

LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA Y EL MERCOSUR*

MARTÍN LORENCES

ABOGADO

El MERCOSUR como todo proceso de integración regional atraviesa avances y retrocesos, incluso distintas etapas en el proceso de integración. Su nacimiento y consolidación institucional ocurrió a principios de la última década del siglo pasado, paralelamente con la expansión definitiva tanto de la globalización como de los procesos de liberalización económica, siendo la Inversión Extranjera Directa (IED) uno de los principales instrumentos que materializa la internacionalización de la economía y del comercio global.

La creación en el ámbito del MERCOSUR del Parlamento, del Tribunal Permanente de Revisión y del Código Aduanero es una clara demostración del intento de avanzar hacia una integración de mayor profundidad. La IED reviste suma importancia para el desarrollo de las economías regionales. En este trabajo se intentará dar respuesta a las siguientes preguntas claves: ¿Cuál es el tratamiento internacional de la IED? ¿Existe en el MERCOSUR alguna regulación? ¿Es viable una regulación uniforme de la IED en el MERCOSUR?

I. LA IED Y SU REGULACIÓN INTERNACIONAL

La inversión extranjera directa se ha constituido como principal fuente de ingresos para llevar a cabo los procesos de desarrollo, de industrialización y de reinserción en el comercio mundial de la mayoría de los países del globo.

¿Pero qué es la IED? Se puede definir formalmente como la propiedad de activos en un país por parte de residentes en otro país, con el objetivo de controlar el uso de tales activos, incluyendo tanto a aquella que supone la creación de activos nuevos, así como también la inversión que comporta cambios en el control de empresas ya establecidas (Bouzas, 2002: 97).

* Ponencia presentada en el Simposio “*Regionalismo Sudamericano*” realizado por el IIL, FCJS, UNLP, 6 y 7 de noviembre de 2012.

Definida la IED se puede manifestar que afecta la economía de un estado de varias formas, con consecuentes aspectos positivos como negativos. En el caso de América Latina la inversión extranjera directa ha sido una constante fuente de financiamiento, sobre todo a partir de la década de los 90, observando cómo el aumento de este tipo de inversiones ha podido compensar en muchos casos la limitada capacidad industrial de los países de la región, ya que han recibido recursos valiosos en tecnología, know-how, acceso a mercados internacionales, obteniendo un incremento en la productividad, los niveles de empleo y mayores ingresos fiscales arrojando como resultado final un enriquecimiento general de las naciones receptoras de IED (Cerón Zapata, 2007:16).

De la misma manera, y quizás dejando a la luz una de las consecuencias negativas de la IED, se observa que las inversiones han provocado el desplazamiento de empresas locales por parte de las transnacionales tanto en términos de financiamiento como acceso a insumos.

A partir de la última década del siglo XX la IED se ha transformado en un bienpreciado, sobre todo para los estados subdesarrollados. Ello queda demostrado con su notable crecimiento hacia estos países. En el período 1989-1994 el flujo de IED promedio anual fue de 59,6 mil millones de dólares y para 1995-2000 alcanzó los 184 mil millones por año. Esta situación es consecuencia del aumento de IED a nivel mundial, la cual ha pasado de un stock de 616 millones de dólares en 1980 hasta 6,3 billones a comienzos del año 2000 (Bouzas, 2002:99).

De esta manera al ser las IED un verdadero fenómeno en crecimiento y consecuentemente en expansión por toda la sociedad internacional, los estados que intentan o quieren recibirlas crean un entorno adecuado a través de específicas políticas (una legislación rigurosa con los derechos de propiedad, reducción de trabas burocráticas, liberalización del comercio, desregulación, disponibilidad de fuerza de trabajo calificada, etc.) para potenciar los beneficios de los inversores extranjeros. La interacción de todas estas medidas arrojaría un buen “clima de inversión” propicio y acorde para atraerlas. (Granato y Oddone, 2007:28).

Los instrumentos jurídicos por excelencia que las regulan son los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), los cuales están regidos por el derecho internacional y están

destinados a asegurar la estabilidad, predictibilidad y certeza de los marcos nacionales respecto a las inversiones extranjeras. Este tipo de tratado sienta las condiciones básicas para el tratamiento de los inversores foráneos, impidiendo a los estados firmantes modificar de manera unilateral su tratamiento sin incurrir en responsabilidad internacional.

Las cláusulas que contienen los TBIs tienen como objetivo principal garantizar al inversor extranjero frente a aleas legislativos o de otra índole del estado receptor de la inversión. Estos tratados poseen un conjunto de normas destinadas a los estados, pero los beneficiarios directos de esta normativa son los inversores de uno y otro país. En este sentido estamos en presencia de una reciprocidad negativa en las relaciones interestatales.

Los principales efectos jurídicos que se producen con la firma de los TBIs son los siguientes:

- establecen el trato y la protección debida al inversor extranjero que el estado receptor de la inversión se compromete internacionalmente a garantizar. Su carácter convencional aleja cualquier duda sobre su cumplimiento. El estado que incumpla alguna norma del tratado incurrirá en un acto ilícito contrario al derecho internacional.
- otorgan al inversor foráneo 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, superando de ese modo la concepción clásica del derecho internacional público en la cual eran exclusivamente los estados quienes podían realizar reclamos internacionales. De esta manera cuando un particular tenía un inconveniente en otro país primero debía agotar las instancias locales del estado donde se suscitó el conflicto, para después poder encauzar el reclamo por la vía diplomática, siempre utilizando a su estado de origen como intermediario. El TBI permite entonces a un particular demandar a un estado por incumplimiento ante un tribunal arbitral internacional –la institución elegida es el CIADI, con sede en Washington- modificando la concepción clásica de los sistemas de solución de controversias.

- amparan los contratos concluidos por un inversor extranjero con el estado receptor. Siempre que un particular contrate con el estado, dicho instrumento se encontrará sujeto a los vaivenes del derecho interno del estado receptor, permitiéndole de esta manera resolver o conducir la ejecución del contrato de manera unilateral. Esta situación para algunos autores lleva a la internacionalización de los contratos administrativos internos, insertando a estos contratos en el orden jurídico internacional (Raya de Vera, 2009: 4).
- Cláusula de la Nación más Favorecida (NMF): es un compromiso que asume el estado receptor del capital frente a los restantes al tratar a los inversores extranjeros con un trato no menos favorable que el que se otorga en situaciones similares a inversiones nacionales de terceros países. Si bien los TBIs, como su nombre lo indica, son bilaterales y tendrían efectos solamente para los estados firmantes, mediante la cláusula de Nación más Favorecida, el contenido de estos acuerdos es susceptible de multilateralizarse, extendiéndose al igual que su respectiva regulación a todos los demás estados que hayan firmado el acuerdo.

Debido a la cantidad de TBIs firmados por distintos estados como también el contenido que estos brindan, se han consolidado como el régimen jurídico internacional por excelencia que regula la IED.

II. LA IMPORTANCIA DE LA IED EN EL MERCOSUR

La IED ha sido un fenómeno en expansión a partir de la década de los 90. En el MERCOSUR se han recibido por casi 300.000 millones de dólares (Chudnosky y López, 2007:8). Al mismo tiempo se incrementó la presencia de empresas transnacionales en la región. A comienzos de estos años existían alrededor de 37.000 con 170.000 filiales extranjeras, pero para el 2004 las empresas aumentaron a 70.000 y sus filiales ascendieron a 690.000. Casi la mitad de estas filiales se encuentran en países en desarrollo. Incluso a pesar de la crisis de Argentina 2001-2002, y de la crisis global de 2008-2009 se han mantenido en las regiones índices altísimos de importación de IED. Asimismo es de destacar que gracias a la actuación de Brasil aumentaron los flujos de inversión desde los estados del MERCOSUR hacia el resto del mundo (Cresta, 2012: 4). La IED recibida por el MERCOSUR se concentró preferentemente en el sector de servicios, fenómeno que tiene una íntima vinculación

con las privatizaciones que se produjeron en esa área paralelamente a la constitución del proceso de integración regional. Lo que se observa con claridad es una fuerte tendencia asimétrica entre los estados que conforman el MERCOSUR no solo en los caudales de inversión sino en el tipo de inversión recibida y en el tratamiento al inversor extranjero. Argentina es el país que mas TBIs ha firmado y el que más demandas tiene frente a los tribunales del CIADI por incumplimientos de tales tratados. Paraguay es el Estado del MERCOSUR que menos caudal de inversiones recibe, al mismo tiempo que en Brasil (quien también se ha transformado en un país exportador de IED, incluso aumentando el volumen de inversión hacia la región) se centralizan las funciones claves para la empresa trasnacional a nivel regional, se radica el grueso de la IED de alta tecnología que llega al MERCOSUR, y el contenido tecnológico de las exportaciones de las empresas trasnacionales es mayor. Estas situaciones derivan de una combinación de factores estructurales de este país, como su desarrollo industrial, el mayor tamaño de su economía, conjuntamente con una política pública orientada a la tracción de inversiones de alta tecnología.

Daniel Chudnosky y Andrés López sostienen que los Estados parte del MERCOSUR deberían adoptar ciertas medidas para mejorar los efectos provocados por la IED, como el establecimiento de negociaciones tendientes a que las empresas trasnacionales radiquen en sus filiales en el MERCOSUR actividades de mayor contenido estratégico para ellas mismas y les adjudiquen responsabilidades, como el desarrollo de productos globales, y promoción de diversas formas de integración de las empresas locales en las cadenas de valor lideradas por las empresas trasnacionales.

Si bien las diferencias asimétricas entre los Estados parte del MERCOSUR son muy pronunciadas y Brasil va camino a realizar un despegue definitivo hacia el desarrollo, en el ámbito de las IED sigue siendo imprescindible un tratamiento regional que sea superador del ámbito nacional, para evitar así competencias de suma cero entre los miembros, lo cual podría ocurrir cuando la disponibilidad de determinados instrumentos o incentivos que otorga uno de ellos hacia empresas multinacionales provoque que se gane a expensas de otros. Por eso se considera necesario, un tratamiento regional y uniforme de la IED.

III. LA REGULACIÓN DE LA IED EN EL MERCOSUR

El tratamiento y la regulación de la IED en un proceso de integración regional es una cuestión de suma sensibilidad, tanto para otorgar certeza como seguridad jurídica a los inversores que pertenecen al bloque regional como a los inversores “extrazona”, tanto más para poder generar su mayor y mejor flujo en la región.

En el ámbito específico del MERCOSUR se ha intentado armonizar el tratamiento otorgado a la IED con los Protocolos de Colonia (dirigido a los inversores “intrazona”) y de Buenos Aires (a los extrazona) de 1994.

Estos protocolos establecen en líneas generales los mismos principios y obligaciones, y no se diferencian demasiado de la regulación que otorgan los TBIs. Ambos reconocen la igualdad de tratamiento entre el inversor nacional y el extranjero, siendo en este sentido el protocolo de Colonia (el que tiene efectos intrazona) más flexible que el de Buenos Aires ya que otorga un trato no menos favorable, implicando un trato al menos igual o mejor pero nunca inferior. Se observa que se elimina el trato al inversor extranjero con medidas injustificadas o discriminatorias; se le reconoce al inversor foráneo una total libertad para la transferencia de capitales así como también la prohibición de expropiar o nacionalizar los bienes que compongan la inversión, salvo que sean decretadas por razones de utilidad pública y previa indemnización. A su vez también se les da la posibilidad de que recurran al arbitraje internacional fuera del sistema arbitral del MERCOSUR.

El Protocolo de Buenos Aires especifica que los Estados partes se comprometan a no otorgar a inversores extrazona un tratamiento más favorable que el establecido en este Protocolo.

Brasil a mediados de la década de los 90 firmó diez TBIs, pero no están vigentes debido a la falta de ratificación de su Congreso Nacional por considerarlos inconstitucionales. Es de destacar que este país suscribe para la incorporación del Derecho Internacional a su ordenamiento interno, la teoría dualista por medio de la cual el ordenamiento jurídico internacional e interno son diferentes e independientes entre sí, y para que una norma internacional se incorpore al ordenamiento jurídico interno es menester su transformación en derecho local. Un Tratado Internacional no podría delegar soberanía sobre temas jurisdiccionales en organismos arbitrales

foráneos, por tener la norma internacional la misma consideración jerárquica que el derecho interno. En el mismo orden de ideas, la Constitución Nacional de Brasil estipula en su artículo 5° que todos los ciudadanos son iguales frente a la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los términos que la misma Constitución determina. Por tanto permitirles a los inversores extranjeros, mediante instrumentos internacionales, la posibilidad de demandar al propio Estado en procedimientos arbitrales internacionales, configuraría una discriminación a sus inversores nacionales, quienes no tendrían la posibilidad de acceder a esas instancias de solución de controversias. La Carta magna de Brasil tampoco autoriza en ningún apartado la cesión de soberanía a organizaciones internacionales. En este sentido Brasil no ha firmado el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de 1966 que diera nacimiento al CIADI (principal Órgano de resolución de controversias en materia de IED), justamente por la cesión de competencias en materia jurisdiccional que contiene. Para los distintos gobiernos brasileños siempre fue una preocupación, la injerencia extranjera en asuntos internos, por lo que los inversores, aplicando el Derecho Internacional consuetudinario y la Doctrina Calvo en particular, deben resolver las controversias integralmente en el ordenamiento jurídico interno brasileño.

Con todo ello no se puede prever una adhesión de Brasil al CIADI hasta que no abandone el procedimiento arbitral actual y judicialice el sistema de solución de controversias (Fountoura Costa, 2008:264).

En síntesis, Brasil no ha ratificado TBIs ni tampoco los Protocolos de Colonia y Buenos Aires, ya que estos establecen un tratamiento al inversor extranjero similar. No han sido ratificados porque contradicen tanto su Constitución Nacional, como también sus postulados doctrinarios y jurisprudenciales en materia de aplicación e incorporación del Derecho Internacional. Este país ha tenido una reticencia histórica a ceder atribuciones y competencias soberanas a la hora de ratificar acuerdos internacionales.

Con el objeto de alcanzar una armonización en el tratamiento de la IED en el MERCOSUR, mediante la Resolución 13/00 del Grupo Mercado Común (GMC) se

creó el Subgrupo de Trabajo Nº 12 “Inversiones”, cuya atribución principal es recomendar los cursos de acción sobre esta temática.

III.I. LA DECISIÓN Nº 30/10 DEL CMC

Frente a la imposibilidad de entrada en vigencia del Protocolo de Colonia y del de Buenos Aires, parecía que la regulación a la IED en el ámbito del MERCOSUR seguiría siendo de tipo unilateral, optando cada Estado parte por estrategias individuales. No obstante el Consejo del Mercado Común (CMC) emitió en diciembre del 2010 la Decisión Nro. 30/10 en la cual se plantean las directrices para la celebración de un Acuerdo de Inversiones en el MERCOSUR. En el considerando de esta Decisión se sostiene *“que la celebración de un acuerdo de inversiones en el MERCOSUR constituye una iniciativa fundamental para el desarrollo de las economías de los Estados Partes, para la profundización de la Unión Aduanera y para la progresiva conformación del Mercado Común.”* La Decisión deroga el Protocolo de Colonia y el de Buenos Aires, al mismo tiempo que instruye al Subgrupo de Trabajo Nº12 “Inversiones” a elaborar una propuesta de Acuerdo de Inversiones en el MERCOSUR. Si bien la Decisión estableció, diciembre de 2011 como fecha para la propuesta de Acuerdo, todavía los representantes de los Estados Parte no han arribado a un consenso suficiente para avanzar definitivamente hacia dicho instrumento.

En el anexo de la mencionada Decisión se establecieron las directrices en las que debe basarse el proyecto: 1) el ámbito de aplicación será inversión extranjera directa en bienes; 2) entre las obligaciones principales se deben establecer reglas de tratamiento nacional, transparencia, reglamentación nacional, personal; 3) se debe determinar el alcance de disciplinas relativas a la protección en materia de expropiación; 4) Se definirá la modalidad de consignación de compromisos; 5) se establecerá una modalidad de liberalización de las restricciones que se consignarán en una lista; 6) se acordará una clasificación común para la consignación de compromisos; 7) el mecanismo de solución de controversias debe basarse en el modelo Estado-Estado, con base en el Protocolo de Olivos; 8) se deben establecer las condiciones para la libre transferencia de capitales; y 9) en relación a la entrada en vigor, se preverá la vigencia bilateral.

Una incógnita sin pronta resolución presenta el contenido y regulación otorgada a la IED en el futuro Acuerdo de Inversiones. ¿Se otorgará a las inversiones un tratamiento similar a los que brindan los TBI o se incorporarán conceptos y regulaciones distintos a los establecidos en estos acuerdos? Considerando la posición brasilera frente a los TBI y su consecuente negativa a la incorporación tanto de los Protocolos de Colonia como el de Buenos Aires pareciera que para llegar a un Acuerdo sobre Inversiones los Estados Parte deberían incursionar en contenidos distintos y superadores a los estandarizados en los TBI.

La presente decisión –derogando el Protocolo de Colonia y el de Buenos Aires– es hoy en el MERCOSUR la única iniciativa orientada hacia la regulación uniforme de la IED, de aquí su trascendencia para la profundización del proceso de integración regional.

IV. EL TRATAMIENTO A LA IED EN LA UNIÓN EUROPEA

La Unión Europea (UE) es el proceso de integración regional que mayor profundidad ha alcanzado. Sus avances en materia institucional son siempre una inspiración para los demás bloques regionales. A partir de la entrada en vigencia del Tratado de Lisboa (1 de diciembre de 2009), la IED ha pasado a engrosar las competencias exclusivas de las instituciones comunitarias.

Los Estados que forman parte de la UE fueron los precursores de la firma de TBI y de la consolidación de este tratamiento como el régimen internacional adoptado para la regulación de Inversión Extranjera. Cada Estado parte ha construido su propia red de TBI, alcanzando un total de 1.200 acuerdos, siendo la mitad de los vigentes en el mundo.

La entrada en vigor del Tratado de Lisboa, supone un punto de inflexión en el ámbito del tratamiento de la IED, provocando un cambio sustancial. La UE se atribuye exclusiva competencia en materia de inversión extranjera, integrándola así a la Política Comercial Común, de manera que la capacidad de desarrollar y firmar TBI con terceros países recaerá exclusivamente en la UE (Calzada y González, 2010). Ello supone que los Estados miembros se beneficiarán del mayor poder negociador que tiene el bloque regional europeo.

Es de destacar que como los Estados parte tienen una gran cantidad de TBI firmados y en vigencia, el traspaso definitivo de esta competencia a la UE se hará de manera progresiva, por lo cual ellos deberán informar a la Comisión Europea sobre sus acuerdos vigentes y sobre los TBI que quieran firmar con distintos Estados. Es la UE quien actualmente posee la atribución de exigirle a cada miembro que modifique determinada cláusula que considere que entra en colusión con la política comercial comunitaria. No obstante si bien las condiciones generales de los TBI quedarán en mano de los órganos comunitarios (perdiendo cada país elementos diferenciadores), cada Estado parte conservará un margen de actuación para el desarrollo de políticas de promoción de inversiones, por lo que la difusión de los climas apropiados para las inversiones pasaran a ser una cuestión fundamental.

Este nuevo esquema de regulación de la IED propuesto en el Tratado de Lisboa se encuentra acorde a la profundidad alcanzada por el proceso de integración en su esquema institucional, que ostenta más de cincuenta años de avances y retrocesos. La competencia que alcanza la UE en materia de IED es amplísima, y debe ser para el MERCOSUR un horizonte a seguir, siempre y cuando nuestro proceso de integración se proponga arribar a una institucionalización profunda y definitiva.

CONCLUSIONES

La IED es un instrumento que materializa la internacionalización de la economía y de los mercados. El auge de su expansión global trajo aparejado la necesidad de otorgar marcos de certeza jurídica para los inversores extranjeros, siendo los TBIs los instrumentos que se estandarizaron para regular este tipo de inversiones.

América Latina en general y el MERCOSUR en particular resultan ser un destino habitual de este tipo de inversiones, sobre todo provenientes de Estados Unidos y de la UE.

Argentina, Paraguay, Uruguay y Venezuela han optado como estrategia de promoción la suscripción de TBIs. En cambio Brasil si bien ha firmado muy pocos Tratados de este tipo, ellos no han sido ratificados por su Congreso.

Es destacar la importancia de que los TBIs se consoliden en la región como el instrumento de regulación de la IED, no obstante los Estados parte del MERCOSUR aún no han firmado ningún Tratado de este tipo entre sí.

El Tratado constitutivo del MERCOSUR (Tratado de Asunción) estableció como grado de integración a alcanzar al mercado común. Su constitución implica entre otros factores, la libre circulación de capitales, por lo que resulta necesario una regulación de la IED tanto intra como extra zona. Los Protocolos de Colonia y de Buenos Aires han intentado regularla, otorgando un tratamiento similar al que otorgan los TBIs. Ninguno de los protocolos fue internalizado por Brasil por lo que ambos han carecido de vigencia.

El MERCOSUR atravesó etapas de avances y retrocesos, dentro de estos marcos ha dado pasos importantes hacia un desarrollo institucional superador, siendo la creación del Parlamento mercosureño, del Tribunal Permanente de Revisión y del Código Aduanero una clara demostración de la intención de avanzar en este sentido. La Decisión 30/10 que establece las directrices para establecer un Acuerdo sobre Inversiones en el MERCOSUR propone avanzar en una materia de suma sensibilidad y trascendencia como lo es la IED. A la fecha los Estados parte no han arribado a un consenso sobre el contenido del Acuerdo. Se observa la necesidad de que éste sea superador y distintivo de la regulación establecida en los TBIs, para que Brasil que se ha transformado en exportador de inversiones y que ha aumentado el caudal de inversiones intra zona logre ratificarlo. Esta nueva iniciativa de regulación de la IED debería focalizarse en la posibilidad de establecer un sistema de resolución de controversias propio para esta temática, donde el Estado receptor y el inversor puedan acudir a una instancia regional, siempre y cuando se hayan agotado las instancias jurisdiccionales locales de cada Estado. Abordar de manera regional el tratamiento y regulación a la IED sería un avance hacia la profundización definitiva del MERCOSUR. Este es el desafío.

BIBLIOGRAFIA

BOUZAZ Roberto (2002). *Tópicos de Economía Internacional*, Universidad Nacional de Quilmes, Primera edición, Buenos Aires, junio.

CERON ZAPATA Pilar y Grupo de investigación en negocios internacionales (2007). *Aspectos normativos de la inversión extranjera en Colombia: Una mirada a la luz de las teorías de las Relaciones Internacionales*; Universidad EAFIT; 1era Edición; Medellín.

CHUDNOVSKY VER EN EL TEXTO Daniel y LOPEZ, Andrés (2007). “Inversión extranjera directa y desarrollo: La experiencia del MERCOSUR”, *Revista de la CEPAL*.

CRESTA Juan (2012). “Acuerdo de inversiones en el MERCOSUR”, *Observatorio de Economía Internacional*.

GRANATO Leonardo y ODDONE Carlos Nahuel (2007). *Derecho Internacional, ¿Protección del inversor extranjero y acuerdos bilaterales, quo vadis?*; Universidad Eafit; octubre – diciembre; volumen 43, número 148, Medellín, Colombia, pp. 25-41.

RAYA de VERA Eloisa (2009). “El régimen jurídico de las inversiones extranjeras en Argentina: en búsqueda del equilibrio”. *Para el XXI Congreso argentino de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional*; Córdoba, 1 al 3 de Octubre.