

## **MERCOSUR Y LOS PROTOCOLOS DE COLONIA Y DE BUENOS AIRES: UNA TENTATIVA DE ACUERDOS SUBREGIONALES DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES.**

M<sup>a</sup> ÁNGELES CANO LINARES

Prof. Dra. Derecho Internacional Público y RR.II. Universidad Rey Juan Carlos.

La liberalización del comercio internacional, el aumento de la competencia en los mercados, la masiva emergencia de flujos financieros transfronterizos y la expansión de las inversiones extranjeras directas son algunos de los rasgos del fenómeno globalizador que caracteriza a la sociedad internacional del tiempo presente. Sin embargo, ni la mundialización ni el crecimiento económico mundial han conseguido, de momento, reducir la pobreza extrema ni la marginalidad.

En cambio, la consideración de las inversiones extranjeras como motor económico ha generado un creciente interés de los Estados por atraerlas, tanto a nivel individual como en sus diferentes fórmulas de cooperación institucionalizada. Históricamente las relaciones predominantes de los países de América Latina y el Caribe han sido las bilaterales con países desarrollados, mientras que las vinculaciones recíprocas dentro de la región eran secundarias. Sin embargo, en la última década del siglo XX, sin renunciar a la fuerte relación con Estados Unidos y Europa, se intensificó el comercio intrarregional y crecieron las inversiones recíprocas.

Así, bajo el principio fundamental de no discriminación entre inversiones extranjeras y nacionales, en América Latina y el Caribe han proliferado los tratados bilaterales y multilaterales de protección de inversiones al tiempo que se ha abordado el tratamiento regional y subregional de la materia. Además, en la región está perdiendo vigor la tesis tradicional conocida como doctrina Calvo, por la que el inversor extranjero debía recurrir exclusivamente a los tribunales de justicia del país receptor de la inversión y someterse a su legislación, y han crecido los supuestos en los que se acepta el arbitraje internacional o la jurisdicción de los tribunales del Estado origen de la inversión.

Una manifestación de este creciente interés por atraer inversiones extranjeras viene dada por las diferentes normas aprobadas, en el marco de varios de los procesos

de integración de la zona, para unificar el tratamiento de dichas inversiones, buscando una liberalización del régimen de las mismas y la consecuente protección del inversor extranjero similar a la realizada por la normativa de la Unión Europea.

Es el caso por ejemplo, de la regulación establecida en Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte o del Tratado de Libre Comercio suscrito por Colombia, México y Venezuela el 13 de junio de 1994, conocido como el Grupo de los Tres, que establecen normas análogas a las de los acuerdos bilaterales de promoción y protección a la inversión, acerca del trato nacional y a la nación más favorecida, la no exigencia de requisitos de desempeño, sectores reservados, expropiación y compensación, transferencias y solución de controversias.

Otras manifestaciones en este sentido son ciertos acuerdos de alcance parcial de complementación económica suscritos en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (Tratado de Montevideo, suscrito el 12 de agosto de 1980 por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela) cuyo objetivo, a largo plazo, es lograr el establecimiento, en forma gradual y progresiva, de un mercado común latinoamericano. Estos acuerdos de complementación económica, que responden a los objetivos complementarios de la ALADI de promoción y regulación del comercio recíproco, de complementación económica y de desarrollo de las acciones de cooperación que coadyuven a la ampliación de los mercados, incluyen cláusulas sobre el tratamiento de las inversiones pero que se limitan, por lo general, a enunciar el principio de promoción y facilitación de las inversiones recíprocas y, en ocasiones, a establecer convenios sobre doble tributación.

Tampoco el Área de Libre Comercio de las Américas, ALCA, proceso que se sumó a los esfuerzos por unir las economías de toda América en una sola área de libre comercio, descuidó las inversiones extranjeras y ya desde la Declaración de San José, tras la Cuarta Reunión de Ministros de Comercio en marzo de 1998, se fijó el objetivo de establecer un marco jurídico justo y transparente que promoviera la inversión a través de la creación de un ambiente estable y previsible que protegiera al inversionista, su inversión y los flujos relacionados, sin crear obstáculos a las inversiones provenientes de fuera del Hemisferio.

Tras la creación de la Comunidad del Caribe y el Mercado Común del Caribe, CARICOM, por el Tratado de Chaguaramas de 4 de julio de 1973, su máximo órgano, la Conferencia de los Jefes de Gobierno acordó en 1982 los Principios y Directrices sobre Inversión Extranjera. Además de los acuerdos antes mencionados suscritos durante los noventa, este estudio también cubre el régimen de inversiones extranjeras del CARICOM. Además de las disposiciones sobre esta materia del Tratado de Chaguaramas que estableció la Comunidad del Caribe y el Mercado Común del Caribe el 4 de julio de 1973, a favor de sus Estados miembros menos desarrollados, la Conferencia Jefes de Gobierno del CARICOM aprobó, en 1982, un conjunto de Principios y Directrices sobre Inversión Extranjera, algunas de las cuales se incorporan en el texto revisado del Tratado de 2001.

En la Comunidad Andina, la Decisión nº 291 de 1991, sobre el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías, sigue, en general, normas de liberalización de la inversión. Distingue entre inversores nacionales, subregionales y extranjeros pero sin otorgar privilegios al inversor de la Comunidad Andina con respecto al de terceros países. Se aplica asimismo el Régimen Uniforme para Empresas Multilaterales Andinas, modificado por la Decisión nº 292 de 1991, que tiende a igualar su tratamiento con el de las empresas nacionales de los países miembros de la Comunidad Andina.

Por su parte, el Tratado de Asunción, firmado el 26 de marzo de 1991 por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, con el objeto de integración económica y de establecer un mercado común, denominado Mercado Común del Sur (MERCOSUR), no contiene ninguna disposición relativa directamente a las inversiones extranjeras aunque entre sus propósitos se encuentra el de alcanzar la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de cualquier otra medida equivalente y el compromiso de los Estados parte de armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes.

La necesidad de un régimen jurídico común que garantizase los derechos de los inversores extranjeros en el espacio integrado del MERCOSUR y que facilitase por tanto la efectiva libre circulación de capitales en la zona llevó a los Estados parte a

aprobar un nuevo instrumento internacional que se integra en el Tratado de Asunción. Así, la adhesión por parte de un Estado al Tratado constitutivo del MERCOSUR implicará *ipso jure* la adhesión al Protocolo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR

El referido Protocolo está destinado a regular exclusivamente las inversiones internacionales de carácter intra-comunitario, a promover y proteger las inversiones entre los Estados parte, estableciendo para los inversores del MERCOSUR un tratamiento no menos favorable que el concedido a los inversionistas nacionales o a las inversiones provenientes de terceros países.

Este instrumento jurídico es el resultado de un proceso que se inició al año siguiente del nacimiento de la organización. Así, por Decisión 20/92 del Grupo del Mercado Común, el órgano ejecutivo y con facultad de decisión previsto en la estructura institucional originaria, ampliada por el Protocolo de Ouro Porto de 15 de diciembre de 1995) se creó, dentro del Subgrupo IV, el de Asuntos Financieros, una Comisión Técnica para la Promoción y Protección de Inversiones encargada de elaborar un instrumento sobre esta materia. El documento resultante fue, a su vez, objeto de la Decisión nº 11/93 del Consejo del Mercado Común, máximo órgano responsable de la adopción de las decisiones necesarias para garantizar el cumplimiento de los objetivos y plazos establecidos para la constitución del mismo.

Finalmente, el 17 de enero de 1994, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay suscribieron, en la ciudad uruguaya de Colonia de Sacramento, el Protocolo al Tratado de Asunción para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR.

El fin de este acuerdo restringido es el de crear las condiciones favorables para las inversiones de inversores de una de las Partes Contratantes en el territorio de otra Parte Contratante, intensificar la cooperación económica y acelerar el proceso de integración entre los cuatro países en el entendimiento que la promoción y la protección de tales inversiones sobre la base de un acuerdo contribuirá a estimular la iniciativa económica individual e incrementará la prosperidad en los cuatro Estados.

El texto consta exclusivamente de 12 artículos y un Anexo con 4 disposiciones relativas a ciertas excepciones transitoriamente autorizadas.

Siguiendo la tendencia actual de no establecer diferencias en la protección de la inversión extranjera directa y la inversión de cartera debido a la semejanza de los riesgos asumidos, el Protocolo de Colonia recurre a la aproximación basada en los activos para la definición de inversión. Así, de acuerdo con su artículo 1.1 se establece que se considera inversión “cualquier tipos de activo”, invertido directa o indirectamente por inversores de una de las Partes Contratantes en el territorio de otra de las Partes Contratantes. Esta definición general se complementa con la correspondiente lista no excluyente que comprende la propiedad sobre bienes muebles e inmuebles y otros derechos reales como hipotecas, cauciones y derechos de prenda; acciones, cuotas societarias y cualquier otro tipo de participación en sociedades; títulos de créditos y derechos a prestaciones que tengan un valor económico; los préstamos estarán incluidos solamente cuando estén directamente vinculados a una inversión específica; derechos de propiedad intelectual o inmaterial incluyendo derechos de autor, patentes, diseños industriales, marcas, nombres comerciales, procedimientos técnicos y know-how; concesiones económicas por ley o por contrato, incluyendo las concesiones para la prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales. El alcance de esta amplia definición de inversión es limitada con la referencia a las leyes internas del país anfitrión o huésped de la inversión.

Respecto al concepto de inversor, si bien en algunos acuerdos se hace exclusivamente referencia a nacionales y empresas o simplemente nacionales, omitiéndose la distinción entre personas físicas y jurídicas, el Protocolo distingue entre estas dos categorías de inversores, exigiendo para ambas el requisito de la nacionalidad. En el caso de las personas físicas, han de ser nacionales, o tener residencia permanente o estar domiciliado en el territorio de uno de los Estados parte de acuerdo con su legislación, quedando excluidas las inversiones realizadas por personas físicas nacionales de un Estado pero residentes permanentes en el Estado huésped de la inversión salvo prueba de la externalidad de los recursos de la inversión. Para que las personas jurídicas tengan la consideración de inversores se exige su constitución conforme a la legislación de un Estado parte, con sede en el territorio del mismo

aceptándose también como inversor las personas jurídicas constituidas en el territorio donde se realiza la inversión pero efectivamente controladas, directa o indirectamente, por las anteriores o por personas físicas que reúnen las exigencias para ser considerados inversores.

Se definen asimismo las ganancias, en sentido amplio, y la consideración de territorio estatal como aquel sometido a la soberanía estatal o sobre el que se ejerce jurisdicción conforme al derecho internacional.

No se establecen limitaciones de carácter temporal en cuanto a las inversiones sujetas al mismo pudiendo aplicarse a las realizadas con anterioridad a su entrada en vigor aunque el artículo 10 excluye la aplicación del Protocolo a las controversias surgidas con anterioridad a su entrada en vigor, lo que implica un cierto grado de retroactividad.

Todo el acuerdo se basa en la liberalización y acceso a los mercados, estableciendo el trato nacional y el trato de nación más favorecida que impide la discriminación entre nacionales y extranjeros y entre extranjeros. No obstante, el mismo artículo 2 autoriza a los Estados a establecer, con carácter transitorio, determinadas excepciones al tratamiento nacional de las inversiones de inversores de las otras Partes Contratantes en diferentes sectores, recogidas en el Anexo del Protocolo. En éste, se plasma también el compromiso de los Estados de hacer todos los esfuerzos posibles por eliminar dichas excepciones en el más breve plazo posible, a los efectos de permitir la plena conformación del Mercado Común del Sur, de conformidad con lo previsto en el Artículo 1 del Tratado de Asunción. Además, las Partes Contratantes habrán de realizar reuniones semestrales a fin de efectuar el seguimiento del proceso de eliminación de tales excepciones.

En cuanto al nivel mínimo de trato, se asegura a las inversiones realizadas por inversionistas de una Parte en el territorio de otra Parte Contratante que recibirán en todo momento un tratamiento justo y equitativo y que disfrutarán de plena protección y seguridad conforme al derecho internacional.

Las medidas de nacionalización, expropiación o similares no están permitidas salvo por razones de utilidad pública, con base no discriminatoria y ajustadas a la ley, e irán en todo caso acompañadas de la debida compensación previa por el valor real de la inversión en el momento de la nacionalización generando intereses hasta la fecha de pago. El mismo criterio de no discriminación entre inversores nacionales y extranjeros se aplica a los supuestos de pérdidas debidas a conflicto armado en sentido amplio o a situaciones de emergencia. El trato nacional rige así para las posibles restituciones, indemnizaciones, compensaciones u otro tipo de resarcimiento.

Se garantiza igualmente la libertad de transferencias de las inversiones y ganancias y se asegura que cuando las disposiciones de la legislación de uno de los Estados Parte o las obligaciones de derecho internacional existentes o que se establezcan en el futuro o en un acuerdo entre un inversor de una Parte y el Estado en cuyo territorio se realizó la inversión, contengan normas que otorguen a las inversiones un trato más favorable que el que se establece en el Protocolo, estas normas prevalecerán en la medida en que sean más favorables. (Artículo 7 del Protocolo de Colonia).

Finalmente, se contemplan diferentes mecanismos de solución de controversias para el supuesto de las controversias entre los Estados parte y el de las controversias entre inversores y Estado huésped de la inversión. Para las primeras se establece el recurso a los procedimientos de solución de controversias establecidos por el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias del 17 de diciembre de 1991 o al Sistema que, eventualmente, se pudiera establecer como sustituto en el marco del Tratado de Asunción. Para las segundas, controversias entre inversores y Estado huésped de la inversión, prima la solución amistosa y, en su defecto transcurrido un plazo de seis meses, la diferencia podrá dirimirse por alguno de los procedimientos previstos, a elección del inversor. Se trata de una elección única y de carácter definitivo entre los tribunales competentes del lugar de la inversión; el arbitraje internacional (bien ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.) o un tribunal de arbitraje *ad hoc* establecido de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional o, finalmente, el

sistema permanente de solución de controversias con particulares que, eventualmente, se pueda establecer en el marco del Tratado de Asunción.

Sin embargo, como se ha señalado, el rasgo más significativo del Protocolo de Colonia es que su objeto se limita a las inversiones intra-comunitarias, es decir, aquellas realizadas entre los Estados miembros del MERCOSUR. Ello comportó, de forma casi inmediata, la necesidad de una norma común que armonizara los principios jurídicos generales a aplicar en su ámbito extra-comunitario y que estableciera, por tanto, criterios comunes de promoción y protección de los intereses de cada uno de sus Miembros en relación con los terceros Estados. Esta laguna fue cubierta con la adopción del Protocolo de Buenos Aires, llamado igualmente a conformarse como derecho originario al estar expresamente previsto que pase a formar parte del Tratado de Asunción.

A pesar de algunas diferencias significativas entre los Protocolos de Buenos Aires y de Colonia se aprecia un claro paralelismo entre ambos. Así, el de Buenos Aires se configura expresamente como garante de un nivel mínimo de protección de las inversiones procedentes de Terceros Estados y busca establecer un tratamiento general de las inversiones extranjeras que es recogido en su artículo 2. Impone, además, a los Estados Parte una obligación específica, la de intercambiar información sobre las negociaciones futuras y las que se hallaren en curso sobre convenios de promoción y protección recíproca de inversiones con Terceros Estados. Ésta se complementa con el compromiso de consulta previa sobre toda modificación sustancial al tratamiento general convenido en el Protocolo. A tales efectos, el Protocolo prevé que el órgano ejecutivo del MERCOSUR se ocupe de las consultas e informaciones referidas al tema.

Salvada esta diferencia de planteamiento y la dispar estructura de ambos textos (el Protocolo de Buenos Aires consta exclusivamente de cuatro artículos), el tratamiento general establecido es sustancialmente similar. Ambos recurren a un mismo criterio de definición de inversión e inversor. Coinciden asimismo en el concepto de ganancias y en de territorio.

No obstante, aunque se establecen con idéntica formulación los principios de trato nacional y de nación más favorecida, éste último es expresamente limitado al no

extenderse a los inversores de Terceros Estados los beneficios de cualquier tratamiento, preferencia o privilegio resultante de su participación o asociación en una zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común, o acuerdo regional similar o acuerdo internacional relativo a cuestiones impositivas (artículo 2, C.3).

Por otro lado, está previsto igualmente en el Protocolo de Buenos Aires que las medidas de nacionalización, expropiación o efecto equivalente solo puedan ser adoptadas con los mismos requisitos de utilidad pública o interés social, sobre base no discriminatoria, bajo el debido proceso legal y con compensación, justa, adecuada, pronta y pronta. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con el Protocolo de Colonia, en este caso se regula de forma menos garantista esta compensación al limitarse a señalar que su monto corresponderá al valor de la inversión expropiada, sin especificar ningún otro criterio. En cambio, existe similitud en el tratamiento de las pérdidas en los supuestos de conflictos armados y asimilados.

En lo relativo a la solución de controversias, las surgidas entre un Estado parte y un Tercer Estado respecto a la interpretación o aplicación del Convenio que celebren serán resueltas por la vía diplomática y, en caso de fracaso sometidas al arbitraje internacional. Es de lamentar que, a diferencia del Protocolo de Colonia, para abrir la vía al arbitraje internacional no se determine el plazo. El recurrir a un concepto indeterminado como es el de plazo prudencial puede dificultar el recurso a este procedimiento.

En cuanto a la solución de las controversias entre un particular, inversor de un Tercer Estado y el Estado receptor de la inversión, se establece, en primer lugar, el recurso a las consultas amistosas. Si éstas fracasan en un plazo prudencial que tampoco es fijado (frente a los seis meses establecidos en el Protocolo de Colonia), el inversor podrá elegir someter el asunto a los tribunales competentes del Estado de la inversión o al arbitraje internacional (bien *ad hoc* o ante una institución internacional de arbitraje). Dicha elección es definitiva. Por lo demás, existe una clara similitud en cuanto a las reglas previstas para el procedimiento arbitral, el derecho aplicable y el carácter definitivo y obligatorio del laudo, ejecutándose de acuerdo con la legislación estatal.

Sin embargo, pese a todo el interés expresado por los Estados y la adopción de ambos instrumentos jurídicos, ninguno de los dos Protocolos ha entrado todavía en vigor pese al tiempo transcurrido desde sus respectivas firmas. Así, frente a la completa ausencia de ratificaciones del Protocolo de Colonia, el de Buenos Aires depende exclusivamente de la de Brasil.

Por ello, de momento, el esfuerzo de elaborar unos acuerdos, con estructura similar a los bilaterales de promoción y protección de inversiones, con cláusulas adaptadas al ámbito subregional no ha contribuido a alcanzar los objetivos perseguidos por el Tratado de Asunción y sus Protocolos modificativos. Aún cuando las inversiones extranjeras han de ser área prioritaria de armonización en todo proceso de integración regional que tenga por objetivo constituirse en un mercado común, en MERCOSUR los Estados siguen compitiendo en solitario por activar sus economías, tratando, cada uno de forma independiente, de hacer más atractivas las deseadas inversiones extranjeras.