ley No.77 de 5 de septiembre de 1995, “Ley de Inversión Extranjera”, artículo 11.

Al analizar estas limitaciones desde una óptica mas amplia, resalta la existencia de un requisito sine qua non⁶¹ para toda inversión extranjera. Este está dado en el hecho de no contradecir los principios establecidos en el capítulo uno de la Constitución de la República de Cuba. Otra restricción cubana que adquiere un carácter específico, pero con cierta generalidad, es la establecida en la última limitación analizada. Sobre esto, el artículo 10 de la Ley 77 de 1995 “Ley de Inversión Extranjera Cubana” autoriza inversiones en todos los sectores menos en los servicios de salud y educación, y las instituciones armadas, salvo en su sistema empresarial. Este referente alcanza lo regulado por el Modelo Cubano, pues al supeditarse esta a la Ley 77/95 sus disposiciones deben limitarse a la posición asumida por esta, mostrando una dependencia jerárquica.

También Cuba presenta prohibiciones específicas más particulares dadas en el hecho que requieren la aprobación de determinados ministerios por representar posibles problemas ambientales, o en el caso de garantías para el traspaso de mercancías. Al respecto la Ley de Inversión Extranjera Cubana establece que “Si se tratase de una empresa de capital totalmente extranjero, el Ministerio para la Inversión Extranjera y la Colaboración Económica indica al inversionista la entidad cubana responsable de la rama, subrama o de la actividad económica respecto a la que pretende realizar su inversión, con la que debe analizar su proposición y obtener la correspondiente aprobación escrita”.⁶² Esta disposición mantiene su vigencia siempre que la inversión no incluya la explotación de un recurso natural, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación sobre protección del medio ambiente y el uso racional de los recursos naturales.⁶³

La limitación en cuanto al monto también encuentra regulación en la legislación cubana. El artículo 21 de la Ley 77/95 establece que es facultad exclusiva del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros la Autorización de la inversión extranjera cuando, a tenor de su apartado a), la suma de los aportes de los inversionistas extranjeros y nacionales, sea superior al equivalente en moneda libremente convertible a diez (10) millones de dólares de los Estados Unidos de América. Este

⁶¹ *Conditio sine qua non* o *conditio sine qua non*: Es una locución latina originalmente utilizada como término legal para decir "condición sin la cual no". Se refiere a una acción, condición, o ingrediente imprescindible y esencial.

⁶² Ley No.77 de 5 de septiembre de 1995, “Ley de Inversión Extranjera”, artículo 20 apartado 2.

⁶³ *Ibidem*, artículo 21 apartado 2- a).

precepto deriva en el hecho que las inversiones extranjeras en Cuba, cuyo volumen sea superior a la cifra citada, requieran una autorización especial para su radicalización en territorio nacional.

Por su parte, el Modelo Cubano considera como “inversión”, según lo regulado en el artículo uno sobre definiciones: “cualquier tipo de activo invertido por un inversionista de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, de acuerdo con las leyes y disposiciones complementarias de esta última” debiendo interpretarse que el tipo de activo invertido, para ser considerado una inversión protegida por este Acuerdo, deberá estar en conformidad con cualquiera de las modalidades de inversión extranjera así definidas por la legislación interna específica.⁶⁴

Tanto en el Modelo Cubano como en los APPRIs firmados por Cuba, se evidencia una tendencia uniformadora hacia una definición de “inversión” amplia. En el caso de los APPRIs concertados con Bolivia, Chile, Panamá, México y España adquiere un carácter mas específico al establecer que comprenderá en particular, aunque no exclusivamente:

- a) bienes muebles e inmuebles, así como todos los demás derechos reales, tales como servidumbres, hipotecas, usufructos, prendas;
- b) acciones, cuotas sociales o cualquier otro tipo de participación económica en sociedades;
- c) derechos de créditos o cualquier otra prestación que tenga valor económico;
- d) Los derechos de propiedad intelectual, incluidos los derechos de autor y de propiedad industrial
- e) concesiones otorgadas por la ley o en virtud de un contrato, incluidas concesiones para explorar, cultivar, extraer o explotar recursos naturales.

En los TIB antes mencionados se especifica que ninguna modificación de la forma jurídica en la cual los activos y capitales hayan sido invertidos o reinvertidos afectará su calificación de inversiones. El APPRI Cuba-Bolivia profundiza más en esta cuestión, excluyendo como inversión: una obligación de pago de un crédito a una empresa del Estado, el otorgamiento del mismo y reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de contratos comerciales para la venta de bienes por un

⁶⁴ En el caso Cuba estas modalidades serán las definidas por la Ley 77 de 1995 “Ley de Inversión Extranjera”

nacional o una empresa en territorio de una Parte a una empresa en territorio de la otra Parte.

De manera general, al partir de las definiciones asumidas por Cuba como “Inversión”, resalta una clara tendencia, presente en la proforma de APPRIs cubana, hacia el modelo de control. Esto deriva de que, además de mostrar pocos cambios en la lista de lo que se admite como “inversión”, en la formula continuamente está presente la adición “...siempre que se haya efectuado de conformidad con las leyes y reglamentos de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó...”, exigencia independiente a la lista, pues si la inversión no ha sido realizada conforme al derecho del Estado receptor, no gozará de la protección del Tratado. Igual requisito es encontrado dentro de las cláusulas donde se define el ámbito de aplicación del Acuerdo.

2.3.1.2- La figura del inversionista extranjero.

La Ley de Inversión Extranjera brinda dos definiciones de Inversionista,⁶⁵ diferenciándolo en su condición de nacional o extranjero. Dentro de la primera categoría se incluye toda empresa o entidad estatal con personalidad jurídica, sociedad anónima u otra persona moral, de nacionalidad cubana, con domicilio en el territorio nacional, que se convierte en accionista de una empresa mixta o figura como parte en los contratos de asociación económica internacional. La segunda comprende toda persona natural o jurídica, con domicilio en el exterior y capital extranjero, que se convierte en accionista de una empresa mixta, o partícipe en una empresa de capital totalmente extranjero, o que figura como parte en los contratos de asociación económica internacional.

Según se planteaba en el capítulo anterior, en el caso de las personas naturales, usualmente los acuerdos bilaterales de esta naturaleza requieren de la existencia de un vínculo como la residencia permanente, el domicilio o la simple residencia para proteger al inversionista bastando con el criterio de la nacionalidad. En nuestro caso, además de la nacionalidad se exige el vínculo de la residencia permanente en el territorio nacional, lo cual es lícito en virtud de los principios del Derecho Internacional Consuetudinario.

⁶⁵ Ley No.77 de 5 de septiembre de 1995, “Ley de Inversión Extranjera”, artículo 2, apartado m) y n).

Las definiciones de inversionista asumidas en los APPRIs firmados por Cuba, han variado según los conceptos y tradiciones jurídicas de la otra Parte Contratante, llegando inclusive a darse definiciones para cada una de ellas, ante la imposibilidad del consenso o diferencias legislativas domésticas. Tal es el caso de los APPRIs firmados por Cuba con Perú y México en el 2000 y 2001 respectivamente. El primero de estos Acuerdos considera como inversionista", especificando en el caso de las personas naturales para cada Estado a:

- Con respecto a Cuba: personas naturales que sean ciudadanos de ese Estado a sus leyes y tenga su residencia permanente en territorio nacional;

- Con respecto al Perú: aquellas personas naturales que tienen la calidad de peruanos, según las leyes peruanas sobre nacionalidad.

Al analizar el segundo tratado bilateral se manifiesta un tratamiento similar que el otorgado a las personas naturales, con la particularidad que el término persona natural va a ser sustituido por el de "nacional". Es de aprobación del autor de la investigación la utilización del término de nacional, pues al ser un concepto excluyente⁶⁶ se evitan así los posibles conflictos de leyes ante la pluralidad de ciudadanía del inversionista; aunque se admite el riesgo de que no se acepte como concepto jurídico. Esto demuestra la existencia de una unidad en el criterio utilizado pero pluralidad en los términos, lo que no es equivocado. La exigencia de la nacionalidad del Estado firmante (como criterio) ha sido armónica, aunque se ha variado el término de exigencia, utilizándose nacionalidad y ciudadanía.

En el caso específico del APPRIs Cuba-Alemania, se incluyó en el inciso -b) del Protocolo al Acuerdo, la tenencia de un pasaporte para poder demostrar ser "nacional" de cualquiera de las partes contratantes. Tal exigencia pudiese ser considerada una expresión de un criterio mixto agravado, aunque en la opinión del autor parece más un rasgo de la tendencia internacional de conciliar los criterios de nacionalidad y domicilio, dada las características de formalidad y carácter probatorio de que goza este documento.

Esta cuestión es abordada por el Modelo Cubano al considerar como inversionista "toda persona natural, sea ciudadano de esa parte contratante conforme a sus

⁶⁶ Esta condición se la otorga el hecho que se tiene una sola nacionalidad.

leyes y tenga su residencia permanente en el territorio nacional y como persona jurídica cualquier compañía constituida u organizada bajo las leyes de la otra Parte Contratante, y que tenga actividades sustantivas de negocios en el territorio de esa Parte Contratante”⁶⁷. Quedan especificados así, en lo que respecta a la persona natural, las definiciones para cada una de las partes, inclinándose por la ciudadanía como criterio para la determinación del estatus de inversionista para la parte cubana e incluyendo la exigencia de la residencia permanente. Este último particular constituye un importante mecanismo de protección ante los ciudadanos que gozan de iguales beneficios de otros Estados, aún cuando la norma constitucional no reconozca tal dualidad.

Al referirse a las personas jurídicas en los instrumentos objeto de análisis⁶⁸ se ha tratado de incluir, dentro de la definición, todos los criterios reconocidos. Este objetivo, si bien no se logró en la totalidad de los Acuerdos, si se lograron fusionar indistintamente. Así encontramos el criterio de “Lugar de constitución” mayoritariamente fusionados con el de la “Sede” de la entidad, así como con los criterios de “Actividad económica” y “Concepto de control” o “Nacionalidad efectiva”. Sobre esta arista el Modelo Cubano, realiza una definición común para las partes, afiliándose al criterio de “actividad económica esencial” que se realiza en el territorio de la Parte Contratante donde el inversionista ostenta la protección. Este elemento es reforzado con la exigencia de haberse constituido u organizado bajo las leyes de esta misma parte, lo que nos ilustra rasgos de un “Modelo de Control” esparcido por todo el prototipo de Acuerdo.

Sin embargo, dentro de las disposiciones finales, se incorpora novedosamente el criterio de “nacionalidad efectiva” a manera de cláusula de exclusión para aquellas “...compañía de otra Parte Contratante y a sus inversiones, si dicha compañía es propiedad o está controlada por una persona física o jurídica de una Parte no Contratante...”. Estamos ante un ingenioso mecanismo de control, que limita el acceso de terceros a los privilegios de estos Tratados, por el simple hecho de encontrarse radicada en territorio de la otra Parte Contratante. Lo antes analizado, junto con las definiciones de persona natural y jurídica, muestran rasgos de un

⁶⁷ Ver artículo 1, apartado 4 del Modelo Cubano de APPRI (Ver anexo 1)

⁶⁸ Ejemplo: Los firmados con Panamá, Bolivia y Perú.

mayor control del Estado⁶⁹, exigiéndose que tanto los criterios de nacionalidad o ciudadanía, como el establecimiento, sede o actividad económica esencial, sean acorde a la legislación del Estado de procedencia, de los sujetos de cada una de las partes.

2.3.1.3- Derechos del inversionista extranjero en el Modelo Cubano de APPRIs.

2.3.1.3.1 - Trato Nacional.

En la Ley 77 de 1995 “Ley de Inversión Extranjera Cubana” este derecho alcanza su máxima expresión con la constitución de una empresa mixta. Esto se traduce en el hecho de que al unirse en sociedad un nacional y un extranjero, los derechos de los mismos se equiparan, recibiendo ambos un tratamiento similar. Este análisis también se extiende a los inversionistas partes de una asociación económica internacional.

El artículo 23.1 de la Ley de Inversión Extranjera iguala ambos inversores al regular que: “Para la constitución de una empresa mixta o la celebración de un contrato de asociación económica internacional, la solicitud debe ser presentada ante el Ministerio para la Inversión Extranjera y la Colaboración Económica, suscrita conjuntamente por el inversionista extranjero y por el inversionista nacional”. De lo anteriormente expuesto se deduce que este cuerpo legal no presenta en su contenido normas que tributen en gran medida a este derecho. Esto constituye una cuestión lógica pues, como su nombre lo indica “Ley de Inversión Extranjera”, el inversionista nacional sólo entrará en el campo de la misma al asociarse con otro foráneo.

A las personas naturales no residentes permanentes en Cuba también se les permitirá invertir en bienes inmuebles estableciendo el artículo 16.2 de la citada ley que: “Las inversiones en bienes inmuebles pueden destinarse a viviendas y edificaciones, dedicadas a residencia particular o para fines turísticos propios, de personas naturales no residentes permanentes en Cuba”. Aunque el derecho del inversionista cubano de poseer un inmueble en el territorio nacional no está implícito en esta regulación por no ser ese su objeto, sí se establece en la Ley 65

⁶⁹ Esto tributa al Modelo de Control Nacional permitiendo al Estado una discrecionalidad total sobre la entrada y establecimiento de la inversión, manteniendo este la competencia general de seleccionar las inversiones propuestas.

“Ley General de la Vivienda” pudiendo ser analizado como un supuesto clásico de Trato Nacional. Así lo complementa el artículo 18 de la ley 77/95 al regular que: “Las condiciones y términos bajo los cuales se debe realizar la adquisición y transmisión de los inmuebles a que se refiere el Artículo 16 de esta Ley, se determinan en la Autorización y se ajustan a la legislación vigente.”

Otra figura clásica en el tratamiento equivalente entre ambos inversionistas lo constituye el artículo 26.1 cuando establece que: “Las empresas mixtas, los inversionistas extranjeros y los inversionistas nacionales partes en contratos de asociación económica internacional, conjunta o indistintamente, y las empresas de capital totalmente extranjero, abren cuentas en moneda libremente convertible en cualquier banco del Sistema Bancario Nacional, a través de las cuales efectúan los cobros y pagos que generan sus operaciones”. Esto viene a afianzar lo antes analizado, siendo de la opinión del autor el hecho de que no centrarse en esto no puede ser considerado una fatalidad jurídica ni una laguna del derecho existente en la misma. Esta situación obedece a condiciones prácticas, pues si esta se dedicara a los inversores nacionales, caería en supuestos para los que no está preparada.

En los APPRIs firmados por Cuba, este derecho presenta una conformación que no contiene grandes diferencias en su contenido. De manera general, este queda definido bajo el apartado dedicado al tratamiento de las inversiones, con la excepción del TBI Cuba-Panamá que dedica su artículo 3 a la normalización del Trato Nacional y NMF. En el caso de los Acuerdos de Inversión efectuados con México, Chile y Perú estos derechos son fusionados en un mismo acápite⁷⁰, resaltando cierta dispersión en su regulación.

El Modelo Cubano a tenor de su artículo 3 regula que: “Cada una de las Partes Contratantes, en el ámbito de su propio territorio y de acuerdo con sus leyes y regulaciones vigentes otorgará, tanto a los inversionistas como a las inversiones de la otra Parte Contratante, un trato no menos favorable que el otorgado, en circunstancias similares, a sus propias inversiones con respecto a la adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones”. Este dedica un artículo a la regulación de este derecho, por la

⁷⁰ En el Tratado con México, Perú y Chile el derecho a un Trato Nacional se regula en su artículo 4.2 y 4.3, 3.2 y 4.2 respectivamente.

importancia que el mismo representa como salvaguarda de la inversión extranjera en Cuba. En la su última parte del citado precepto, al utilizarse los términos de administración y conducción, se evidencia una cierta contradicción. Esta viene dada en que la acción de administrar entraña la de conducir pues al ostentarse la facultad de gobernar una inversión, se decide hacia donde dirigir la misma.

2.3.1.3.2-Trato de Nación más Favorecida. (NMF)

Este derecho se encuentra implícito durante todo el contenido de la Ley de Inversión Extranjera Cubana, pues la misma no hace distinción entre inversionistas de uno u otro Estado. En este sentido, los considera a todos por igual ya que esta norma perdería validez y eficacia cayendo en cuestiones que sería imposible tipificar. Este tratamiento diferenciado cae en el campo de los Tratados concluidos por Cuba con otros países.

El Modelo Cubano en su artículo 4 establece que: “Cada una de las Partes Contratantes, en el ámbito de su propio territorio y de acuerdo con sus leyes y regulaciones vigentes otorgará, tanto a los inversionistas como a las inversiones de la otra Parte Contratante, un trato no menos favorable que el otorgado, en circunstancias similares, a las inversiones o inversionistas de cualquier tercer Estado con respecto a la adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones”. Este muestra una estructura similar al de Trato Nacional diferenciándose sólo en que viene a regular una posible violación entre dos inversionistas de diferentes Estados por recibir uno un trato más beneficioso que el otro.

La NMF muestra una regularidad en la generalidad de los Acuerdos estableciéndose en el APPRI Cuba-México que “Cada una de las Partes otorgará a las inversiones de inversionistas de la otra Parte, trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones de sus propios inversionistas o a las inversiones de inversionistas de cualquier tercer Estado, cualquiera que sea más favorable para el inversionista en cuestión”.

En cuanto a las normas de tratamiento de las Inversiones, si bien en el APPRI Cuba-Panamá, se dedicó un artículo específicamente a las cláusulas de NMF y Trato nacional, en el resto de los instrumentos aparecieron bajo el primer nombre y siempre con la limitación de no conceder el Trato de Nación más favorecida: “...En

caso de que una Parte Contratante otorgare ventajas especiales a los inversionistas de cualquier tercer Estado en virtud de un convenio relativo a la creación de un área de libre comercio, una unión aduanera, un mercado común, una unión económica o cualquier otra forma de organización económica regional o en virtud de un acuerdo relacionado en su totalidad o principalmente con materias tributarias...”El Modelo Cubano hace mutis en este sentido contando con un precepto que no aterriza a cuestiones puntuales, sino que se limita a regular el derecho de NMF de manera general.

Este último particular, es una atipicidad característica del Modelo de Trato Nacional Mutuo, asumido por organizaciones regionales de integración económica y que es tomado en pos de la protección de las acciones de integración económica con América Latina. En conjunto con lo antes planteado, esto constituye un ejemplo de cómo nuestros Acuerdos han tomado características de los diversos modelos identificados por la doctrina y la práctica internacional.

El carácter temporal de este Acuerdo, fue durante mucho tiempo la justificación de ser un riesgo controlado para los Estados; y es exactamente aquí, donde construcciones jurídicas como la Cláusula de Trato de NMF, extiende en el tiempo, los efectos de estos Tratados ramificándose hacia otros instrumentos firmados por las partes. El ámbito temporal de estos, está diseñado de forma tal, que su vigencia inicial oscila entre los 10 y 15 años, lo que no impide que una vez concluido puede ser prorrogado por períodos iguales, de manera indefinida o por otros términos, aclarando el derecho de las partes a denunciar el Tratado siempre que se notifique su intención con seis o doce meses de antelación.

2.3.1.3.3-Trato no Discriminatorio.

Este derecho se manifiesta en el compromiso de cada Estado Contratante de no impedir con medidas arbitrarias o discriminatorias, la libre administración, utilización, uso, goce o disposición de las inversiones de los inversionistas de esa Parte Contratante. Los TBI obligan a los Estados a respetar el principio de no discriminación que se materializa en dos cláusulas, la de Trato Nacional y la de NMF.

Este no se encuentra expresamente claro en la Ley 77/95 pues, como se mencionaba anteriormente, la misma no hace distinción entre los inversores

extranjeros tratándolos a todos por igual. Además, les otorga a todos una serie de garantías que les garantizan el derecho a una adecuada gestión, mantenimiento, goce o liquidación de los inversores en el territorio nacional. El Modelo Cubano al referirse a este derecho no contiene una cláusula específica, otorgando a los inversionistas extranjeros este derecho a través del reconocimiento al mismo trato que el otorgado a inversionistas nacionales o de un tercer Estado.

Este derecho se fundamenta en impedir la posible discriminación en las normas de cada nación, de incidencia en las inversiones extranjeras, garantizándole una protección al inversor de exigencias especiales que pudiesen constituirse en una desventaja competitiva para los inversores locales. El análisis de esta prerrogativa en los diferentes APPRIs firmados por Cuba refleja una clara tendencia a fusionar el Trato Nacional y Trato de Nación más Favorecida con excepción del caso de España. En los casos de los acuerdos de Cuba con México, Perú y Chile ambos derechos se recogen en un apartado dentro de un artículo siempre haciendo la salvedad que el tratamiento será “el más favorable para el inversionista en cuestión”. En este marco es necesario destacar que el TBI Cuba-Panamá, que entró en vigor en 1999, dedicó su artículo 3 específicamente a las cláusulas de Trato nacional y NMF dentro de cuyas disposiciones queda comprendida la regulación a un trato no discriminatorio.

Por su parte, el APPRI Cuba-Chile no hace alusión a este, refiriéndose en su artículo 4.1 sólo a la obligación de cada Parte Contratante de “asegurar que el ejercicio de los derechos aquí reconocidos no será obstaculizado en la práctica”. El Modelo Cubano se afilia a la tendencia de reconocerlo a través de las garantías a un Trato Nacional y de NMF pudiendo generar, la combinación de ambas cláusulas, una discriminación inversa, en desmedro de los inversores locales. En teoría, estos pueden recibir un trato inferior al que se concede al inversor extranjero, sin que tal circunstancia habilite la instancia jurisdiccional. Esta se traduce en el hecho de la imposibilidad de acudir, en la práctica, ante instancias arbitrales internacionales lo que sí se admite para el inversor foráneo.

Es en este sentido que conceder un trato no discriminatorio por el Modelo Cubano adquiere un carácter contradictorio, según se mencionaba anteriormente. Este viene dado en el hecho que el compromiso del Estado receptor de no lacerar la inversión de los inversionistas de la otra parte pudiera inducir a una violación del

derecho a un trato nacional. Las concesiones que se tengan con el inversor foráneo crearán una diferencia en cuanto al tratamiento al mismo lo que iría en detrimento del contenido del Acuerdo.

2.3.1.3.4- Trato Justo y Equitativo.

Los TBI establecen un Standard Mínimo de Protección de la inversión extranjera por debajo del cual el tratamiento se considera inaceptable. Al ser un Standard Mínimo se admite un tratamiento preferente y así lo establecen los tratados en las denominadas cláusulas de “preservación de derechos”. Estas, en términos generales, disponen que las normas contenidas en el derecho interno del Estado receptor, en normas de derecho internacional o en los convenios generales o específicos que suscriba el Estado con el inversor prevalecen sobre las disposiciones del Tratado si son más favorables al inversor.

Ese Standard Mínimo, internacionalmente reconocido, se traduce en las cláusulas que imponen al Estado receptor un trato justo y equitativo, plena protección y seguridad o ambas cosas a la vez. La generalidad de los APPRIs de Cuba establecen la obligación de los Estados Parte de mantener un tratamiento justo y equitativo a los inversionistas de la otra parte, con excepción del firmado con México donde se aclara que los parámetros para medir el mismo vienen impuestos por el DI.

Este derecho es reconocido en los artículos 4.5 y 3.3 de los APPRIs firmados por Cuba con México y Perú respectivamente. Estos establecen, de manera general, que “sí de la legislación nacional de una de las Partes, o de las obligaciones emanadas del Derecho Internacional al margen de estos Acuerdos, entre las Partes, resultare una reglamentación general o especial en virtud de la cual deba concederse a las inversiones de inversionistas de la otra Parte un trato más favorable que el previsto en estos, dicha reglamentación prevalecerá sobre el presente Acuerdo, en cuanto sea más favorable y en todo caso no podrá ser más restrictiva”. Esta cláusula, conocida como “umbrella clause”,⁷¹ constituye una

⁷¹ Umbrella clause: Esta es una expresión utilizada para referirse a la cláusula que garantiza protección al inversor extranjero a través de la aplicación de la legislación nacional de los Estados Parte o de los instrumentos jurídicos internacionales, siempre que sus normas sean más favorables para el inversor foráneo que las del Tratado. Es denominada así para fijar su función protectora.

garantía de marcada importancia en la protección de los derechos al inversionista extranjero siendo puntual su inclusión en el contenido de un APPRI.

El Modelo Cubano refrenda esta prerrogativa en el apartado 1 del artículo 5 dentro de la cláusula de Nivel Mínimo de Trato regulando que: “Cada una de las Partes Contratantes otorgará a las inversiones protegidas por este Acuerdo un trato acorde con el derecho internacional, incluyendo trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”. En el apartado 2 de propio precepto especifica que por tratamiento acorde al derecho internacional deberá entenderse el nivel mínimo de trato que debe ser otorgado a las inversiones protegidas por este Acuerdo, resultante de una práctica general y consistente que los Estados siguen, otorgándole un carácter de obligación legal. Continúa ampliando que también incluye los principios que en la normativa internacional vigente protegen los derechos económicos y los intereses de los extranjeros.

Termina este artículo aclarando que: “Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un trato adicional al requerido por el nivel mínimo de trato, o que vaya más allá de éste y no crea derechos sustantivos adicionales”.⁷² Siendo así, queda concluido que el derecho objeto de análisis se encuentra implícito dentro de la regulación del nivel mínimo de trato, por lo que el Modelo Cubano presenta un carácter general considerando que el cumplir con este último equivale a garantizar las restantes prerrogativas.

Este análisis distingue el hecho que el Modelo Cubano no regula este derecho dentro del capítulo dedicado a la protección de las inversiones de una forma acabada, mostrando dispersión al regular la remisión a otras normas que sean más beneficiosas al inversionista extranjero. Este particular viene dado en que la proforma de acuerdo reconoce esta prerrogativa en las disposiciones finales y no en el cuerpo de derecho, que es donde le corresponde ir. Esta cláusula es la que permite denominar a estos acuerdos “umbrella clause” queriendo significar que en todo caso se dará el trato más favorable a la inversión, independientemente del origen de la norma que acuerde mejores condiciones la que, sin embargo, queda amparada por el Tratado de modo que funciona como si el APPRI recepcionara la disposición. De esta manera, aún cuando esas condiciones más ventajosas no

⁷² Ver artículo 5 del Modelo Cubano de APPRI (Ver anexo 1)

surgen del tratado se integran a él y su incumplimiento genera responsabilidad internacional reclamable por las vías que el mismo TBI prevé.

2.3.1.3.5- Compensación por expropiación.

A continuación se impone un análisis del tratamiento dado al tema bajo el imperio de la Ley 77/95 cuyo ya aludido precepto 3 enmarca elementos relativos a la expropiación. En principio, se prohíbe la expropiación de las inversiones realizadas por los inversionistas de cualquiera de las partes contratantes en el territorio del otro Estado, salvo que tal acto se realice por razones de utilidad pública o interés social, sobre una base no discriminatoria, conforme al debido proceso y mediante el pago de una pronta, adecuada y efectiva compensación. En cuanto a esta última el Modelo Cubano de APPRIs se acoge al estándar Hull. Esto obedece en gran medida al criterio seguido en la Ley No.77 de 5 de Septiembre de 1995 “Ley de la Inversión Extranjera”, en cuanto a ofrecer una mayor protección y garantía al inversionista extranjero. De hecho, es necesario destacar que la propia ley fue aún más amplia en este sentido, disponiéndose en lugar de una pronta compensación, que el pago sea realizado previo a la ejecución del acto expropiatorio.

Partiendo de lo anterior cabría definir, dado el caso, cuáles disposiciones serían de aplicación, si la norma contenida en la Ley 77/95 o las disposiciones del Acuerdo, a tenor de que la primera es más beneficiosa al inversionista extranjero. Para ello habría que retrotraerse al hecho de que el Modelo Cubano se pronuncia ante la ocurrencia de estas situaciones , pero no como una prerrogativa del inversionista, lo que afecta, sin duda, el ejercicio de los derechos del mismo. Por otra parte, tomando en consideración que no todos los APPRIs firmados por nuestro país tipifican este supuesto, en tal caso, el autor de la investigación es del criterio que de acuerdo con la aplicación del principio de NMF, igualmente sería aplicable al inversionista extranjero lo previsto en la ley.

Por último, pudiera analizarse entonces, hasta qué punto las disposiciones contenidas en la ley resultan convenientes para nuestro país, teniendo en cuenta, además de las cuestiones anteriormente planteadas, el hecho de ser un país en vías de desarrollo. Para Cuba la inversión extranjera no constituye una prioridad, sino que se concibe como un complemento necesario para el desarrollo económico

y social del país y donde la prioridad radica en proteger el patrimonio y los intereses del Estado Cubano.

El análisis anterior pone de manifiesto que el Estado Cubano protege al inversionista extranjero. Sin embargo, es válido advertir que en materia de APPRIs como parte de la protección de la soberanía estatal cubana se debe tratar de pactar por todos los medios de manera clara los motivos de expropiación. De no dejar bien establecidos estos se correría el riesgo de acudir a un proceso engorroso en materia de arbitraje internacional.

Al analizar lo relativo a los APPRIs firmados por Cuba con México, Perú, Panamá, Chile, España y Bolivia sobre la expropiación se evidencia una regulación uniforme en lo relativo al tema. En su generalidad establecen que la expropiación debe realizarse: por razón de un interés público, sobre bases no discriminatorias, conforme al debido proceso jurídico; y mediante el pago de una compensación adecuada.

Esta materia encuentra tutela en el artículo 6 del Modelo Cubano, destacándose el hecho que, con alguna diferencia en cuanto al término empleado, el mismo parte de los cuatro requisitos normalmente exigidos en este tipo de Acuerdo. Además, no define el propósito público ni el carácter no discriminatorio, aunque se dispone en lo que al debido proceso se refiere, que el inversionista afectado tendrá derecho a una pronta revisión de la valoración de su inversión por una autoridad judicial del país receptor o entidad independiente.

Respecto a la compensación, nuestro modelo, a pesar de los inconvenientes advertidos con anterioridad, establece que la misma deberá:

- a) ser equivalente al valor justo de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de que se efectuara la expropiación (“la fecha de expropiación”). Los criterios de valuación comprenderán el valor corriente, el valor de los activos, incluidos el valor fiscal declarado de la propiedad de bienes tangibles, así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado.
- b) no reflejar cambio alguno en su valor debido a que la expropiación hubiere sido conocida con anterioridad.
- c) ser pagada en el plazo que acuerden las partes, en moneda libremente

convertible a selección del inversionista, aplicando la tasa de cambio vigente el día del pago en el territorio de la Parte Contratante que expropia.

- d) incluir intereses por mora, desde la fecha de expropiación hasta la fecha de pago, a la tasa activa prevaleciente en el mercado interbancario para la Parte Contratante que hace el pago.
- e) ser completamente liquidable y libremente transferible.

Este criterio, recogido en el Modelo Cubano en cuanto a las condiciones que deben acompañar la compensación, coincide íntegramente con lo preceptuado en los APPRIs objeto de estudio.

2.3.1.3.6- La Libre Transferencia.

A pesar de no incluirse por los tratadistas en el grupo de derechos nacidos de un APPRI, el autor considera que sí constituye una garantía importante en la firma de los mismos. Si tenemos en cuenta lo previsto en la Ley 77/95 “Ley de Inversión Extranjera” se observa que los inversionistas nacionales de un país que no tengan un APPRI firmado con Cuba podrían invocar, en virtud de lo previsto en el referido texto jurídico, la libre transferencia a su país en Moneda Libremente Convertible de los diferentes conceptos previstos en el artículo 8 de la mencionada Ley 77. El mencionado precepto es específico al regular que podrán ser objeto de transferencia: a) Las utilidades netas o dividendos que obtenga por la explotación de la inversión; y b) las cantidades que deberá recibir en los casos de expropiación, liquidación y la cesión por el inversionista extranjero de su participación total o parcial en una empresa, al Estado o a un tercero, previa autorización gubernamental.

El artículo 8 del Modelo Cubano, al referirse a esta cuestión, establece que Cada Parte Contratante permitirá a los inversionistas de la otra Parte Contratante la libre transferencia, desde y hacia su territorio, de los fondos relacionados con las inversiones protegidas por este Acuerdo. Las mismas deberán realizarse de conformidad con la legislación de la Parte Contratante receptora de la inversión (Ley 77/95), después de cumplidas las obligaciones fiscales y sin demora injustificada.

Este cuerpo jurídico va a mostrar especificidad al regular, en el propio artículo, que las transferencias incluyen:

- a) El capital inicial y cualquier capital adicional para el mantenimiento, gestión y desarrollo de la inversión;
- b) Las utilidades;
- c) El producto resultante de la venta o liquidación total o parcial de las inversiones;
- d) Las indemnizaciones u otros pagos por expropiación, o resarcimiento por pérdidas; o
- e) Cualquier pago que pueda haber sido efectuado a nombre del inversionista en virtud de las controversias surgidas con un Estado.

En cuanto a las obligaciones fiscales, de ser un nacional de un Estado que tenga firmado un APPRI, las mismas serían un requisito indispensable con anterioridad a la transferencia. Esta última obligación persigue el objetivo de que la repatriación, de los dividendos del inversionista extranjero, no constituya una razón o justificación para el no pago de sus obligaciones fiscales.

El artículo 38 de la Ley de Inversión Extranjera viene como complemento a esto al regular que las empresas mixtas, los inversionistas extranjeros y los inversionistas nacionales partes en contratos de asociación económica internacional estarán sujetos al pago de determinadas obligaciones fiscales como: impuesto sobre utilidades, sobre la utilización de la fuerza de trabajo y la contribución a la seguridad social, aranceles y demás derechos recaudables en las aduanas, impuesto sobre el transporte terrestre, que grava la propiedad o posesión de vehículos automotores de transporte terrestre, y sobre documentos contemplando este último las tasas y derechos por la solicitud, obtención o renovación de determinados documentos.

La Libre Transferencia, como derecho propio de los inversionistas extranjeros, no es en realidad tan autónoma como su nombre indica. Según lo analizado anteriormente en lo relativo a esta materia, resalta la existencia de Acuerdos que comprenden la posibilidad de establecer excepciones a las transferencias, como los concertados por Cuba con México y Perú, con el objeto de satisfacer el cumplimiento de sentencias en el país receptor o como medio de proteger los derechos de los acreedores. Esta excepción permite al país receptor vincular este dinero sin violar su obligación de transferencia.

En el TBI con Perú la restricción que con respecto a las transferencias se establece, ante la confrontación de problemas en la balanza de pagos del país receptor, adquiere un carácter más específico procediéndose a suspender temporalmente estas por este concepto. Las disposiciones de salvaguardia por razones de la balanza de pagos ofrecen a los países receptores un medio de reaccionar cuando surge la necesidad de controlar las entradas y salidas de inversiones, en especial los flujos de capital especulativo, y a corto plazo, como las transferencias y pagos resultantes de inversiones ya establecidas.

Todas estas prohibiciones tienen como objetivo proteger al país receptor. Esto constituye una muestra de que nuestro país, a pesar de la relativa juventud del proceso inversionista extranjero, ha mostrado una evolución hacia mecanismos más acabados de protección de la economía nacional. Este planteamiento adquiere significación con el hecho de que si bien la apertura racional a inversiones extranjeras constituyó una necesidad, no se descuidó en ningún momento la retaguardia.

Es así que el Modelo Cubano en su artículo 8.4 establece que “las Partes Contratantes podrán establecer restricciones a la misma sobre los pagos relacionados con una inversión, ante cualquiera de las siguientes circunstancias: a) infracciones penales o administrativas, así como garantía del cumplimiento de fallos en procedimientos contenciosos; b) dificultades graves en la balanza de pagos o de una amenaza a la misma, siempre y cuando la Parte Contratante afectada instrumente medidas o un programa de conformidad con los estándares internacionales reconocidos y c) desequilibrio fundamental en la operación de las políticas cambiaria o monetaria de una Parte Contratante o de una amenaza a la misma”.

La experiencia aportada por las negociaciones realizadas en estos años ha sugerido trabajar en la elaboración de un nuevo Modelo de APPRI que en lo referente al tema de la Transferencia prevea lo siguiente:

1. Cada Parte Contratante permitirá, sin demora, a los inversionistas de la otra Parte Contratante, después de cumplidas las obligaciones fiscales, la libre transferencia de los fondos en moneda libremente convertible que acuerde el

inversionista y la Parte Contratante, relacionadas con las inversiones, en particular, aunque no exclusivamente:

- a) Los rendimientos corrientes;
- b) Las cantidades necesarias para el servicio, reembolso y amortización de préstamos reconocidas por ambas Partes Contratantes como inversión;
- c) El producto resultante de la venta liquidación total o parcial de las inversión;
- d) Las cuantías destinadas a cubrir los gastos relacionados con la administración de la inversión;
- e) Las indemnizaciones u otros pagos previstos en los artículos 6 y 7 del presente Acuerdo; o
- f) Cualquier pago preliminar que pueda haber sido efectuado a nombre del inversionista en virtud del artículo 8 del presente Acuerdo.

2. Las transferencias se realizarán, conforme al tipo de cambio vigente en el mercado a la fecha de la transferencia, de acuerdo con la legislación de la Parte Contratante que haya admitido la inversión y en la moneda convertible en la que se invirtió originalmente el capital o en cualquier otra moneda convertible acordada por el inversionista y la Parte Contratante interesada.

3. No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 de este Artículo, las Partes Contratantes podrán establecer restricciones a la libre transferencia de los pagos relacionados con una inversión, en caso de dificultades graves en su balanza de pagos. En todo caso, dicha facultad se ejercerá por un período limitado, de manera equitativa, no discriminatoria y de buena fe.

Como aspecto común en la generalidad de los APPRIs firmados a partir de 1993 por Cuba, se parte de cuatro principios específicos en lo referente a la transferencia.

- De forma inmediata.
- En la moneda libremente convertible acordada.
- Previo al pago de las obligaciones fiscales.
- Teniendo en cuenta la tasa de cambio vigente en el momento en que se hace la transferencia.

Queda acentuado como elemento significativo el que a la condición de que la transferencia se llevará a cabo en moneda libremente convertible se unirá, el hecho

de que las partes en un APPRI acuerden que dicha transferencia se hará teniendo en cuenta el tipo de cambio vigente en el mercado a la fecha en que se realiza la misma.

En el capítulo se hace un análisis de los derechos contenidos en el Modelo Cubano de APPRIs, vistos estos bajo la óptica de lo preceptuado en la Constitución de la República de Cuba y la Ley 77 de 1995 “Ley de Inversión Extranjera”, profundizando en las garantías que se traducen a través del derecho a un Trato nacional, NMF, Trato no discriminatorio, compensación por expropiación y la Libre Transferencia.

En un estudio detallado de los derechos establecidos en el Modelo Cubano, es acertado plantear que el criterio seguido por Cuba es el relativo al Modelo de Control de la Inversión al ostentar el Estado Cubano una potestad discrecional total sobre la entrada y establecimiento de la inversión y reservándose la competencia de seleccionar las inversiones propuestas. En ese sentido, el artículo 3 del Modelo de APPRI cubano recoge, bajo el título “Promoción y Protección Recíproca de Inversiones”, la obligación que asumen los Estados firmantes del Acuerdo, de promover y crear las condiciones propicias para la inversión de capital proveniente del otro Estado, cuestión esta a tono con lo regulado en los apartados 1 y 2 del artículo 1 de la Ley de inversión extranjera cubana. De lo anterior se deriva el poder del Estado Cubano de ejecutar acciones encaminadas a estimular el flujo de capital de un país a otro, así como adoptar las medidas, incluidas aquellas de tipo legal, que garanticen un ambiente adecuado y seguro para el capital invertido y los resultados que de este se deriven.

Confirmado el hecho que Cuba protege al inversionista extranjero es necesario acentuar la importancia de pactar los motivos de la expropiación para no incurrir en un supuesto de violación de los derechos al inversionista. El Modelo Cubano al referirse a la compensación por la aplicación de esta se adhiere al estándar Hull, condicionado esto por lo establecido en la Ley 77/95 al ofrecer una mayor protección y garantía al inversionista extranjero. Esta situación, a pesar de encontrar solución en el Modelo Cubano no es regulado por el mismo de una forma acabada pues al referirse este a un trato justo y equitativo no incluye lo referente al orden de aplicación de dos o más normas que, pertenecientes al DI o a la

legislación interna de cada Parte Contratante sean más beneficiosas al inversor foráneo que el propio Acuerdo.

En Cuba se reconoce hoy la importancia del proceso inversionista extranjero. Tras un período de intromisión y consolidación, matizado por su reconocimiento constitucional, en la actualidad se entiende la urgencia de consagrar la cooperación económica internacional mediante la firma de Tratados Bilaterales de Inversión que garanticen una protección efectiva de las inversiones. Esta debe incluir tanto las de las inversiones cubanas en el exterior como los capitales foráneos radicados en el territorio nacional, elemento este último que adquiere especial importancia en la investigación. En este contexto, para nuestro país resulta de vital interés en su desarrollo, pues la madurez adquirida por el propio proceso, se han originado logros. El papel de Cuba como receptor de inversiones extranjeras, ha constituido una poderosa herramienta que le ha permitido enfrentar los retos impuestos por más de 40 años de bloqueo y los efectos de la globalización neoliberal para las economías actuales, en plena crisis mundial.

El hecho de contar con un modelo de APPRIs que a pesar de mostrar ciertas deficiencias es equilibrado de manera general, y específicamente en cuanto a los derechos al inversionista extranjero que regula, influye de forma positiva para la superación de los obstáculos diversos que individualmente enfrentan los países latinoamericanos y dentro de ellos Cuba, en un momento de tanta inestabilidad política y económica a nivel mundial. Este podría atenuar la situación de nuestro país, brindándole los recursos financieros y tecnológicos que posibilitaría un mayor desarrollo e instruiría al capital humano para participar de los beneficios potenciales asociados a una acertada concertación de estos Acuerdos.

Puede y debe ser además la inversión extranjera el instrumento que impulse el crecimiento sostenido y el desarrollo económico. En Cuba debe interiorizarse, y continuar en busca de un modelo más perfecto, sin distorsionar el rumbo de los parámetros ya establecidos, pues de ocurrir esto sería ir en retroceso de lo hasta ahora alcanzado en la materia de inversión.

Al analizar el hecho de que los países desarrollados son los que en mayor medida desarrollan la inversión extranjera, es necesario destacar que Cuba ha mostrado una tendencia hacia la concertación de TBI con naciones como Chile, Perú, México,

España, Panamá. Estos países, a pesar de no presentar una economía desarrollada, cuentan con determinados renglones que muestran una competitividad a nivel global con los Estados más industrializados. La historia de la humanidad ha demostrado que los países desarrollados casi siempre tienden a generar un trasfondo en cualquier situación en la que intervengan. Esto equivale a que el someter la nación a tales condiciones, implica para sus gobernantes el tener claridad del fenómeno a que se enfrentan y la voluntad de preservar, ante todo, las conquistas de la Revolución.



Conclusiones

CONCLUSIONES.

- A la luz del DIP se ha tratado de definir los APPRIs por su importancia en la protección de la inversión extranjera, no lográndose una definición en lo que a los derechos emanados de estos Acuerdos se refiere. Es la opinión del autor del trabajo de diploma que una definición de la mencionada categoría requiere tener en cuenta aspectos tales como: los sujetos a los que alcanza, su papel en el desarrollo inversionista extranjero (como estímulo y garantía) y la presencia de normas de tratamiento y protección.
- Los Acuerdos de Inversión no sólo van a estar orientados a los Estados, sino que su ámbito de aplicación alcanza a los individuos, pues contienen una serie de normas destinadas a los Estados, pero cuyos beneficiarios directos son los inversionistas de las partes firmantes. Estos Acuerdos presentan características *sui generis* generando solo obligaciones para los Estados Parte, reservando el núcleo de derechos emanados de éstos a favor de los inversionistas de sus respectivas naciones.
- Singular importancia adquiere el análisis del vínculo a través del cual las personas físicas o jurídicas pueden obtener la condición de inversionistas y gozar así de los derechos que esto implica. La práctica cubana en materia de APPRIs ha considerado el acordar la definición de la persona natural como inversionista en el sentido que incluya, además de la nacionalidad, el elemento de la residencia permanente en el territorio nacional. En cuanto a la persona jurídica el Modelo Cubano se afilia al criterio de “actividad económica esencial” que se realiza en el territorio de la Parte Contratante donde el inversionista ostenta la protección, lo cual se consolida con la exigencia de haberse constituido u organizado bajo las leyes de esta misma parte. A consideración del diplomante, cuando se analizan los derechos del inversionista se protege tanto al mismo que se deja desamparado prácticamente al Estado Cubano.
- En Cuba se evidencia la potestad discrecional del Estado sobre la entrada y establecimiento de las inversiones, reteniendo este la competencia general de seleccionar las inversiones propuestas y consecuentemente los inversionistas que entraran en el campo de los derechos que el Modelo Cubano reconoce. Esta característica, acompañada del hecho que la inversión va a ser admitida en relación

con la legislación nacional del país, manifiesta rasgos de un modelo de control presente en la generalidad de la proforma del Acuerdo.

- La existencia de determinados elementos presentes en el Modelo Cubano como el reconocimiento de la propiedad de empresas con participación de capital extranjero (empresas mixtas, sociedades y asociaciones económicas), pudiera interpretarse como una tendencia hacia las políticas de privatización neoliberal, de moda hoy en América Latina. Esta observación no es para nada acertada pues, amparadas en la Constitución de la República de Cuba, constituyeron una vía de escape ante la difícil situación económica que atravesaba el país y donde la inversión extranjera constituyó la principal arma para afrontarla, sin perder de vista el carácter irrevocable de nuestra Revolución establecido en el artículo 3 de la Ley de Leyes.
- El estándar de la “Compensación adecuada”, resulta la fórmula más satisfactoria para los PVD, básicamente importadores de capital. A diferencia de ello, la Ley No. 77, en lugar de una pronta compensación, dispone, que el pago sea realizado previo a la ejecución del acto expropiatorio.
- La cláusula umbrella, presente en la mayoría de los APPRIs concluidos por Cuba, es una garantía importante para los derechos del inversionista extranjero, significando el que su inversión sea objeto del trato más favorable ante la existencia de otra norma que, a la par del Modelo Cubano, regule un mismo caso. El Modelo Cubano de APPRIs evidencia dispersión al consignarla, no siendo incluida en la regulación del derecho a un trato justo y equitativo, donde realmente pertenece, sino dentro de las disposiciones finales y bajo el nombre de “Aplicación de otras normas”.
- De manera general, el Modelo Cubano de APPRIs en materia de derechos al inversionista mantiene una correspondencia con lo regulado en la Constitución de la República de Cuba y la Ley de Inversión Extranjera Cubana a través de la concesión al mismo de un núcleo de derechos bien fundamentados en la práctica internacional.



Recomendaciones

RECOMENDACIONES.

1. Poner el presente trabajo en manos de las autoridades cubanas que toman decisión en la aludida materia, en aras de tenerlo presente para una futura modificación del Modelo Cubano de APPRIs.
2. Incluir este tema en los planes de estudio de la Carrera de Derecho en Cuba.
3. Que se incrementen los estudios en materia de Derecho Internacional y, especialmente, en lo referido a los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.
4. Que por la importancia que tiene el trabajo pase a formar parte del fondo bibliográfico de la asignatura de DIP.
5. Que por el contenido de la presente investigación sea considerada para publicar.
6. Dejar abierto el tema del trabajo para futuras investigaciones, dada su importancia y su extenso ámbito dentro del DIP, prestando especial importancia a la solución de controversias surgidas en el marco de un APPRIs.



Bibliografía

Bibliografía:

Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, República de Cuba y el Reino de España, 27 de mayo de 1994. (276). Publicado en la Base de Datos de la UNCTAD. . Recuperado a partir de <http://www.comercio.mityc.es/NR/rdonlyres/B1E414FD-CF39-4FB2-8F77-AE7C77804EF9/0/CUBA.pdf>.

Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, República de Cuba y Los Estados Unidos Mexicanos. (2001). Publicado en la Base de Datos de la UNCTAD. . Recuperado a partir de www.economia.gob.mx/pics/p/p1210/

Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, República de Cuba y República de Bolivia. (1995). Publicado en la Base de Datos de la UNCTAD. . Recuperado a partir de www.defensalegal.gob.bo/portal/tratados-bilaterales/.../11-bolivia-cuba.html

Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, República de Cuba y República de Panamá, 27 de enero de 1999. (1999) Publicado en la Base de Datos de la UNCTAD. . Recuperado a partir de <http://www.glin.gov/download.action?fulltextId=47371&documentId=59950&glinID=59950>.

Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, República de Cuba y República del Perú. (2000). Publicado en la Base de Datos de la UNCTAD. . Recuperado a partir de <http://www.comunidadandina.org/inversiones/Acuerdos%20BIT/Per%C3%BA/Per%C3%BA%20-%20Cuba.pdf>.

Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, República de Cuba y República Federal de Alemania. (1996). Publicado en la Base de Datos de la UNCTAD. . Recuperado a partir de <http://emba.cubaminrex.cu/Default.aspx?tabid=9717>.

Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, República de Cuba-República de Chile. (1996). Publicado en la Base de Datos de la UNCTAD. . Recuperado a partir de <http://www.direcon.cl/documentos/CUBA.pdf>

Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. (n.d.). . Recuperado a partir de http://www.cubaindustria.cu/webs/acuerdos_protec_inver.htm

Altozano, Hermenegildo. (2005). La Protección de las Inversiones Extranjeras: los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones vs. el Acuerdo Multilateral de Inversiones. *Cuba Edición electrónica de la UNJC (Unión Nacional de Juristas de Cuba)*., (Colección Jurídica N° 31). Recuperado a partir de <http://www.vlex.com/vid/50035576>

Álvarez González, Elena. (1995, Marzo). La apertura externa cubana. *La Habana, Cuba*., (N.o 1), 20-30.

Constitución de la República de Cuba. Publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 3 de 31 de enero de 2003.

Capitulo V. "La inversión extranjera en Cuba". Libro El sector mixto en la reforma económica cubana. Ed. Félix Varela, La Habana, 1995. (1995). En *El sector mixto en la reforma económica cubana* (págs. 33-48). La Habana: Félix Varela.

Código Civil de la República de Cuba. (1987). *Ley No.59*.

Código de Comercio de la República de Cuba. (1998). . La Habana, Félix Varela.

Colectivo de autores. (1998). Contradicciones y alternativas de la Reforma de la Economía Cubana (pág. 30). Chicago.

Cuba: la reestructuración de la economía" Una propuesta para el debate. (1995). *Cuba, Colección Problemas Internacionales*, (24), 15-20.

Dahlman, K. (1998). "Inversión extranjera y transferencia de tecnología" en Comercio Exterior: Apertura comercial y proteccionismo; fomento industrial e inversión extranjera. *México, Colegio nacional de Economistas*.

Dávalos Fernández, Rodolfo. (1992, Septiembre). La instrumentación jurídica de la empresa mixta". *Cuba, Revista Cubana de Derecho*, (7). Recuperado a partir de <http://vlex.com/vid/instrumentacion-juridica-empresa-mixta-47006288>

Dávalos Fernández, Rodolfo (1993). "*Las Empresas Mixtas. Regulación Jurídica*". La Habana: Ciencias sociales.

Decreto-Ley No. 250 "De la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional". (Gaceta Oficial No. 037 Extraordinaria de 31 de julio de 2007). .

Decreto Ley 226 Del Registro Mercantil Gaceta Oficial Extraordinaria 13/2001. (s.d.). .

Decreto Ley No.50 sobre la Empresa Mixta. (1982). .

Díez-Hochleitne, Javier. (2005, Mayo). El arbitraje internacional como cauce de protección de los Inversores Extranjeros en los APPRI. Actualidad Jurídica. Recuperado a partir de <http://vlex.com/vid/279387>

Díez-Hochleitne, Javier. (s.d.). La eficacia de los Tratados de Protección de inversiones extranjeras. Madrid, Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos. Recuperado a partir de <http://www.realinstitutoelcano.org/calendarios/Diez-Hochleitner.pdf>.

Díez-Hochleitne, Javier, & Izquierdo, Cristina. (2003). Las Inversiones a través de Sociedades Locales en los APPRI celebrados por España con países de Latinoamérica. Recuperado a partir de <http://www.reei.org/reei7/reei.7.htm>

Documento del Grupo de Trabajo de Solución de Controversias en materia de Inversiones, perteneciente al Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Cuba. (2008). *Modelo Cubano de Acuerdo de Promoción y Protección Reciproca de Inversiones.*

El papel de la inversión extranjera directa en los países subdesarrollados. El caso de Cuba. (1998, Diciembre). . Tesis de doctorado, Centro de Estudios de Economía Cubana de la Universidad de La Habana.

Estabilidad Macroeconómica y financiamiento externo: la inversión extranjera directa en Cuba16-18, 2000. (2000). . Florida,XXII Congreso Internacional LASA.

Fernández Bulté, Julio. (2001). *Teoría del Estado y el Derecho. Teoría del Derecho.* La Habana: Editorial Félix Varela.

Fernández Font, Mario. (2000). Cuba: Recuperación Económica y Apertura: Nuevas reflexiones sobre el "Período Especial. *Revista Bimestre Cubana*, (12).

Fernández Masiá, Enrique. (2007). Atribución de competencia a través de la Cláusula de la Nación más Favorecida: Lecciones extraídas de la reciente práctica Arbitral

Internacional en materia de Inversiones Extranjeras. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, (1), 44.

Figueras, Miguel. (1998). Reflexiones sobre los Acuerdos Regionales y Eventuales Acuerdos Multilaterales de Inversión. Presented at the Ponencia de Cuba a la Reunión de expertos sobre Acuerdos Regionales y Multilaterales Existentes y sus consecuencias para el desarrollo. UNCTAD, Ginebra.

García Fernández, Carlos. (2002). Definiciones: Inversión e Inversionista. Recuperado a partir de http://www.economia.gob.mx/pics/pages/1227_base/Definiciones.pdf

Granato, Leonardo. (2006). Aportes para la protección y defensa del inversor extranjero en el MERCOSUR. Edición electrónica. Recuperado a partir de www.eumed.net/libros/2006b/lg/.

Granato, Leonardo. (2005). *Protección al Inversor Extranjero y Arbitraje Internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión*. De maestría, Escuela de Postgrado Ciudad Argentina. Recuperado a partir de http://www.eumed.net/libros/2006b/lg/1c.htm_74k.

Herz, Mariana. (2003). Régimen Argentino de Promoción y Protección de Inversiones en los Albores del nuevo milenio: De los Tratados Bilaterales, Mercosur mediante el ALCA y la OMC. Recuperado a partir de [http://www.reei.org/reei7/M.Herz\(reei7\).pdf](http://www.reei.org/reei7/M.Herz(reei7).pdf).

Jiménez Serrano, Pablo, & Pinto Filho, Heitor. (1998). *Metodología para las Investigaciones Científicas*. São Paulo.

Ley No 77 / 1995 de la Ley de la Inversión Extranjera en Cuba. (1995). .

Illescas, Javier. (2003, Junio). Los Tratados de Protección de Inversiones y su utilidad para los inversores españoles en Latinoamérica. Actualidad Jurídica. Recuperado a partir de <http://www.vlex.com/vid/118234>

Llobet Iglesias, Gabriela. (1999). El tratamiento de la inversión en los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones y en los Acuerdos Comerciales. Recuperado a partir de <http://www.comex.go.cr/acuerdos/cafta/Contenido/usa>

[/proceso/Partel/III%20Documentos%20tematicos/Inversion/EI%20tratamiento%20de%20la%20inversion%20en%20los%20acuerdos.pdf](#)

M. Cremades, Bernardo, & Arcidez Cairns, David Javier. (2004). La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados”, en La Seguridad Jurídica y las Inversiones Extranjeras en América Latina. El caso Argentino, Madrid, Real Instituto Elcano. Recuperado a partir de <http://www.realinstitutoelcano.org/calendarios/cremades.pdf>.

Marquetti, Irma. (1999, Julio). *La industria cubana en los 90: reestructuración y adaptación al nuevo contexto internacional*. Tesis doctoral, Universidad de La Habana.

Martínez Escobar, Manuel. (1949). *Sociedades Civiles y Mercantiles*. La Habana: Cultura.

Miranda Bravo, Olga. (1996). *Cuba: Nacionalizaciones y Bloqueo*. Ciencias Sociales.

Ministerio de la Industria Básica. (1997). Las inversiones extranjeras en Cuba.

Modelo, Raúl, & Fernández, José. (1996, Diciembre). La Inversión Extranjera en Cuba. Un acercamiento oportuno. *La Habana, Busines Tips on Cuba*, 3(12), 5-13.

Monreal González, Pedro. (s.d.). Estrategias de inversión sectorial y reinserción internacional de la economía cubana. Florida, XXII Congreso Internacional LASA 2000.

Mora Jiménez, Henry. (2005, Universidad Nacional Heredia, Costa Rica). Los Acuerdos de Inversión en los Tratados de Libre Comercio: De vuelta al AMI Economía Mundial y América Latina. Tendencias, Problemas y Desafíos. Recuperado a partir de <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/reyno/reyno.html>

Pariasca Martínez, Jorge. (2006). El Arbitraje del CIADI y el Fortalecimiento de las Instituciones Jurídicas de la Inversión Extranjera. Recuperado a partir de <http://www.asociacionjuridica.com.pe/boletin/boletin.htm>

Pérez Hernández, Lissette, & Prieto Valdés, Marta. (2004). *Temas de Derecho Constitucional Cubano*. La Habana, Cuba: Félix Varela.

- Pérez Villanueva, Omar Everlenny. (2001). La inversión extranjera directa en Cuba: Evolución y perspectivas (pág. 15). Washington DC.
- Polanco, Alberto. (n.d.). La Privatización. Recuperado a partir de <http://www.monografias.com/trabajos5/privatiz/privatiz.shtml#elpro>.
- Regulación Internacional de la Inversión: Balance, retos y caminos a seguir. (2008). . Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con las políticas internacionales de inversión para el desarrollo. Recuperado a partir de <http://www.unctad.org/ia>
- Rosabal Labrada, Carlos Miguel. (s.d.). La subjetividad jurídica internacional del individuo en los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones. Edición electrónica gratuita. Recuperado a partir de www.eumed.net/libros/2010a/642.
- Ruiz Díaz, Hugo. (2008). Los Tratados de Protección de las Inversiones y el conflicto entre interés privado/ interés general. Recuperado a partir de <http://www.cadtm.org/los-tratados-de-proteccion-de-las>.
- Sbert, Héctor. (2001). Las Inversiones Extranjeras en América Latina y la Integración Regional. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, (1). Recuperado a partir de <http://www.reei.org/reei2/reei2.html>
- Secretaría de la UNCTAD, Junta de Comercio y Desarrollo. (2007). Fijación de Normas sobre las Inversiones Internacionales: Tendencias, cuestiones emergentes y consecuencias. Recuperado a partir de <http://www.unctad.org/ia>
- Tamburini, Francesco. (2002). Historia y destino de la "Doctrina Calvo: ¿actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo? *Valparaíso, Chile. Revista de estudios histórico-jurídicos*, (24). Recuperado a partir de http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=s0716_54552002002400005&script=sci_arttext.
- UNCTAD, “La dimensión de desarrollo de los Acuerdos Internacionales de Inversión”. (2009, Nueva York). . Reunión Multianual de expertos sobre Inversión para el desarrollo, Junta de Comercio y Desarrollo. Recuperado a partir de <http://www.unctad.org/ia>

Vega Vega, Juan. (1997). *“Cuba: Inversiones Extranjeras a partir de 1995. Comentarios a la Ley cubana de 1995 de la Inversión Extranjera”* (3º ed.). Madrid, Endymion.



Anexos

ANEXO No. 1 Modelo Cubano para la firma de los Acuerdos de Promoción Y Protección Recíproca de Inversiones (2008). Documento del Grupo de Trabajo de Solución de Controversias en materia de Inversiones, perteneciente al Ministerio de Relaciones Exteriores de la República de Cuba.

Fundamento: Un análisis de los preceptos del Modelo Cubano de APPRIs relativos a los derechos del inversionista extranjero muestra la importancia del documento para la investigación.

Objetivo: Mostrar los artículos plasmados en el Modelo Cubano de APPRIs relacionados con los derechos del inversionista extranjero.

**ACUERDO
ENTRE EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE CUBA
Y
EL GOBIERNO DE -----
PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE LAS
*INVERSIONES***

El Gobierno de la República de Cuba y el Gobierno de -----; en lo adelante “las Partes Contratantes”,

En el deseo de crear y mantener condiciones favorables que propicien que los inversionistas de una Parte Contratante realicen inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante,

Reconociendo que la promoción y la protección recíproca de las inversiones mediante un acuerdo internacional contribuirán a estimular la iniciativa mercantil y fomentará la prosperidad de ambas Partes,

Han convenido cuanto sigue:

CAPÍTULO I: DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 1

Definiciones

A los efectos del presente Acuerdo:

1. Por Inversión se entiende cualquier tipo de activo invertido por un inversionista de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, de acuerdo con las leyes y disposiciones complementarias de esta última.
- i. Para el caso de la República de Cuba, la frase " de acuerdo con las leyes y disposiciones complementarias de esta última ", deberá interpretarse como cualquier tipo de activo invertido, el cual para ser considerado una inversión protegida por este Acuerdo, deberá estar en conformidad con cualquiera de las modalidades de inversión extranjera así definidas por la legislación interna específica, aprobada por el Órgano o autoridad competente del Gobierno de la República de Cuba e inscrita como tal en el registro correspondiente para las diferentes modalidades de inversión extranjera.
- ii. Para el caso de....

El término inversión también se aplicará a las utilidades retenidas con el fin de reinvertirlas y a las ganancias provenientes de la "liquidación" según los términos que se definen más adelante.

2. Por Utilidades se entienden las sumas generadas por una inversión e incluye, réditos, rentas de capital, dividendos, y las regalías.
3. Por Liquidación se entiende: cualquier enajenación efectuada con el fin de renunciar parcialmente o poner fin a una inversión.
4. Por Inversionista se entiende: las personas naturales o jurídicas que realicen una inversión según lo definido a continuación:
 - a) persona natural:
 - i. Con respecto a Cuba: personas naturales que sean ciudadanos cubanos conforme a sus leyes y tengan su residencia permanente en el territorio nacional;
 - ii. Con respecto a :
 - b) persona jurídica: cualquier compañía constituida u organizada bajo las leyes de la otra Parte Contratante, y que

tenga actividades sustantivas de negocios en el territorio de esa Parte Contratante.

5. Por Compañía se entiende: cualquier entidad constituida u organizada conforme al derecho aplicable, tenga o no fines de lucro, sea de propiedad privada o gubernamental y sea propiedad o esté bajo el control efectivo de inversionistas de una de las Partes Contratantes. Incluye las corporaciones, carteles, sociedades, sociedades unipersonales, empresas mixtas, asociaciones (“*partnerships*”) u organizaciones similares.

6. Por Territorio se entiende:

- i. Con respecto a Cuba: la República de Cuba cuyo territorio está integrado por la Isla de Cuba, la Isla de la Juventud y las demás islas y cayos, las aguas interiores así como el mar territorial y las áreas exteriores a él en los cuales, en virtud de su legislación interna y de conformidad con el Derecho Internacional, se extiende su soberanía y jurisdicción para los fines de exploración de las riquezas naturales, biológicas y minerales de las aguas suprayacentes al lecho y del lecho y el subsuelo del mar.
- ii. Con respecto a :

ARTÍCULO 2

Promoción y Admisión de las Inversiones

Cada una de las Partes Contratantes promocionará y estimulará inversiones, conforme a sus leyes y regulaciones específicas en materia de inversión extranjera.

Cada Parte Contratante promoverá y creará condiciones que propicien la inversión de capital en su territorio por parte de los inversionistas de la otra Parte Contratante y, conforme a sus disposiciones legales vigentes, admitirá dichas inversiones.

CAPÍTULO II: PROTECCIÓN A LA INVERSIÓN

ARTÍCULO 3

Trato Nacional

1. Cada una de las Partes Contratantes, en el ámbito de su propio territorio y de acuerdo con sus leyes y regulaciones vigentes, otorgará a los inversionistas de la otra Parte Contratante un trato no menos favorable que el otorgado, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas con respecto a la adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.
2. Cada una de las Partes Contratantes, en el ámbito de su propio territorio y de acuerdo con sus leyes y regulaciones vigentes, otorgará a las inversiones protegidas por este Acuerdo un trato no menos favorable que el otorgado, en circunstancias similares, a las inversiones de sus propios inversionistas con respecto a la adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.

ARTÍCULO 4

Trato de Nación más Favorecida

1. Cada una de las Partes Contratantes otorgará a las inversiones protegidas por este Acuerdo un trato no menos favorable que el otorgado, en circunstancias similares, a las inversiones de inversionistas de cualquier tercer Estado respecto a la adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.
2. Cada una de las Partes Contratantes otorgará a los inversionistas de la otra Parte Contratante un trato no menos favorable que el otorgado, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier tercer Estado respecto a la adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.

ARTÍCULO 5

Nivel Mínimo de Trato

1. Cada una de las Partes Contratantes otorgará a las inversiones protegidas por este Acuerdo un trato acorde con el derecho internacional, incluyendo trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.
2. Las Partes Contratantes convienen que un trato acorde con el derecho internacional se refiere al nivel mínimo de trato que debe ser otorgado a las

inversiones protegidas por este Acuerdo, resultante de una práctica general y consistente que los Estados siguen, otorgándole un carácter de obligación legal; se refiere a los principios del derecho internacional vigente que protegen los derechos económicos y los intereses de los extranjeros. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un trato adicional al requerido por el nivel mínimo de trato, o que vaya más allá de éste y no crea derechos sustantivos adicionales.

3. La determinación de que se ha violado otra disposición de este Acuerdo, o de un acuerdo internacional distinto, no significa que se ha violado el presente Artículo.

ARTÍCULO 6

Expropiación y Compensación

1. Las inversiones protegidas por este Acuerdo no serán nacionalizadas ni expropiadas, excepto:
 - a) por razones de interés público;
 - b) sobre bases no discriminatorias;
 - c) conforme al debido proceso jurídico; y
 - d) mediante el pago de una compensación adecuada.
2. La compensación referida en el párrafo anterior deberá:
 - a) ser equivalente al valor justo de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de que se efectuara la expropiación (“la fecha de expropiación”). Los criterios de valuación comprenderán el valor corriente, el valor de los activos, incluidos el valor fiscal declarado de la propiedad de bienes tangibles, así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado.
 - b) no reflejar cambio alguno en su valor debido a que la expropiación hubiere sido conocida con anterioridad.
 - c) ser pagada en el plazo que acuerden las partes, en moneda libremente convertible a selección del inversionista, aplicando la tasa de cambio vigente el día del pago en el territorio de la Parte Contratante que expropia.
 - d) incluir intereses por mora, desde la fecha de expropiación hasta la fecha de pago, a la tasa activa prevaleciente en el mercado interbancario para la Parte Contratante que hace el pago.

- e) ser completamente liquidable y libremente transferible.
3. El inversionista afectado tendrá derecho, conforme a la ley de la Parte Contratante que expropia, a una pronta revisión, por parte de una autoridad judicial o cualquier otra autoridad competente de esa Parte, de la valoración de su inversión de acuerdo con los principios establecidos en el presente Artículo.

ARTÍCULO 7

Resarcimiento por Pérdidas

1. Los inversionistas de una Parte Contratante cuyas inversiones sufran pérdidas ocasionadas por guerras u otros conflictos armados, un estado de emergencia nacional, rebelión, insurrección, motín u otros eventos similares en el territorio de la Parte Contratante receptora de la inversión, recibirán un trato, en lo referente a la restitución, indemnización, compensación u otro arreglo, no menos favorable que el que esta última Parte Contratante, otorgue a sus propios inversionistas o a los inversionistas de cualquier tercer Estado.

Los pagos correspondientes serán libremente transferibles de acuerdo con las disposiciones del Artículo 8 siguiente.

ARTÍCULO 8

Libre Transferencia

1. Cada Parte Contratante permitirá a los inversionistas de la otra Parte Contratante la libre transferencia, desde y hacia su territorio, de los fondos relacionados con las inversiones protegidas por este Acuerdo. Dichas transferencias serán realizadas de conformidad con la legislación de la Parte Contratante receptora de la inversión, después de cumplidas las obligaciones fiscales y sin demora injustificada e incluyen:
- f) El capital inicial y cualquier capital adicional para el mantenimiento, gestión y desarrollo de la inversión;
 - g) Las utilidades;
 - h) El producto resultante de la venta o liquidación total o parcial de las inversiones;
 - i) Las indemnizaciones u otros pagos previstos en los artículos 6 y 7 del presente Acuerdo; o

- j) Cualquier pago que pueda haber sido efectuado a nombre del inversionista en virtud de la Sección Primera del Capítulo III del presente Acuerdo.
2. A los efectos del párrafo 1 anterior, se considerará que las transferencias fueron realizadas sin demora injustificada cuando han sido llevadas a cabo dentro del período normalmente necesario para la realización de la transferencia.
 3. Las transferencias se realizarán en la moneda libremente convertible en la que se invirtió originalmente el capital o en cualquier otra moneda libremente convertible acordada por el inversionista y la Parte Contratante receptora de la inversión, conforme al tipo de cambio prevaleciente en el mercado a la fecha de la transferencia.
 4. No obstante lo dispuesto en los párrafos 1, 2 y 3 de este Artículo, las Partes Contratantes podrán establecer restricciones a la libre transferencia de los pagos relacionados con una inversión, dado cualquiera de los siguientes casos:
 - a) infracciones penales o administrativas, así como garantía del cumplimiento de fallos en procedimientos contenciosos;
 - b) dificultades graves en la balanza de pagos o de una amenaza a la misma, siempre y cuando la Parte Contratante afectada instrumente medidas o un programa de conformidad con los estándares internacionales reconocidos.
 - c) desequilibrio fundamental en la operación de las políticas cambiaria o monetaria de una Parte Contratante o de una amenaza a la misma.

En todo caso, dichas restricciones serán ejercidas por un período limitado de tiempo y mediante la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de su legislación.

ARTÍCULO 9

Subrogación

1. Si una Parte Contratante o la entidad por ella designada ha otorgado una garantía financiera contra riesgos no comerciales, respecto a una inversión protegida por este Acuerdo, y realiza un pago al amparo de tal garantía, la otra Parte Contratante reconocerá la subrogación de esa Parte Contratante o entidad designada, respecto de cualquier derecho, título, reclamación,

- privilegio o derecho de acción existentes o que pudieren surgir.
2. En ningún caso, la Parte Contratante o la entidad subrogadas ejercerán mayores derechos que aquellos que tenía el inversionista original. Tampoco el inversionista podrá reclamar tales derechos a la otra Parte Contratante, salvo autorización expresa de la Parte Contratante o entidad subrogadas.
 3. En caso de que se suscite una controversia, la Parte Contratante que se haya subrogado en los derechos del inversionista no podrá someter el caso a arbitraje internacional de conformidad con las disposiciones de la Sección II del Capítulo III del presente Acuerdo.

CAPÍTULO III: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

SECCIÓN PRIMERA

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSIONISTA -ESTADO

ARTÍCULO 10

Alcance

1. La presente Sección se aplicará a las controversias que se susciten entre una de las Partes Contratantes y un inversionista de la otra Parte Contratante, derivadas de un presunto incumplimiento por esa Parte Contratante de una obligación establecida en el Capítulo II del presente Acuerdo y siempre que el inversionista haya sufrido pérdida o daño en virtud de ese incumplimiento o como consecuencia de este.

ARTÍCULO 11

Consultas y Negociaciones

1. La Parte Contratante y el inversionista de la otra Parte Contratante deben tratar de resolver la controversia, inicialmente, mediante consultas y negociaciones, para lo cual el inversionista notificará por escrito la existencia de una controversia y la posibilidad de invocar el presente Acuerdo a la Parte Contratante contendiente. Dicha notificación deberá contener:
 - a) el nombre y domicilio del inversionista;
 - b) objeto de la controversia y los presuntos incumplimientos de la Parte Contratante;
 - c) los hechos y fundamentos de derecho en que se basa la reclamación.
2. Como parte de las negociaciones contempladas en el apartado 1 anterior, la Parte Contratante y el inversionista de la otra Parte Contratante podrán de común

acuerdo someter la controversia a la mediación comercial como vía alternativa para la solución de controversias.

ARTÍCULO 12

Arbitraje

1. Si la controversia no pudiere ser resuelta de forma amistosa en un término de 180 días siguientes a la fecha de la notificación referida en el Artículo 11 anterior, el inversionista a su elección y transcurrido este término podrá someter la reclamación a:
 - a) Tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio haya surgido la controversia.
 - b) Tribunal Arbitral Ad Hoc establecido, conforme a su propio Reglamento.
 - c) Tribunal Arbitral Ad Hoc establecido, conforme al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), vigente al momento de la entrada en vigor de este Acuerdo.
2. El procedimiento arbitral escogido regirá el arbitraje, excepto en la medida de lo modificado por este Acuerdo.

ARTÍCULO 13

Notificación de existencia de controversia y de arbitraje.

- a) La notificación de la existencia de una controversia y de la intención de acudir al arbitraje, en virtud de lo dispuesto en la presente Sección, será entregada:
 - I. En el caso de Cuba: En la sede del Ministerio de Relaciones Exteriores.
 - II. En el caso de: En

ARTÍCULO 14

Condiciones y Limitaciones al Arbitraje

1. El inversionista solo podrá someter una reclamación a arbitraje si:
 - a) ha renunciado a su derecho de iniciar o continuar cualquier procedimiento ante tribunal judicial o administrativo de la Parte Contratante en cuyo territorio haya surgido la controversia, con respecto a algún incumplimiento del Capítulo II, salvo los procedimientos en los que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declarativo o extraordinario, que no impliquen el pago de daños.

- b) no han transcurrido 24 meses desde la fecha en que dicho inversionista conoció o debió haber conocido por primera vez acerca de la violación del Capítulo II y del presunto daño alegado, y siempre que haya transcurrido el término de 180 días para la solución amistosa de la controversia.
2. En el sometimiento de la reclamación a arbitraje el inversionista no podrá fundar su pretensión en otros elementos distintos a aquellos contenidos en la notificación presentada a la Parte Contratante contendiente conforme a las disposiciones del Artículo 11.

ARTÍCULO 15

Composición del Tribunal Arbitral

1. A menos que la Parte Contratante y el Inversionista de la otra Parte Contratante acuerden otra cosa, el tribunal arbitral estará integrado por tres árbitros. Cada parte en la controversia nombrará a un árbitro. El tercer árbitro, quien será el presidente del tribunal arbitral, será designado por acuerdo de la Parte Contratante y el Inversionista de la otra Parte Contratante, debiendo ser un nacional de un tercer Estado con el cual las Partes Contratantes mantengan relaciones diplomáticas.
2. Los árbitros referidos en el párrafo 1 anterior tendrán experiencia en derecho internacional y en asuntos de inversión.
3. Si un tribunal arbitral no ha sido integrado dentro de un término de noventa días, contados a partir de la fecha en que la reclamación fue sometida a arbitraje, ya sea porque la Parte Contratante y el Inversionista de la otra Parte Contratante no hubiere nombrado a alguno de los miembros o no hubiere acuerdo en el nombramiento del presidente del tribunal, el Secretario General de la CCI designará a su discreción al árbitro o árbitros aún no designados. No obstante, en la designación del presidente del tribunal arbitral, el Secretario General de la CCI se asegurará que el mismo no sea nacional de alguna de las Partes Contratantes del presente Acuerdo.
4. Una vez constituido un tribunal e iniciado el procedimiento, su composición permanecerá inalterada, queda entendido, sin embargo, que si un árbitro falleciere, quedare incapacitado, renunciare o fuera recusado, la vacante producida se llenará de conformidad al procedimiento aplicable al nombramiento.

ARTÍCULO 16

Conducción del Arbitraje

1. Cualquier arbitraje con arreglo a esta Sección, deberá llevarse a cabo en el lugar mutuamente acordado por la Parte Contratante y el Inversionista de la otra Parte Contratante, debiendo siempre celebrarse en un estado firmante de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 10 de junio del año 1958, conocida como Convención de Nueva York. Las reclamaciones presentadas a arbitraje por el presente Acuerdo deberán ser consideradas como derivadas de una relación o transacción comercial según lo dispuesto en el Artículo 1 de la Convención de Nueva York.
2. Ninguna de las Partes Contratantes deberá brindar protección diplomática o presentar una reclamación internacional en relación con cualquier controversia sometida a arbitraje conforme a esta Sección, a menos que la otra Parte Contratante no acate y cumpla el laudo dictado en dicha controversia. No obstante, a los fines de este párrafo, la protección diplomática no incluirá los intercambios diplomáticos informales con el único propósito de facilitar la solución de la disputa.
3. La Parte Contratante contendiente no podrá esgrimir como defensa, reconvencción, derecho de compensación o por cualquier otra razón, que el inversionista contendiente ha recibido o recibirá indemnización u otra compensación, respecto de la totalidad o parte de las presuntas pérdidas o daños, conforme a un contrato de seguro o contrato de garantía.
4. Cuando la Parte Contratante contendiente, de acuerdo con su propia interpretación, afirma en su defensa que:
 - a) la inversión objeto de los presuntos daños no constituye una inversión protegida de conformidad con las disposiciones del presente Acuerdo; o
 - b) el inversionista contendiente no se enmarca dentro de la definición de inversionista, según lo dispone el presente Acuerdo; o
 - c) la medida considerada una violación del Capítulo II no está enmarcada en los supuestos de incumplimientos de las disposiciones de dicho Capítulo,el tribunal, a solicitud de la Parte Contratante contendiente, pedirá a la otra Parte Contratante no contendiente su interpretación sobre cualquiera de las cuestiones antes señaladas. La Parte Contratante no contendiente enviará su

respuesta por escrito al tribunal; debiendo éste pronunciarse en un término de 60 días siguientes a la presentación de la solicitud por la Parte Contratante contendiente. Si la Parte Contratante no contendiente no enviara respuesta al Tribunal, éste tomará como válida la interpretación de la Parte Contratante contendiente.

5. Una interpretación que formulen por consenso las Partes Contratantes sobre una disposición del presente Acuerdo será obligatoria para cualquier tribunal establecido de conformidad con esta Sección.
6. Un tribunal arbitral constituido con arreglo a esta Sección deberá decidir los problemas en controversia de acuerdo con las disposiciones pertinentes del presente Acuerdo, las regulaciones legales acordadas por la Parte Contratante y el Inversionista de la otra Parte Contratante, y en caso de no existir tal acuerdo, deberán aplicarse los principios y normas del Derecho Internacional.
7. Independientemente al hecho que un inversionista haya presentado una controversia a arbitraje según lo dispuesto en esta Sección, este puede antes de que se inicie el procedimiento de arbitraje o durante el procedimiento procurar, ante los tribunales judiciales o administrativos de la Parte Contratante contendiente, la adopción de medidas preventivas en concordancia con las leyes y regulaciones de esta Parte, para la preservación de sus derechos e intereses, siempre que no incluya una solicitud de pago por ningún daño.

ARTÍCULO 17

Laudos y Ejecución

1. Los laudos arbitrales serán definitivos y obligatorios solamente para la Parte Contratante y el Inversionista de la otra Parte Contratante, y únicamente con respecto al caso en particular. Tal obligación será sin perjuicio del derecho que asiste a las Partes, de promover el proceso de nulidad correspondiente, ante la jurisdicción ordinaria, o de oponer a su ejecución las causales de denegación que se establecen en la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 10 de junio del año 1958.
2. El laudo arbitral será público, a menos que la Parte Contratante y el Inversionista de la otra Parte Contratante acuerden lo contrario.
3. Un tribunal arbitral no podrá ordenar el pago de daños punitivos.

4. Cada una de las Partes Contratantes adoptará en su territorio las medidas necesarias para la efectiva ejecución del laudo, de acuerdo con lo establecido por este Artículo, y facilitará que cualquier laudo emitido en un procedimiento en el que sea parte sea ejecutado.
5. El inversionista contendiente Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 10 de junio del año 1958, si ambas podrá recurrir a la ejecución de un laudo arbitral, conforme a la Partes Contratantes son parte de dicho instrumento.

SEGUNDA SECCIÓN

SOLUCION DE CONTROVERSIAS ESTADO-ESTADO

ARTÍCULO 18

Ámbito de Aplicación

1. La presente sección se aplicará a la solución de controversias entre las Partes Contratantes derivadas de la interpretación o aplicación de las disposiciones del presente Acuerdo.
2. Cualquier controversia entre las Partes Contratantes referidas a la interpretación o aplicación de las disposiciones de este Acuerdo deberá ser resuelta mediante negociaciones amigables entre los Gobiernos de las dos Partes Contratantes.
3. El presunto incumplimiento por una Parte Contratante de una obligación del Capítulo II, será dirimida exclusivamente conforme a la Sección I de este Capítulo.

CAPITULO IV: DISPOSICIONES FINALES

ARTÍCULO 19

Excepciones

1. Las disposiciones del presente Acuerdo no serán interpretadas de forma tal que obliguen a una de las Partes Contratantes a extender a los inversionistas de la otra Parte y a las inversiones de dichos inversionistas, los beneficios de cualquier tratamiento, preferencia o privilegio resultante de:
 - a) Cualquier área de libre comercio, unión aduanera, unión monetaria o cualquier acuerdo internacional similar conducente a la formación de dichas

uniones o instituciones, o cualquier otra organización de integración regional de las cuales cualquiera de las Partes Contratantes sea o pueda ser parte;

b) cualquier derecho y obligación que derive de cualquier convenio o arreglo internacional, parcial o principalmente en materia fiscal, o de cualquier ley o disposición doméstica, parcial o principalmente en materia fiscal. En caso de discrepancia entre las disposiciones de este acuerdo y cualquier convenio o arreglo internacional en materia fiscal, prevalecerán las disposiciones de este último.

ARTÍCULO 20

Ámbito de Aplicación

El presente Acuerdo se aplicará además a todas las inversiones realizadas por inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante antes de la entrada en vigor del mismo; sin embargo no será de aplicación a las controversias surgidas sobre hechos anteriores a la entrada en vigor.

ARTÍCULO 21

Aplicación de otras Normas

1. En caso de que una cuestión esté regulada simultáneamente por el presente Acuerdo así como por otro Acuerdo Internacional en el cual participen las dos Partes Contratantes, se aplicarán a las mismas Partes Contratantes y a sus inversionistas que posean inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante, las normas que sean en su caso más favorables.
2. En el caso de que una Parte Contratante, en base a sus leyes y reglamentos o disposiciones específicas de contratos, haya adoptado para los inversionistas de la otra Parte Contratante normas más propicias que las previstas en el presente Acuerdo, se reservará a los mismos el tratamiento más favorable.

ARTÍCULO 22

Consultas Generales

Cada una de las Partes Contratantes podrá proponer a otra de las Partes Contratantes celebrar consultas sobre cualquier asunto relacionado con el presente Acuerdo. Dichas consultas serían llevadas a cabo en el tiempo y lugar acordado por ambas Partes Contratantes.

ARTÍCULO 23

Modificación

1. El presente Acuerdo puede ser modificado por consentimiento mutuo de las Partes Contratantes en cualquier momento después de su entrada en vigor. Dichas modificaciones se confirmarán mediante un intercambio de notas diplomáticas.

ARTÍCULO 24

Entrada en Vigor, Duración y Terminación

1. Cada Parte Contratante notificará por escrito y por vía diplomática a la otra Parte Contratante la conclusión de las formalidades constitucionales requeridas en su territorio para la entrada en vigor del presente Acuerdo, la cual tendrá lugar a partir de la fecha de la última notificación.
2. El presente Acuerdo permanecerá en vigor por un período de 10 años. Al expirar ese plazo se considerará prorrogado automáticamente por tiempo indefinido, a menos que cualquiera de las Partes Contratantes lo denuncie por escrito y por vía diplomática con no menos de 6 meses de antelación.
3. Las disposiciones previstas en el presente Acuerdo seguirán aplicándose durante un período de cinco años, a partir de la fecha de su denuncia, a las inversiones efectuadas antes de la denuncia.

En testimonio de lo cual los abajo firmantes, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, han firmado el presente Acuerdo.

Hecho en dos ejemplares en _____, a los días ____ del mes de _____ de _____, en idioma español e _____, teniendo ambos textos idéntica validez. En caso de diferencias en cuanto a su interpretación prevalecerá el texto en inglés.

NOMBRE Y CARGO

POR EL GOBIERNO DE LA

REPÚBLICA DE CUBA

NOMBRE Y CARGO

POR EL GOBIERNO DE LA

REPÚBLICA DE

Conclusiones: Los artículos plasmados en el Modelo Cubano de APPRIs sobre derechos del inversionista derivados de la concertación de estos Acuerdos, ponen de manifiesto que en dicha normativa se evidencian en ocasiones insuficiencias y ambigüedades en sus construcciones teóricas al no contener una cláusula propiamente para el trato no discriminatorio. A pesar de esto su contenido está en correspondencia con la Constitución de la República de Cuba y la Ley de Inversión Extranjera Cubana.