

INVERSIONES Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MERCOSUR*

INVESTIMENTOS E SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NO MERCOSUL

Natasha Suñé**

Raphael Carvalho de Vasconcelos***

Resumen: En los primeros años del MERCOSUR, los cuatro países miembros buscaban claramente atraer financiamiento externo tanto de capital extrazona como intrazona. Los protocolos firmados en 1993 y 1994 tornan evidente la relevancia del tema por aquellos años. A partir del año 2000 cambia el panorama normativo regional y los avances en la reglamentación de las inversiones fueron poco consistentes. A pesar de ello, existe un continuo crecimiento en el volumen de recursos directos aplicados por empresas locales en el espacio extraregional, como en la recepción de inversiones en la región. Ante este contexto regional alentador, el sistema de solución de controversias del MERCOSUR debería ser mejor aprovechado y abarcar las inversiones para que los diferendos en la materia puedan resueltos en el seno de la región. El Tribunal Permanente de Revisión debería tener en su competencia de actuación las controversias surgidas en materia de inversiones entre Estados miembros, asociados e, incluso, inversores.

Resumo: Nos primeiros anos do MERCOSUL, os quatro países membros buscavam claramente atrair financiamento externo tanto de capital extrazona quanto intrazona. Os protocolos firmados em 1993 e 1994 tornam evidente a relevância do tema naqueles anos. A partir do

* La versión en portugués será publicada en Brasil en obra colectiva sobre Derecho Internacional de Inversiones con el título "O Direito dos Investimentos no MERCOSUL: Realidade e Possibilidades".

** Abogada por la Universidad Nacional de La Plata, Argentina. Cursa la Maestría en Derecho Administrativo y Administración Pública en la Universidad de Buenos Aires, Argentina. Encargada del Área Jurídica del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR. Contacto: natasha_s1983@hotmail.com.

*** Cumple actualmente el mandato brasileño en la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR – Secretario del Tribunal. Máster en Derecho Internacional por la Universidad de São Paulo, Máster en Derecho Internacional por la Universidad del Estado de Rio de Janeiro, Doctorando en Derecho Internacional por la Universidad de São Paulo, Doctorando en Derecho Internacional por la Universidad del Estado de Rio de Janeiro, Profesor asistente en la Universidad Federal Rural de Rio de Janeiro. Contacto: raphaelvasconcelos@ig.com.br.

ano 2000, o panorama normativo regional se modificou e poucos foram os avanços na regulamentação dos investimentos. Apesar disso, existe um contínuo crescimento tanto no volume de recursos diretos aplicados por empresas locais no espaço extraregional quanto na recepção de investimentos na região. Nesse contexto regional animador, o sistema de solução de controvérsias do MERCOSUL deveria ser melhor aproveitado e abarcar os investimentos para que litígios sobre o tema pudessem ser resolvidos localmente. O Tribunal Permanente de Revisão deveria, assim, ter em sua competência de atuação a solução de controvérsias surgidas sobre investimentos entre Estados membros, associados e, inclusive, investidores.

Palabras clave: *Inversiones, MERCOSUR, Solución de Controversias, Tribunal Permanente de Revisión*

Palavras-chave: *Investimentos, MERCOSUL, Solução de Controvérsias, Tribunal Permanente de Revisão*

1. Introducción: Premisas Fundamentales

1.1. Contexto Multilateral

Al finalizar la segunda guerra mundial quedó instaurada la necesidad de encontrar soluciones satisfactorias para las divergencias relacionadas a los conflictos globales de la primera mitad del siglo XX. El comercio, identificado como uno de los elementos generadores de esos conflictos, sumado a las negociaciones tarifarias llevadas a cabo por los países, fueron el punto de partida para la creación de una organización internacional -la Organización Internacional del Comercio- OIC¹.

Se resolvió, entonces, consolidar el resultado de las concesiones realizadas en un protocolo de aplicación provisoria -el Acuerdo General de Tarifas y Comercio- conocido por su sigla en inglés GATT², el cual debería posteriormente integrar el estatuto de la OIC. Entre el inicio de las negociaciones en 1944 y la suscripción del GATT en 1947, la viabilidad de la creación de la organización perdió fuerza por tratar asuntos de forma independiente y no vincular directamente la vigencia del protocolo provisorio a la existencia de una estructura institucional.

1 CZARDE ZALDUENDO Susana. *Integración: Nociones Generales. Integración Económica e Integración Regional* en NEGRO Sandra (dir). Derecho de la Integración. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2010. p. 10. OLIVEIRA Odete Maria de. *Regionalismo*. In: BARRAL Welber. O Brasil e a OMC: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 310.

2 General Agreement on Tariffs and Trade.

Inmediatamente a la aprobación del texto final del GATT, las negociaciones relacionadas a la OIC continuaron durante la conferencia de La Habana entre noviembre de 1947 y marzo de 1948. El Acta Final, que creaba una estructura institucional, había sido aprobada por la mayoría de los países, pero la falta de ratificación del documento por el poder legislativo de Estados Unidos imposibilitaba estructurar un sistema internacional de comercio, sin la participación del país que ejercía el papel más importante en la economía mundial y paradójicamente propulsor y mayor interesado en su concreción.

Los avances y conquistas del GATT, consolidados en las rondas de negociaciones multilaterales, culminaron con la inclusión entre los temas de la Ronda Uruguay, iniciada en 1986 en Punta del Este y finalizada en 1993 en Ginebra, de las discusiones sobre la creación de una organización encargada de temas relevantes al comercio internacional, la Organización Mundial del Comercio -OMC³.

A diferencia de lo ocurrido en La Habana, casi 50 años antes, el Acta Final de Marrakech, que incluía el acuerdo constitutivo de la OMC, fue adoptada en abril de 1994 e incorporada por los signatarios del GATT⁴. La OMC fue dotada de personalidad jurídica e inauguró una nueva fase en las negociaciones internacionales de comercio⁵.

Las principales excepciones contenidas en el acuerdo multilateral, relacionadas al regionalismo, se encuentran en los artículos XXIV del GATT, V del GATS⁶ y en la llamada cláusula de habilitación⁷. El artículo XXIV del acuerdo general establece la posibilidad de conceder beneficios entre participantes de acuerdos de integración regional en lo que se refiere al comercio de bienes, el artículo V del GATS dispone cuestión análoga para el mercado de servicios, y la cláusula de habilitación constituye una autorización amplia a la concesión de tratamiento diferenciado entre los países en desarrollo.

3 SHAW Malcolm N. *International law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 1168.

4 En Brasil, por el Decreto Legislativo n° 1355 del 30 de diciembre de 1994, publicado en DOU el 31 de diciembre de 1994.

5 SHAW Malcolm N. *International law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003p. 1188-1189, Se refiere a la Organización de las Naciones Unidas, pero describe los efectos de la dotación de personalidad jurídica a una organización internacional. JACKSON John Howard. *Sovereignty, the WTO, and changing fundamentals of international law*. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 81.

6 Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS) o conocido por su sigla en inglés GATS (*General Agreement on Trade in Services*).

7 SNAPE Richard H. *History and economics of GATT's article XXIV*. In: ANDRESON Kym, BLACKHURST Richard. *Regional integration and the global trading system*. Nova York: Harvester Wheatscheaf, 1994. p. 273.

En lo referente a inversiones, recién en la década del 90, los países desarrollados impulsaron la creación de un marco multilateral destinado a asegurar condiciones transparentes, estables y previsibles para la circulación transfronteriza de capital, principalmente en el sector productivo, que contribuya a expandir su comercio⁸.

El Acuerdo sobre Medidas en Materia de Inversiones relacionadas al Comercio (Acuerdo sobre las MIC) - que no llegó a tener el número de adhesiones pretendido por los países desarrollados - prohíbe medidas en materia de inversiones relacionadas, por ejemplo, al trato nacional que sean incompatibles con las disposiciones básicas del sistema GATT/OMC y la eliminación de restricciones cuantitativas⁹.

En 1996 fue creado en la OMC un Grupo de Trabajo sobre la Relación entre Comercio e Inversiones para tratar: el alcance y definición; la transparencia; la no discriminación; modalidades de compromisos previos al establecimiento basados sobre el enfoque de listas positivas; disposiciones sobre el desarrollo; excepciones y salvaguardas por razones de balanza de pagos; y de celebración de consultas y solución de controversias entre los miembros¹⁰.

A pesar de los intentos descriptos y de las sucesivas rondas de negociación, aún no se ha avanzado significativamente en materia de inversiones en el sistema multilateral del GATT/OMC.

1.2. Contexto Regional

La evolución del regionalismo económico latinoamericano no ocurrió de forma lineal. A pesar de que iniciativas de aproximación entre las excolonias ibéricas poseen origen remoto, enfrentaron serias inestabilidades y nunca alcanzaron, a lo largo de los siglos, plena consolidación. En este sentido, se multiplican los ejemplos tales como el fracaso de la Asociación Latino-Americana de Libre Comercio -ALALC- y las dificultades de la Asociación Latino-Americana de Integración -ALADI- para mantener la solidez de su tratado¹¹.

El primer intento de crear una unión aduanera en América Latina se remonta al inicio del siglo XX cuando, en 1909, Argentina, Chile, Paraguay y Uruguay negociaron, sin éxito, un acuerdo en ese sentido. Recién a partir del final de la segunda guerra mundial, iniciativas

8 La Carta de La Habana contaba con disposiciones sobre el tratamiento de inversiones extranjeras en el capítulo dedicado al desarrollo económico.

9 Esas restricciones están contenidas en los arts. 4 y 11 del GATT respectivamente.

10 Decisión Ministerial n° 1, del 20 de noviembre de 2001 (WT/MIN(01)/DEC/1).

11 PABST Haroldo. *MERCOSUL: direito da integração*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 16.

de asociación comercial sentaron las bases para que acuerdos de cooperación e integración surgieran y se profundizaran¹².

La Asociación Latinoamericana de Libre Comercio -ALALC-, instituida en el Tratado de Montevideo de 1960, tenía como finalidad la creación de una zona de libre comercio en la región. Cuatro de los países involucrados eran signatarios del GATT y el acuerdo debía incluirse al sistema del GATT por intermedio de las disposiciones del artículo XXIV del tratado multilateral.

Los resultados de la ALALC fueron, en sus primeros años, muy significativos, pero la progresiva disminución en el número de concesiones otorgadas y la reducción del comercio interregional a lo largo de la década del 70 llevó al acuerdo al estancamiento y a su total reformulación en 1980¹³. Gran parte del fracaso de la ALALC se debió, en verdad, al modelo adoptado, el cual se basaba en premisas que guiaban la política económica interna de los países-miembros¹⁴.

La capital uruguaya fue nuevamente escenario de las negociaciones que concluyeron con la firma del segundo Tratado de Montevideo, en 1980, que creó la ALADI. En la nueva organización, considerada sucesora directa y substituta de la ALALC, los participantes renovaron sus intenciones cooperativistas y depositaron sus propósitos de corregir los errores cometidos anteriormente por medio de la convergencia de intereses.

Contrariamente a lo establecido en el marco legal anterior sobre la ALALC, la estructura de la ALADI permite que partes de la organización regional celebren acuerdos parciales de liberalización económica. En un superficial análisis, se trata de un sistema regional de excepciones consustanciado en la posibilidad de aplicación condicional o del apartamiento de la regla de la nación más favorecida contenida en el tratado marco¹⁵. Esos acuerdos preferenciales son permitidos en la medida en que se adecuen a las reglas establecidas por la estructura

12 Entre los acuerdos firmados se destaca el Tratado Interamericano de Ayuda Recíproca (TIAR) en 1947, la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) en 1960, la Asistencia Recíproca Petrolera Estatal Latinoamericana en 1961, la Asociación Latinoamericana de Instituciones Financieras para el Desarrollo en 1968, el Grupo Andino en 1969, el Sistema Económico Latinoamericano (SELA) en 1975 y la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) en 1980 - Fuente: Sitio del Centro de Integración del MERCOSUR de la UFPEL.

13 MERCADANTE Araminta de Azevedo. *Os aspectos institucionais da integração latino-americana*. In: Revista de Información Legislativa Abril-Junio, 1971. p. 92.

14 MELLADO Noemí (coord). *Cooperación y Conflicto en el Mercosur*. Cap. I, Mercosur convergencias y divergencias. M.E.L Córdoba: Editor, 2007, pág. 24.

15 DALLA VIA Alberto Ricardo. *Derecho constitucional económico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999. p. 640.

regional mayor como, por ejemplo, aquella que exige la sumisión de las iniciativas locales a las consideraciones de los otros miembros de la ALADI, los cuales pueden, inclusive, implorar adhesión.

El modelo rígido y programático de la ALALC fue, en síntesis, sustituido por una estructura más pragmática y flexible, estructurada de manera de poder alcanzar mayores avances con objetivos menores¹⁶.

Conforme fue mencionado, varios fueron los factores que dificultaron el avance de las iniciativas de aproximación latinoamericanas. En ese sentido, es de percibir la flexibilidad de la ALADI como verdadera ventaja comparativa en relación a la ALALC.

En medio de los contextos global y regional descriptos, tuvieron lugar las negociaciones subregionales que dieron origen al MERCOSUR.

1.3. MERCOSUR

En un contexto regional más reducido, la cooperación política y económica entre Brasil y Argentina fue llevada a cabo de forma bilateral a partir de 1985 por medio de la firma de una serie de acuerdos y protocolos entre ambos países¹⁷. Se destacan, el Acta de la Integración de 1987, la cual previo la creación de un mercado común hasta el año 2000 y que puede ser considerada la matriz inicial de la iniciativa regional del MERCOSUR¹⁸.

La consolidación del acercamiento bilateral como modo de superación de las divergencias, representó un verdadero cambio en las relaciones entre las dos potencias regionales que fue de la rivalidad militar a la cooperación económica poniendo fin a la mutua desconfianza histórica. Éste acercamiento despertó gradualmente el interés natural de vecinos como Paraguay y Uruguay¹⁹. Juntos, los cuatro

16 SOARES Guido Fernando Silva. *A compatibilização da ALADI e do MERCOSUL com o GATT*. In: São Paulo em Perspectiva – Revista de la Fundación SEADE. v. 9, n° 1, ene-mar, 1995. p. 89.

17 Formalizaron la creación de una Comisión Mixta de Alto Nivel para la Integración, por medio de la cual serían establecidos los parámetros de un proyecto regional de integración.

18 El Acta para la Integración Brasileño-Argentina fue suscripta el 29 de julio de 1987 por los entonces presidentes de Brasil, José Sarney, y de Argentina, Raúl Alfonsín, sobre la base de la integración regional en el cono sur, LAFER Celso. *A OMC face à globalização e à regionalização*. In: Política Externa. São Paulo v.6, n.2, p.83-93 oct./nov.1997. p. 89. Corresponde resaltar también la Declaración Conjunta sobre Política Nuclear de 1985, el *Acta de Amistad Argentino-Brasileña: Democracia, Paz y Desarrollo de 1986* y el *Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo de 1988, el cual buscaba la eliminación de obstáculos tarifarios y no tarifarios*. En 1989, Paraguay retomó su proceso democrático.

19 En la década del noventa, el contexto mundial y local se caracterizaba por políticas neoliberales que buscaban la liberalización del comercio. La decisión de consolidar la

países iniciaron negociaciones, al comienzo de la última década del siglo XX, para la creación del MERCOSUR, iniciativa que se presentaba en aquel momento como alternativa para la superación de sucesivas crisis económicas comunes y, principalmente, para viabilizar una mayor solidez en la inserción de la región en el comercio internacional.

Salvadas las peculiaridades culturales y las diferencias de tamaño y de desarrollo de sus economías, cabe observar que los cuatro Estados miembros originarios del MERCOSUR, presentaban condiciones sociales, económicas y políticas bastante semejantes²⁰. Todos enfrentaban problemas sociales, estuvieran juntos - o al menos influenciados unos por los otros - en sucesivas crisis económicas y compartían experiencias democráticas muy recientes.

Como base jurídica del MERCOSUR se encuentra su instrumento de creación, el Tratado de Asunción, firmado en la capital paraguaya en marzo de 1991²¹. El texto del acuerdo sugiere la observación del modelo tradicional de fases de integración e indica, en el propio nombre dado a la iniciativa, el grado de aproximación económica deseado²².

El MERCOSUR representaba, así, la continuación de la tradición regional de los intentos de aproximación, pero, al mismo tiempo, una significativa alteración de las expectativas relacionadas a la integración económica. Fue estructurado como acuerdo sub-regional parcial de la ALADI en un formato eminentemente liberal de regionalismo abierto, que surgió, en verdad, buscando ocupar espacios que la ALADI no logró hasta los días actuales completar²³.

integración regional como una organización económica tenía como objetivo justamente alcanzar la facilitación del mercado entre los estados miembros. Así fue consignado en el Preámbulo del Acta de Buenos Aires de 1990 la intención de “acelerar y profundizar el proceso de integración”. En ese sentido, CAETANO Gerardo. *Parlamento Regional y Sociedad Civil en el Proceso de Integración ¿Una nueva oportunidad para otro Mercosur?*, Montevideo: Friedrich Ebert Stiftung, 2006. p. 12. CASELLA Paulo Borba. *MERCOSUL: situação e oposição política interna e a construção da integração regional*. In: *Diário Comércio & Indústria – São Paulo*, 13 de agosto de 1998; FAUSTO Boris, DEVOTO Fernando J. *Brasil e Argentina: um ensaio de história comparada (1850-2002)*. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 23; VELASCO Manuel Diez. *Las Organizaciones Internacionales*, 10ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1997. p. 647.

20 ETCHEVERRY Raul Aníbal. *MERCOSUR negocios y empresas*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001. p. 192.

21 Firmado el 26 de marzo de 1990, aprobado por lo Congreso Nacional Brasileño el 25 de septiembre de 1991 y promulgado por Presidente de la República - Decreto nº 350 - el 21 de noviembre de 1991 con publicación en el DOU con fecha del día 22 de noviembre. El Tratado entró en vigencia en el ámbito internacional el 29 de noviembre de 1991.

22 BASSO Maristela. *MERCOSUL: os limites entre o direito internacional e o direito da integração*. In: *Estudos Jurídicos*, vol. 27, nº 71, Septiembre/Diciembre 1994. p. 75.

23 SCHULZ Michael, SÖDERBAUM Fredrik, ÖJENDAL. *Joakim Regionalization in a globalizing world*. London e Nova Iorque: Zed Books, 2001. p. 237. BAPTISTA Luiz Olavo. *O MERCOSUL, suas instituições e ordenamento jurídico*. São Paulo: Ltr, 1998. p. 108.

En relación al GATT, las preferencias otorgadas en razón del Tratado de Asunción fueron notificadas, dada la vigencia de la cláusula de habilitación, de forma transversal por comunicación de la Secretaría de la ALADI²⁴. La posibilidad de notificación simplificada al GATT fue viabilizada por la inserción del MERCOSUR en la iniciativa regional mayor, para la cual, en verdad, el tratado marco firmado en Asunción consubstancia mero acuerdo de alcance parcial - Acuerdo de Complementación Económica n° 18.

El tratado-marco del MERCOSUR posee objetivos bastante amplios y evidencia la intención de profundizar la cooperación regional mediante disposiciones sobre la libre circulación de bienes, servicios y factores de producción, relacionados a la coordinación de políticas macroeconómicas, al compromiso de armonización legislativa y estableciendo la posibilidad de que otros Estados adhieran a la iniciativa. La consolidación del proyecto regional adoptó, aunque inicialmente de forma tímida, pero claramente inspirado en las conquistas del regionalismo europeo, un modelo bastante pragmático, en el cual se encontraban previstas una fase inicial provisoria, destinada a resolver los problemas ordinarios del proceso de integración, seguida por una etapa definitiva, con estructuras organizacionales consolidadas²⁵.

Ese cambio institucional representó una nueva perspectiva de apertura a la política económica de la región con mayor protagonismo del sector privado y clara finalidad de ampliar el espacio económico de los sectores exportadores²⁶. Se trasladaron así al plano regional temas como servicios, propiedad intelectual, compras gubernamentales e inversiones; materias que tradicionalmente pertenecían exclusivamente al cuerpo normativo interno de los Estados nacionales.

Las incertidumbres iniciales fueron, de a poco, disipadas y llevaron a la conclusión en 1995 del Protocolo de Ouro Preto, el cual representó fundamental alteración en la estructura de integración incipiente y constituyó el marco inicial de la fase definitiva de la organización regional²⁷. El MERCOSUR se consolidó, en aquel

24 SCOTTI Luciana. "El Derecho de la Integración n el Mercosur". En: NEGRO Sandra (dir). *Derecho de la Integración Manual*. Buenos Aires: B de F, 2010. También SOARES Guido Fernando Silva. *A compatibilização da ALADI e do MERCOSUL com o GATT*. In: São Paulo en Perspectiva – Revista de la Fundación SEADE. v. 9, n° 1, ene-mar, 1995. pp. 89-90.

25 Cabe destacar que, a pesar de las semejanzas aparentes en lo que se refiere al pragmatismo inicial adoptado, las dos iniciativas regionales presentan modelos institucionales bastante diversos conforme lo sostenido por BAPTISTA Luiz Olavo. *O MERCOSUL, suas instituições e ordenamento jurídico*. São Paulo: Ltr, 1998. p. 44.

26 MELLADO Noemí (coord). *Cooperación y Conflicto en el Mercosur. Cap. I, Mercosur convergencias y divergencias*. Córdoba: M.E.L Editor, 2007.

27 VELASCO Manuel Diez. *Las Organizaciones Internacionales*. 10ª ed. Madrid: Editorial

momento y finalmente, como una estructura institucional compuesta por el Consejo del Mercado Común (CMC), el Grupo Mercado Común (GMC), la Comisión de Comercio del MERCOSUL (CCM), la Comisión Parlamentaria Conjunta, el Foro Consultivo Económico-Social y la Secretaría Administrativa.

Una de las mayores conquistas de Ouro Preto fue el otorgamiento al acuerdo regional, en su artículo 34, de personalidad jurídica, el cual fue elevado, de esta forma, a la condición de organización internacional dotada de las prerrogativas conferidas a los sujetos de derecho y obligaciones en las relaciones con otras personas de derecho internacional público.

La caracterización del MERCOSUR como una organización de integración no deriva únicamente del reconocimiento de personalidad jurídica o de la multiplicación y profundización de las materias reguladas en su normativa, sino de su perfeccionamiento institucional, por ejemplo, con la consolidación del Tribunal Permanente de Revisión -TPR- como órgano representativo de la organización y no sólo sus Estados-miembros²⁸.

La integración regional sudamericana vivencia en el MERCOSUR, actualmente, momento de franca expansión con la definitiva adhesión de Venezuela como miembro pleno, pero encuentra, por otro lado, grandes desafíos en la reglamentación regional de temas extremadamente importantes al comercio internacional como, por ejemplo, las inversiones²⁹.

2. Inversiones en el MERCOSUR

Entre los objetivos del Tratado de Asunción se encuentra la “coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales entre los Estados Partes –de comercio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetaria, cambiaria y de capitales, de servicios, aduanera, de transportes y comunicaciones y otras- que se acuerden a fin de asegurar condiciones adecuadas de competencia [...]”³⁰.

Tecnos, 1997. p. 645.

²⁸ LIQUIDATO Vera Lúcia Viegas. *Direito internacional público e direito da integração: desafios atuais*. In: CASELLA, Paulo Borba (coord). *Direito de integração*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. pp. 75-76.

²⁹ Las negociaciones fueron iniciadas en diciembre de 2005 durante la XXIX Cumbre del MERCOSUR en Montevideo y la formalización de la adhesión ocurrió por la suscripción de un protocolo en ese sentido por los presidentes de los cuatro países miembros y de Venezuela en Caracas el día 4 de julio de 2006. El ingreso fue concluido el día 12 de agosto de 2012.

³⁰ Tratado de Asunción, Art. 1º.

En aquellos primeros años del MERCOSUR, los cuatro países miembros buscaban claramente crear un ambiente de negocios para atraer financiamiento externo. Esa atracción de inversiones tenía como objetivo tanto capital extrazona como intrazona. Inversiones directas extrazona consiste en aquel capital destinado al sector productivo por empresas de origen externo al MERCOSUR e, intrazona, aquel capital originario de la propia organización regional.

Los Protocolos de Colonia y de Buenos Aires, firmados en 1993 y 1994 respectivamente, evidencian la actualidad del tema en aquellos años³¹. Se entendía que un espacio económico ampliado requería el análisis de las políticas vinculadas a las inversiones, que la ubicación del capital en el espacio MERCOSUR debería favorecer la asignación más eficiente de los recursos regionales y, además, que el establecimiento de condiciones favorables para las inversiones estimularía la cooperación económica y favorecería el proceso de integración. Además, se expresó, en esa época, la necesidad de contar con un espacio específico para coordinar las posiciones de los Estados miembros en relación a las negociaciones sobre inversiones en los diversos foros internacionales³².

Esa política de gobierno de atracción de inversiones hizo que los miembros del MERCOSUR aparecieran entre los principales receptores de capital externo directo del grupo de países en desarrollo al recibir, en conjunto, entre 1990 y 2004 casi 300 billones de dólares³³.

La comparación del período inmediatamente posterior a la institucionalización del MERCOSUR con la década anterior muestra números bastante interesantes. Entre los años de 1984 y 1989, los cuatro Estados miembros originarios de la organización regional absorbían 1,4% de los flujos totales de inversiones externas directas mundiales. Luego de la entrada en vigencia del Protocolo de Ouro Preto, en el período comprendido entre 1997 y 1999, esa cifra llegó al 6%³⁴.

Cabe resaltar, no obstante, que el incremento porcentual apuntado no se debió en verdad a oportunidades que habrían surgido localmente, sino, principalmente, a las políticas de privatización adoptadas, en la época, por los gobiernos de la región, por medio de las cuales el

31 Esa transcendencia influyó también en la multiplicación de tratados bilaterales de inversiones firmados por Argentina, Paraguay y Uruguay en esos años.

32 Considerando la Res. MERCOSUL GMC n°13-00.

33 CHUDNOVSKY Daniel. *Inversión Extranjera Directa y Desarrollo: la experiencia del Mercosur*. Revista de la CEPAL 92, agosto de 2007.

34 Cfr. CHUDNOVSKY Daniel y LÓPEZ Andrés. "Las políticas de promoción de inversiones extranjeras en el MERCOSUR", en Chudnovsky & Fanelli, *El Desafío de integrarse para crecer, Siglo XXI*, Buenos Aires, 2001. p. 275.

patrimonio de los Estados fue transferido en gran parte a la gestión privada en sectores como industria energética, telecomunicaciones, infraestructura y actividad bancaria³⁵. Es de resaltar, además, que el origen de las inversiones causado por las políticas de privatización, característica de la década del 90, es básicamente extraregional, representando los ingresos provenientes de Europa y Estados Unidos en ese período entre el 80 y 90% del total.

De manera general, se observa que las inversiones destinadas a industrias de alto contenido tecnológico o de investigación y desarrollo siguen representando porcentajes menores de los recursos directos que recibe América Latina³⁶. El destino preferencial del capital ha sido en estos últimos veinte años del MERCOSUR el sector de servicios y principalmente actividades vinculadas a recursos naturales.

En lo que o que se refiere a números, más recientemente y según el informe de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe –CEPAL– de 2011, América Latina y el Caribe recibieron juntos cerca de 153 billones de dólares a título de inversiones externas directas -28% más que en 2010³⁷.

2.1. Inversiones Intrazona

En el MERCOSUR la primera normativa en tratar el flujo de inversiones intrazona, es decir, entre los miembros de la organización regional, fue la Resolución del GMC n° 20/92, que creó una comisión dentro del subgrupo de trabajo n° 4 -de Política Monetaria y Fiscal relacionada con el Comercio³⁸. Esa comisión tenía por objetivo la realización de estudios y la formulación de recomendaciones sobre la promoción y protección recíproca de inversiones.

Con las recomendaciones y los resultados obtenidos por ese grupo, el Consejo del Mercado Común –CMC– aprobó, por medio de la Decisión n° 11/93, el Protocolo de Colonia para la Promoción y

35 La inversión externa directa en el sector eléctrico llegó a cerca de cinco billones de dólares en 1999 y a diez billones en el año 2000. Ese incremento representa, en total, el 6% y el 13%, respectivamente, de las inversiones externas directas recibidas en América Latina y Caribe, según el informe de la CEPAL: *La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe 2011*, p 18.

36 Informe de la CEPAL *La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe*, 2011, p 35.

37 Informe de la CEPAL *La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe*, 2011, p 12.

38 Entiéndase por inversión intrazona, en este trabajo, los activos, invertidos directa o indirectamente, por individuos originarios de uno de los miembros de la organización en el territorio de otro.

Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR, el que se refería exclusivamente a capitales de inversores de origen de uno de los Estados miembros de la organización regional en el territorio de alguno de los demás. El protocolo tuvo clara intención de intensificar la cooperación económica, estimular inversiones privadas, incrementar el desarrollo económico y acelerar el proceso de integración.

Antes de llegar a la definición dada a inversiones en el Protocolo de Colonia, cabe destacar que, en lo que se refiere al uso del término “inversiones”, a pesar de ser aceptado como concepto jurídico, posee un fuerte contenido económico por lo que una buena técnica jurídica sugiere que se establezca una definición precisa siempre que la expresión surja por primera vez en un tratado o sistema normativo internacional³⁹. Los primeros instrumentos internacionales sobre la materia hicieron uso de la clásica fórmula “propiedad, derechos e intereses” para fijar su concepto. Sin embargo, la falta de definición terminológica por una norma no impidió, en general, su utilización, pero sí exigió, de los órganos jurisdiccionales, importante esfuerzo hermenéutico⁴⁰.

El Protocolo de Colonia definió el término “inversiones” y determinó el alcance del acuerdo internacional. El artículo 1° establece que inversiones constituiría “todo tipo de activo invertido directa o indirectamente por inversores de una de las Partes Contratantes en el territorio de otra Parte Contratante, de acuerdo con las leyes y reglamentación de esta última” estableciendo enseguida una enumeración no taxativa de lo que para sus fines sería considerado “activo”⁴¹.

Es de resaltar, sobre este punto, que el concepto negociado en el MERCOSUR fue sumamente amplio, algo que en las negociaciones

39 RUDOLF DOLZER & CHRISTOPH SCHREUER. *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, New York, 2008.

40 RUDOLF DOLZER & CHRISTOPH SCHREUER. *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, New York, 2008. Pág. 60.

41 El Protocolo de Colonia establece en su art. 1: “A los fines del presente Protocolo: 1. El término “inversión” designa todo tipo de activo invertido directa o indirectamente por inversores de una de las Partes Contratantes en el territorio de otra Parte Contratante, de acuerdo con las leyes y reglamentación de esta última. Incluye en particular, aunque no exclusivamente: a) la propiedad de bienes muebles e inmuebles, así como los demás derechos reales tales como hipotecas, cauciones y derechos de prenda; b) acciones, cuotas societarias y cualquier otro tipo de participación en sociedades; c) títulos de crédito y derechos a prestaciones que tengan un valor económico; los préstamos estarán incluidos solamente cuando estén directamente vinculados a una inversión específica; d) derechos de propiedad intelectual o inmaterial, incluyendo derechos de autor y de propiedad industrial, tales como patentes, diseños industriales, marcas, nombres comerciales, procedimientos técnicos, know-how y valor llave; e) concesiones económicas de derecho público conferidas conforme a la ley, incluyendo las concesiones para la búsqueda, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales”.

del sistema multilateral GATT/OMC no se pudo alcanzar ya que solo pudieron incluir a los bienes dejando fuera varios activos como los derechos de propiedad intelectual, materias de servicio y contrataciones gubernamentales⁴².

Esa inclusión amplia de activos que serían considerados materia de inversiones externas directas por el protocolo puede ser señalada como uno de los obstáculos para su internalización y posterior aplicación. De hecho, fueron incluidos en su esfera de aplicación, por ejemplo, los servicios -objeto de las mayores inversiones directas realizadas por los países desarrollados- y las compras gubernamentales, sector altamente protegido por los Estados miembros y objeto, inclusive, de las reservas realizadas por Brasil⁴³.

Verifícase, que la tendencia de muchos tratados relacionados a inversiones extranjeras, en particular los que adoptan el modelo de los países exportadores de capital, ha sido la de ampliar el alcance de la definición de inversiones extranjeras con el objetivo de asegurar que contemple una amplia variedad de actividades relacionadas con las inversiones extranjeras directas⁴⁴. Claro está que finalidad es la protección del inversor.

El Protocolo de Colonia también definió inversor y estructuró un régimen de promoción de inversiones de manera no menos favorable a las inversiones originarias del propio Estado y de terceros, sin perjuicio a los derechos sobre las limitaciones a ciertos sectores reconocidos por el propio protocolo sobre admisión de inversiones. Al respecto de ese último punto, en caso de que el Estado hubiese admitido una inversión se comprometía a otorgar las autorizaciones necesarias para su mejor desenvolvimiento, es decir, a promover el tratamiento justo y ecuaníme sin realizar ningún tipo de medida discriminatoria⁴⁵.

42 CELLI JÚNIOR Umberto. O impacto dos acordos de investimentos sobre os estados-membros do MERCOSUL. In: BASSO Maristela (org). *MERCOSUL - MERCOSUR: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso*. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 536 y 540.

43 Reserva realizada en razón del texto del artículo 171, 2º párrafo, de la Constitución Federal brasileña vigente en ese momento.

44 M. SORNARAJAH. *The International Law of Foreign Investment*, Cambridge University Press, 3 ed. Nueva York, 2010, pág. 10.

45 El artículo 2 del Protocolo establece “El término ‘inversor’ designa:

a) toda persona física que sea nacional de una de las Partes Contratantes o resida en forma permanente o se domicilie en el territorio de ésta, de conformidad con su legislación. Las disposiciones de este Protocolo no se aplicarán a las inversiones realizadas por personas físicas que sean nacionales de una contratantes en el territorio de otra Parte Contratante, si tales personas, a la fecha de la inversión, residieren en forma permanente o se domiciliaren en esta última Parte Contratante, a menos que se pruebe que los recursos referidos a estas inversiones provienen del exterior.

b) toda persona jurídica constituida de conformidad con las leyes y reglamentaciones de una Parte Contratante y que tenga su sede en el territorio de dicha Parte Contratante.

Además, el acuerdo reglamentaba las expropiaciones y sus compensaciones, previo a la aplicación de normas más favorables en el caso de otorgar un trato más favorable a las inversiones que el propio Protocolo de Colonia y estructuraba también un régimen sobre la libre transferencia de inversiones y ganancias, y un régimen de subrogación.

Estableció también un sistema de solución de controversias para resolver conflictos entre las partes contratantes⁴⁶. Este previó un sistema de consultas amistosas, conforme al cual, si en seis meses no llegaran a un acuerdo quedaría en decisión del inversor optar por algunas de las siguientes opciones, la cual sería definitiva: a) someterse a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiere realizado la inversión, o b) a arbitraje internacional, o c) al sistema permanente de solución de controversias que se establezca en el Tratado de Asunción⁴⁷.

En caso de que el inversor optare por la opción b), de someterse al arbitraje internacional, el Protocolo de Colonia previó, también a elección del inversor, las siguientes posibilidades: a) someterla al Centro Internacional de Arreglos de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), creado por el “Convenio sobre Arreglo de Controversias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados”, abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado Parte haya adherido a él. Mientras ello no ocurriera las partes contratantes podían dar su consentimiento para someterse a arbitraje según el Mecanismo Complementario del CIADI para la administración de procedimientos de conciliación, de arbitraje, o de investigación, b) a un arbitraje *ad hoc* conforme a las reglas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITARL por su sigla en inglés⁴⁸.

c) las personas jurídicas constituidas en el territorio donde se realiza la inversión, efectivamente controladas, directa o indirectamente, por personas físicas o jurídicas definidas en a) y b).

3. El término ‘ganancias’ designa todas las sumas producidas por una inversión, tales como utilidades, rentas, dividendos, intereses, regalías y otros ingresos corrientes.

4. El término ‘territorio’ designa el territorio nacional de cada Parte Contratante, incluyendo aquellas zonas marítimas adyacentes al límite exterior del mar territorial nacional, sobre el cual la Parte Contratante involucrada pueda, de conformidad con el derecho internacional, ejercer derechos soberanos o jurisdicción”.

46 Art. 9 del Protocolo de Colonia. DEC/CMC 11/93.

47 El Protocolo de Olivos de Solución de Controversias en el MERCOSUR fue suscripto el 18 de febrero del año 2002 y hasta ese momento estaba en vigencia el Protocolo de Brasilia. El T.A estableció que antes del 31 de diciembre de 1994, los Estados Partes debían adoptar un Sistema Permanente de Solución de Controversias, en virtud de lo cual, el 17 de diciembre de 1991, se suscribió el Protocolo de Brasilia (PB), para la Solución de Controversias, para el período de transición.

48 Art. 9, 4 del Protocolo de Colonia. DEC/CMC 11/93.

La construcción normativa adoptada constituía una especie de *forum shopping* que no contribuía al fortalecimiento del sistema de solución de controversias del MERCOSUR y a la consolidación de un esquema coherente de soluciones armónicas para las inversiones intrazona entre los Estados miembros de la organización regional.

Más allá de eso, el Protocolo de Colonia previó también un anexo con el que los Estados se reservaban el derecho de mantener transitoriamente excepciones limitadas al tratamiento nacional de las inversiones en materias estratégicas, tales como hidrocarburos, energía proveniente de hidroeléctricas o extracción de uranio. Brasil se reservó el derecho de mantener la excepción prevista en el artículo 171, § 2º, de su Constitución Federal respecto de las compras gubernamentales⁴⁹. Es también importante resaltar las reservas realizadas por Argentina y Brasil en relación al sector automotriz (Anexo. Ad. Art. 3 párr. 2y 4).

El Protocolo de Colonia no entró en vigencia debido a que sólo fue internalizado por Argentina⁵⁰.

2.2. Inversiones Extrazona

En el ámbito internacional se percibe gran dificultad para la celebración de tratados multilaterales o plurilaterales que reglamenten las inversiones. Ante la ausencia de estas regulaciones, los Estados han buscado la alternativa de los acuerdos bilaterales para fijar reglas de garantía al capital inversor⁵¹.

Entusiastas de los acuerdos de protección de inversiones acostumbran sostener que esos tratados constituyen uno de los caminos para la atracción de capital productivo y para una inserción mayor y de mejor calidad en el mercado global. Durante las experiencias neoliberales de América del Sur, se llegó a vislumbrar en esa estrategia de atracción de capitales extrazona, es decir, oriundos del exterior de la organización⁵², un mecanismo de promoción de la integración

49 Artículo derogado por la Enmienda Constitucional n° 6, de 1995.

50 Por la ley 24.891 de 1997.

51 Citando los tratados bilaterales celebrados entre Alemania y Paquistán y República Dominicana en 1959 y las dificultades en los marcos de la OCDE, de la OMC y del ALCA, CELLIJÚNIOR Umberto. *O impacto dos acordos de investimentos sobre os estados-membros do MERCOSUL*. In: BASSO Maristela (org). *MERCOSUL - MERCOSUR: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso*. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 533-546. p. 533.

52 Concepto de inversiones extrazona en TEPLITZCHI Eduardo, *Protección de las inversiones extranjeras en el MERCOSUR. Necesidad de consolidar el derecho comunitario mercosureño*. In: MERCOSUR y Empresas, Cuadernos de Época, N° 2, Serie Integración Económica. Buenos Aires - Madrid: Ciudad Argentina, 2002. p. 186. "In verbis": "[...] inversiones privadas directas de empresas extranjeras en el MERCOSUR."

regional⁵³.

No existen, sin embargo, evidencias concretas de que tales instrumentos promuevan un significativo aumento de la recepción de inversiones extranjeras directas. La protección conferida al capital entra, ciertamente, en el análisis de riesgo de la empresa, a pesar de factores como infraestructura, carga tributaria y estabilidad política que pueden influir mucho más en la decisión del inversor⁵⁴. La protección de las inversiones, al referirse a la posibilidad de surgimiento de conflicto futuro, entraría en el análisis de riesgo diferido y factores más inmediatos serían más determinantes en las estrategias del empresario al decidirse a invertir.

La DEC/CMC n° 11/94 aprobó el Protocolo sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Provenientes de Estados no Partes del MERCOSUR (extrazona), que tenía como finalidad armonizar los principios jurídicos generales que serían aplicados por cada uno de los Estados miembros a las inversiones provenientes del exterior del conjunto de territorios nacionales para que no se creasen diferencias que permitiesen distorsiones en el flujo de capitales. Este protocolo, conocido como Protocolo de Buenos Aires, a diferencia de lo ocurrido con el protocolo de inversiones intrazona, fue incorporado por Argentina, Paraguay y Uruguay, pero no así por Brasil, razón por la cual tampoco entró en vigencia⁵⁵.

El objetivo central del acuerdo era impedir la concesión de un tratamiento más favorable a las inversiones provenientes de fuera de la región sobre aquel establecido en su texto. La armonización en la propuesta resulta complicada de implementar en razón de la disparidad existente entre los miembros del MERCOSUR en lo que se refiere a la celebración de acuerdos de protección de inversiones. Argentina, por ejemplo, internalizó varios, acuerdos, en cambio Brasil no internalizó ninguno⁵⁶. En este sentido, Brasil acostumbra evitar establecer acuerdos

53 TEPLITZCHI Eduardo. *Protección de las inversiones extranjeras en el MERCOSUR. Necesidad de consolidar el derecho comunitario mercosureño*. In: MERCOSUR y Empresas, Cuadernos de Época, N° 2, Serie Integración Económica. Buenos Aires – Madrid: Ciudad Argentina, 2002. p. 177.

54 CELLI JÚNIOR Umberto. *O impacto dos acordos de investimentos sobre os estados-membros do MERCOSUL*. In: BASSO Maristela (org). *MERCOSUL – MERCOSUR: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso*. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 533-546. p. 545.

55 Argentina mediante la ley 24.554, Paraguay por la ley 593 y Uruguay por la ley 17.593.

56 CELLI JÚNIOR Umberto. *O impacto dos acordos de investimentos sobre os estados-membros do MERCOSUL*. In: BASSO Maristela (org). *MERCOSUL – MERCOSUR: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso*. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 533-546. p. 545. También TEPLITZCHI Eduardo. *Protección de las inversiones extranjeras en el MERCOSUR. Necesidad de consolidar el derecho comunitario mercosureño*. In: MERCOSUR y Empresas, Cuadernos de Época, N° 2, Serie Integración Económica. Buenos Aires – Madrid: Ciudad

de protección de inversiones y nunca formó parte de la Convención de Washington de 1965, adoptada e internalizada por los otros Estados del MERCOSUR⁵⁷.

En lo referente a la solución de controversias entre inversores extrazona y los Estados miembros del MERCOSUR, el Protocolo de Buenos Aires amplía los mecanismos previstos en el Protocolo de Colonia –que indicaba básicamente al CIADI y a las normas de UNCITRAL– posibilitando que las partes escojan uno entre los diversos medios para dirimir conflictos existentes en la esfera internacional⁵⁸.

En cuanto al sistema de solución de controversias previsto en el protocolo y pese al argumento de que el CIADI sea reconocido como un órgano jurisdiccional internacional especializado en la solución de conflictos sobre inversiones, consideramos que el MERCOSUR perdió interesante oportunidad de fortalecer el proceso de integración regional. Ello podría haber sido realizado, por ejemplo, por medio de la ampliación de la competencia jurisdiccional del sistema de Brasilia estableciendo, inclusive, la exclusividad de su uso para litigios entre particulares y Estados miembros del MERCOSUR que se refieran a inversiones extrazona.

Además, hubiera sido necesario ampliar la jurisdicción del sistema de solución de controversias vigente en aquel momento, y, en lo que se refiere específicamente a la exclusividad, establecer que la reglamentación existente en la región para inversiones sería sometida al órgano jurisdiccional regional, promoviendo la integración por el derecho⁵⁹.

En el MERCOSUR, entonces, las inversiones extrazona, no se someten a reglas específicas de la organización regional.

Argentina, 2002. p. 183.

⁵⁷ Argentina ratificó el acuerdo de ISCID en 1994, Paraguay en 1983 y Uruguay en el año 2000. Brasil nunca cumplió su internalización y Venezuela notificó al Banco Mundial el 24 de enero de 2012 su denuncia al tratado. Para ese entonces ya lo habían denunciado Ecuador y Bolivia.

⁵⁸ ICSID, sigla en inglés para el *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones- CIADI), creado en 1966 por la Convención Internacional e incorporado en la estructura institucional del Banco Mundial.

⁵⁹ Lamentablemente, esta no la era la postura mayoritaria en la época lo que se evidencia con la cantidad de tratados bilaterales bajo la jurisdicción del CIADI suscriptos por varios países, tal como mencionamos en el trabajo.

3. Nuevo Intento

La Resolución del GMC 20/92, que creó la Comisión de Política Monetaria y Fiscal relacionada con el Comercio dentro del subgrupo de trabajo N° 4, el mismo que formuló las recomendaciones que culminaran con la sanción del Protocolo de Colonia y el Protocolo de Buenos Aires, fue derogada por la Resolución GMC n°13/00.

Mediante la misma Resolución n°13/00, se creó, entonces, dentro de la esfera del GMC, el Subgrupo de Trabajo n°12 denominado “Inversiones”⁶⁰, cuyas atribuciones son:

- a) “Analizar las dificultades encontradas por los Estados Partes para la aprobación e implementación del Protocolo de Colonia y del Protocolo de Buenos Aires,
- b) analizar la influencia de la Inversión Intra Regional (IIR) y la Inversión Extranjera Directa (IED) sobre la reestructuración de las empresas en el mercado regional,
- c) analizar las políticas de inversiones para zonas o regiones de menor desarrollo dentro de los Estados Partes,
- d) comparar las metodologías para el relevamiento de la información estadística en los Estados Partes,
- e) elaborar informes cuatripartitos relativos a los flujos de inversión en la región,
- f) realizar un seguimiento de las negociaciones sobre Inversiones en el plano internacional, particularmente en los procesos de integración regional,
- g) coordinar las posiciones de los Estados Partes del MERCOSUR en los foros internacionales en los que participen,
- h) relevar las reglas y disciplinas generales aplicables a las inversiones en el territorio de cada uno de los Estados Partes a nivel nacional, estadual/provincial y municipal⁶¹”

⁶⁰ Los órganos que el GMC crea dentro de su estructura tienen como cometido elaborar recomendaciones para consolidar la Unión Aduanera y el Mercado Común. Es decir que estos subgrupos de trabajo están orientados en ese sentido y en especial las inversiones son vistas como modo de desarrollo regional y de afianzamiento del proceso de integración.

⁶¹ Art. 2, MERCOSUL/GMC/RES No. 13/00.

Siguiendo esa línea de pensamiento, en 2004, se aprobó la Decisión del CMC n° 32/2004 de “Acuerdo para la facilitación de actividades empresariales en el MERCOSUR” por el cual los Estados Partes se comprometieron a facilitar a los empresarios de los demás Estados Partes su establecimiento y el libre ejercicio de sus actividades empresariales. Se pensó así en la agilización de los trámites para el otorgamiento de permiso de residencia y el otorgamiento de documentos laborales y de identidad. Los Estados se comprometieron también a aplicar a las empresas de los demás Estados Partes el mismo trato que aplican a sus propias empresas en lo relativo a los trámites de inscripción, instalación y funcionamiento⁶².

Buscando consagrar facilidades para la actividad empresarial en el interior del MERCOSUR, la norma en cuestión fijó además un mecanismo especial para su entrada en vigor: para los dos primeros Estados que lo ratificasen su vigencia comenzaría 30 días después del depósito del segundo instrumento de ratificación y para los demás signatarios 30 días después del depósito de los respectivos instrumentos de ratificación en el orden en que fueron depositados. Este documento fue utilizado por el Subgrupo n°12 como base y punto de partida para elaborar las propuestas de un Acuerdo de Inversiones⁶³.

4. Panorama Actual

El panorama normativo del MERCOSUR relacionado a las inversiones fue completamente modificado en 2010 por la Decisión CMC n°30. La norma referida derogó las Decisiones CMC n° 11/93 -Protocolo de Colonia- y CMC n° 11/94 -Protocolo de Buenos Aires- y aprobó las directrices para la celebración de un acuerdo de inversiones para la región.

Instruyó, al Subgrupo de Trabajo n° 12 -de Inversiones- para que elaborase una propuesta de acuerdo para ser presentada en la última reunión ordinaria del GMC del 2011. Entre las directrices para la celebración del acuerdo fueron fijados el ámbito de aplicación que correspondería al protocolo, las obligaciones principales de las partes, las reglas de tratamiento nacional y transparencia y, aún, los límites de la reglamentación nacional.

Las negociaciones debían concentrarse, principalmente, en

62 Art. 3° del Acuerdo para la Facilitación de Actividades Empresariales en el MERCOSUR (MERCOSUR/CMC/DEC. (N° 32/04, Anexo).

63 Internalizado por Argentina (ley 26.105), Brasil (ley 18.068) y Uruguay (decreto legislativo 298). Paraguay aún no lo internalizó.

las inversiones externas directas relacionadas a bienes, esto es, en esfera mucho menos ambiciosa que la prevista en los dos protocolos derogados. Lo que sugiere, en principio, un concepto de inversiones menos abarcador que aquel previsto en los protocolos de inicio de los años 90.

Conforme a lo mencionado, la propuesta deja mayor margen de actuación y aplicación del derecho nacional de los Estados que los derogados Protocolos de Colonia y de Buenos Aires.

Se destaca como punto positivo de las directrices fijadas, la elección del sistema previsto en el Protocolo de Olivos como base a la solución de eventuales controversias.

5. Conclusiones y Perspectivas

A pesar de que es posible observar que las delegaciones de los países que componen el MERCOSUR llevan a cabo actualmente reuniones para negociar un acuerdo sobre inversiones, poco se puede inferir del estado de la propuesta en razón de la confidencialidad de las mismas⁶⁴. La demora en la presentación de resultados aparentes podría denotar cierta dificultad en la coordinación de los objetivos, pero imposible se hace una afirmación en ese sentido.

Subsisten, sin embargo, señales de avance al respecto, por ejemplo, en la inserción de temas como integración productiva y desarrollo de competitividad en los programas del Fondo para la Convergencia Estructural y Fortalecimiento Institucional del MERCOSUR -FOCEM⁶⁵; también se hacen presentes en la producción de normas secundarias regionales preocupaciones como el fortalecimiento de las pequeñas y medianas empresas, la modernización y transferencia de tecnología, e incentivos para que empresas se instalen en la región para la producción de “productos globales”, esto es, volcados al mercado mundial⁶⁶.

Las actuales políticas regionales poseen el claro objetivo de aumentar la competitividad de las empresas locales para que puedan, inclusive, invertir fuera del MERCOSUR.

A modo de síntesis podemos remarcar que, si bien es cierto que los avances en la reglamentación de las inversiones en la región no

64 MERCOSUR/SGT N° 12/ACTA 02/11, MERCOSUR/SGT N° 12/ACTA 01/11.

65 Art. 36 de la DEC CMC n° 1/10.

66 CHUDNOVSKY Daniel. *Inversión Extranjera Directa y Desarrollo: la experiencia del Mercosur*. Revista de la CEPAL 92, agosto de 2007.

fueron consistentes en los últimos años como tampoco la coordinación de posiciones ante sobre la materia ante foros internacionales, datos de la CEPAL muestran un continuo crecimiento en el volumen de recursos directos aplicados por empresas locales en el espacio extraregional. En ese sentido, se percibe que cada vez más empresas locales invierten fuera del MERCOSUR, principalmente en países vecinos de la región. También, y no obstante la ausencia de reglamentación regional, se vislumbra un panorama alentador en la recepción de inversiones, aunque las destinadas a industrias de alto contenido tecnológico o de investigación y desarrollo siguen representando porcentajes menores de los recursos directos que recibe América Latina⁶⁷.

En lo que se refiere a la solución de controversias, el sistema de Olivos debería ser mejor aprovechado y ampliado para abarcar, también, cuestiones de inversiones. El Tribunal Permanente de Revisión, órgano arbitral permanente de la organización regional, podría, por ejemplo, tener su competencia de actuación expandida e incorporar, además de la interpretación de las normas del MERCOSUR, la solución de controversias sobre inversiones entre Estados miembros, asociados e, incluso, inversores⁶⁸.

Considerando la inminente reforma que promoverá la entrada en vigor del Protocolo Modificatorio del Protocolo de Olivos – conocido como Olivos II, el que exigirá no sólo la reestructuración del TPR, sino también de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión -ST, los Estados que componen el MERCOSUR van a estar frente a la gran oportunidad para la creación de un sistema definitivo de solución de controversias para la organización. Un sistema que incluya, por ejemplo, la solución de cuestiones relacionadas a inversiones⁶⁹.

En el ámbito regional más ampliado, la Unión de las Naciones

⁶⁷ Informe de la CEPAL. *La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe 2011*, p 12.

⁶⁸ La MERCOSUR/CMC/DEC. N° 49/10 sobre “Propuesta MERCOSUR de Régimen de Solución de Controversias para los Acuerdos celebrados entre el MERCOSUR y los Estados Asociados en el ámbito del MERCOSUR” con relación a la interpretación, aplicación o incumplimiento de las disposiciones contenidas en los acuerdos internacionales celebrados entre el MERCOSUR y uno o más Estados Asociados, emanados de las Reuniones de Ministros del MERCOSUR, a que se refiere el artículo 3 de la DEC CMC N° 02/02, sus modificatorias y complementarias. Dicho régimen podrá aplicarse, por acuerdo de Partes, a otros acuerdos internacionales que se celebren entre el MERCOSUR y los Estados Asociados. – El régimen a ser negociado no se aplicará a las controversias relacionadas con las materias contempladas en los respectivos Acuerdos de Complementación Económica. Además instruyó al GMC para que, con el apoyo técnico del SGT N° 2, en base a los lineamientos establecidos en la presente Decisión y a la propuesta que figura como Anexo, propicie el inicio de las negociaciones respectivas con los Estados Asociados antes del mes de junio de 2011, a fin de acordar un régimen de solución de controversias entre el MERCOSUR y los Estados Asociados.

⁶⁹ Protocolo Modificatorio del Protocolo de Olivos.

Suramericanas –UNASUR– analiza actualmente el proyecto de Protocolo Constitutivo del Centro de Mediación y Arbitraje en Materia de Inversiones.

En ese sentido, cabe recordar la MERCOSUR/CMC/DEC n° 24/12 sobre Complementación y Articulación MERCOSUR–UNASUR, que establece, en su artículo 1°, la necesidad de “impulsar la articulación y complementación de políticas, acuerdos y compromisos asumidos en el FCCP y en las Reuniones de Ministros y/o Reuniones Especializadas del MERCOSUR cuyo seguimiento efectúa el FCCP, con las iniciativas de similar contenido desarrolladas en la UNASUR, a fin de optimizar los recursos, evitar la superposición de tareas y potenciar los esfuerzos desplegados en los esquemas de integración en América del Sur”⁷⁰.

A pesar de que el foro de la UNASUR pueda surgir como alternativa, creemos que un sistema de solución de controversias relacionadas a inversiones para el MERCOSUR que prevea expresamente el acceso a otros esquemas de resolución de conflictos –como el de la OMC, no pareciera tener sentido como tampoco la creación de nueva esfera de competencia jurisdiccional para juzgar cuestiones previstas en las atribuciones de estructuras ya instaladas, como la regida por el Protocolo de Olivos⁷¹. En términos prácticos –más instrumentales– un avance en ese sentido, de aprovechamiento de las capacidades instaladas, se dio con la aprobación de la Decisión CMC n° 02/12, “Normas de Procedimiento para la Actuación del MERCOSUR en Controversias Derivadas de Acuerdos Comerciales con Terceros Países o Grupos de Países”, que previó la formación de un “Grupo Ad Hoc de Acompañamiento de la Controversia” que puede solicitar el apoyo logístico de la ST⁷².

En fin, las controversias surgidas en un espacio regional menor deben ser resueltas por su propio sistema de solución de conflictos. La solución endógena puede garantizar mayor seguridad y coherencia al orden normativo específico. La facultad de elección de foro por la parte demandante, como está establecido en el Protocolo de Olivos, puede, en

70 FCCP - Foro de Consulta y Concertación Política del MERCOSUR y Estados Asociados.

71 ACE 35 y el ACE 36, disponen la opción de foro en controversias originadas por dumping y subsidios; el G-3 (Colombia, México, Venezuela); los bilaterales México- Uruguay; Canadá-Chile; Centroamérica-Chile; México- Triángulo Norte (El Salvador, Guatemala, Honduras); y el Proyecto sobre Solución de Controversias de la ALADI de 1999. BRITTI María Soledad. 2009. *La opción de foro en el sistema de solución de controversias del Mercosur*, Edición electrónica gratuita. Texto disponible en www.eumed.net/libros/2009a/516/. BOLDORINI María Cristina. *Protocolo de Olivos, Innovaciones en el Sistema de Solución de Controversias del Mercosur*. Disponible en: <<http://www.iadb.org/intal/intalcdi/catalogo.aspx>>.

72 Prevé la propia norma que esta decisión no necesita ser incorporada al ordenamiento jurídico de los Estados Partes por reglamentar aspectos de la organización o del funcionamiento del MERCOSUR. Para acuerdos de libre comercio o preferencia arancelaria. Art. 3.3 de la MERCOSUR DEC. CMC n°2-2012.

verdad, convertirse en objeto de maniobras indeseables o de distorsiones incompatibles con los objetivos estrictos de un régimen internacional de solución de controversias⁷³.

En el mismo sentido, esas opciones de recurrir a espacios externos al de la organización regional, previstos anteriormente también en los protocolos de inversiones derogados, son absolutamente contrarios a la armonización del derecho del MERCOSUR.

El ámbito natural de solución de controversias en el MERCOSUR es, así, el propio sistema del MERCOSUR y la producción de normas regionales debe tener esa vocación natural en cuenta cuando trate de inversiones.

Referencias bibliográficas

ANDRESON Kym; BLACKHURST Richard (1994) *Regional integration and the global trading system*. Nova York: Harvester Wheatscheaf.

BAPTISTA Luiz Olavo (1998) *O MERCOSUL, suas instituições e ordenamento jurídico*. São Paulo: Ltr.

BARRAL Welber (2000) *O Brasil e a OMC: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais*. Florianópolis: Diploma Legal.

BASSO Maristela(1994) “MERCOSUL: os limites entre o direito internacional e o direito da integração” *In: Estudos Jurídicos*, 27,(71), Setembro/Dezembro 1994.

BOLDORINI María Cristina (2006) *Protocolo de Olivos: innovaciones en el Sistema de Solución de Controversias del Mercosur* [online] disponible en <<http://www.iadb.org/intal/intalcdi/catalogo.aspx>>.

BRITTI Maria Soledad (2009) *La opción de foro en el sistema de solución de controversias del Mercosur* [online] disponible en: <<http://www.eumed.net/libros-gratis/2009a/516/indice.htm>>.

CAETANO Gerardo (2006) *Parlamento Regional y Sociedad Civil en el Proceso de Integración ¿Una nueva oportunidad para otro Mercosur?*

73 PUCEIRO RIPOLL Roberto. “El Protocolo de Olivos: Sus Reformas Esenciales y su significado en el Régimen de Solución de Controversias del MERCOSUR” *In: BRASIL. CÁMARA DOS DEPUTADOS Solução de controvérsias*. Brasília: Câmara dos Deputados do Brasil, 2003. Texto disponible en <http://www.iadb.org/intal/intalcdi/integ/integ1B.asp?sub_base=INTEG&az=1&za=1&desc=%22PROTOCOLO%20DE%20OLIVOS%22&orden=aniOD&desc_tipo=and&origen=A&clase=M1>

Montevideo: Friedrich Ebert Stiftung.

CASELLA Paulo Borba (1998) “MERCOSUL: situação e oposição política interna e a construção da integração regional” In: *Diário Comércio & Indústria*, 13 de agosto de 1998.

CELLI JÚNIOR Umberto (2007) “O impacto dos acordos de investimentos sobre os estados-membros do MERCOSUL” In: BASSO Maristela (org) *MERCOSUL – MERCOSUR: estudos em homenagem a Fernando Henrique Cardoso*. São Paulo: Atlas.

CHUDNOVSKY Daniel (2007) “Inversión Extranjera Directa y Desarrollo: la experiencia del Mercosur” *Revista de la CEPAL* (92).

CHUDNOVSKY Daniel y LÓPEZ Andrés (2001) “Las políticas de promoción de inversiones extranjeras en el MERCOSUR”, en CHUDNOVSKY & FANELLI *El Desafío de integrarse para crecer*, Buenos Aires: Siglo XXI.

CZAR DE ZALDUENDO Susana (2010) “Integración: Nociones Generales. Integración Económica e Integración Regional” en NEGRO Sandra (dir) *Derecho de la Integración*. Montevideo: Editorial B de F.

DALLA VIA Alberto Ricardo (1999) *Derecho constitucional económico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

ETCHEVERRY Raul Aníbal (2001) *MERCOSUR negocios y empresas*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.

FAUSTO Boris, DEVOTO Fernando J. (2004) *Brasil e Argentina: um ensaio de história comparada (1850-2002)*. São Paulo: Editora 34.

JACKSON John Howard (2006) *Sovereignty, the WTO, and changing fundamentals of international law*. New York: Cambridge University Press.

LAFER Celso (1997) “A OMC face à globalização e à regionalização” In: *Política Externa* 6(2), out./nov.1997, p.83-93.

LIQUIDATO Vera Lúcia Viegas (2006) “Direito internacional público e direito da integração: desafios atuais” In: CASELLA Paulo Borba. (coord) *Direito de integração*. São Paulo: Quartier Latin.

MELLADO Noemí (coord) (2007) *Cooperación y Conflicto en el*

Mercosur. Cap. I, Mercosur convergencias y divergencias. Córdoba: M.E.L Editor.

MERCADANTE Araminta de Azevedo (1971) “Os aspectos institucionais da integração latino-americana” *In: Revista de Informação Legislativa*, Abril-Junho, 1971

OLIVEIRA Odete Maria de (2000) “Regionalismo” *In: BARRAL Welber O Brasil e a OMC: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais.* Florianópolis: Diploma Legal.

PABST Haroldo (1998) *MERCOSUL: direito da integração.* Rio de Janeiro: Forense.

PUCEIRO RIPOLL Roberto (2003) “El Protocolo de Olivos: Sus Reformas Esenciales y su significado en el Régimen de Solución de Controversias del MERCOSUR” *In: BRASIL. CÁMARA DOS DEPUTADOS Solução de controvérsias.* Brasília: Câmara dos Deputados do Brasil [online] disponible en <http://www.iadb.org/intal/intalcdi/integ/integ1B.asp?sub_base=INTEG&az=1&za=1&desc=%22PROTOCOLO%20DE%20OLIVOS%22&orden=anioD&desc_tipo=and&origen=A&clase=M1>

RUDOLF DOLZER & CHRISTOPH SCHREUER (2008) *Principles of International Investment Law.* New York: Oxford University Press.

SCHULZ Michael, SÖDERBAUM Fredrik, ÖJENDAL Joakim (2001) *Regionalization in a globalizing world.* London e Nova Iorque: Zed Books.

SCOTTI Luciana (2010) “El Derecho de la Integración el Mercosur” *En: NEGRO Sandra (dir) Derecho de la Integración: manual.* Buenos Aires: B de F.

SHAW Malcolm N. (2003) *International law.* Cambridge: Cambridge University Press.

SOARES Guido Fernando Silva (1995) “A compatibilização da ALADI e do MERCOSUL com o GATT” *In: São Paulo em Perspectiva – Revista da Fundação SEADE* 9(1), jan-mar, 1995.

TEPLITZCHI Eduardo (2002) “Protección de las inversiones extranjeras en el MERCOSUR. Necesidad de consolidar el derecho comunitario mercosureño” *In: MERCOSUR y Empresas.* Buenos Aires – Madrid: Ciudad Argentina. (Cuadrenos de Época, N° 2, Serie Integración

Económica)

VELASCO Manuel Diez (1997) *Las Organizaciones Internacionales*. 10ª ed. Madrid: Editorial Tecnos.