

A PROPÓSITO DE LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS EN EL MERCOSUR

Leonardo Granato¹ y Nahuel Oddone²

RESUMO

Os Processos de Integração Econômica, e em particular aqueles que adotam a modalidade de um mercado comum, como é o objetivo do MERCOSUL, se caracterizam, entre outros aspectos, pela livre circulação de capitais. Os investimentos induzidos pelo MERCOSUL podem se classificar em investimentos extra-zona e intra-zona. Em todos os casos, a segurança jurídica e a estabilidade das regras do jogo são essenciais para estimular a realização de tais inversões. O objetivo deste trabalho é apresentar brevemente os instrumentos surgidos no âmbito do MERCOSUL para a regulação dos IED, analisando sua natureza jurídica e efeitos; repassando finalmente de forma geral sobre seu respectivo protocolo.

Palavras Chave: Regulação – Investimentos Estrangeiros – Protocolo de Colônia – Protocolo de Buenos Aires – MERCOSUL

ABSTRACT

The Economic Integration Processes, particularly those set up by the MERCOSUR as an area of Common Market, are characterized by the Free Movement of Capital. This is a necessary formal requirement regarding the Liberalisation of Capital Markets. These kinds of processes were only to take place in order to ensure the proper functioning of the Common Market.

The investments performed in MERCOSUR can be classified according to the way in which the investment has been made: extra-area or intra-area. Legal security and the stability of the “game rules” are essential to stimulate the realization of such investments.

The objective of this work is to explore how the instruments -developed in the regional agreement of MERCOSUR- have been made to regulate Foreign Direct Investment, analyzing its legal nature and effects; and finally reviewing its respective protocol articulated in a general way.

¹ Abogado por la Universidad de Belgrano (Argentina). Master en Derecho de la Integración Económica por la Universidad del Salvador (Argentina), en convenio con la Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (Francia). Profesor del curso “IED y protección del inversor” correspondiente al Master en Integración Económica Global y Regional que imparte la Universidad Internacional de Andalucía a través del Parque Tecnológico de Málaga (España). Coordinador del Área de Derecho Internacional del Centro Argentino de Estudios Internacionales. Contacto: granato.leonardo@gmail.com

² Licenciado en Relaciones Internacionales por la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (Argentina). Master en Derecho de la Integración Económica por la Universidad del Salvador (Argentina), en convenio con la Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (Francia). Posgraduado en Regulación y Control de la Economía, Universidad del Salvador (Argentina), en convenio con la Universidad Complutense de Madrid (España). Profesor invitado de "Notions of contracts applied to International Transactions" del Master Europeo di II Livello in Lingue Straniere applicate al Commercio Internazionale de la Università degli Studi di Parma, Italia. Coordinador del Área de Integración Regional del Centro Argentino de Estudios Internacionales. Contacto: oddone.nahuel@gmail.com

Key words: Regulation – Foreign Investments – Protocol of Colonia – Protocol of Buenos Aires – MERCOSUR

RESUMEN:

Los procesos de integración económica, y en particular aquellos que adoptan la modalidad de un mercado común, como es el objetivo del MERCOSUR, se caracterizan, entre otros aspectos, por la libre circulación de capitales. Las inversiones inducidas por el MERCOSUR pueden clasificarse en inversiones extra-zona e inversiones intra-zona. En todos los casos, la seguridad jurídica y la estabilidad de las reglas de juego son esenciales para estimular la realización de tales inversiones. El objetivo de este trabajo es presentar brevemente los instrumentos surgidos en el ámbito del MERCOSUR para la regulación de la IED, analizando su naturaleza jurídica y efectos; repasando finalmente de forma general sus respectivos articulados.

Palabras Clave: Regulación – Inversiones Extranjeras – Protocolo de Colonia – Protocolo de Buenos Aires – MERCOSUR

SUMARIO

1. Introducción

2. MERCOSUR e Inversiones Extranjeras

3. Los instrumentos de regulación de las Inversiones Extranjeras en el MERCOSUR

4. Naturaleza jurídica y efectos de los Protocolos de Colonia y de Buenos Aires

5. Análisis del contenido de los Protocolos de Colonia y de Buenos Aires

5.1 El Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR

5.2 Protocolo sobre la Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados no Partes del MERCOSUR

6. Conclusiones

7. Referencias

1. Introducción

Los procesos de integración económica, y en particular aquellos que adoptan la modalidad de un mercado común, como es el objetivo del MERCOSUR, se caracterizan, entre otros aspectos, por la libre circulación de capitales.

Estos procesos de integración económica, en tanto implican la coordinación de diversas políticas, generan un plexo de normas y estructuras institucionales tendientes a restablecer entre sus miembros un sistema de solidaridad en el desarrollo económico y social de cada Estado integrante, a través homogeneización de su legislación y la adopción de medidas concretas que faciliten la circulación de personas, capitales, bienes y servicios en el ámbito integrado y la adopción de políticas comunes frente a terceros países³.

La cuestión de la acumulación de capital merece siempre consideraciones especiales. Las inversiones inducidas por el MERCOSUR pueden clasificarse en: inversiones extra-zona (correspondientes a las inversiones directas de personas físicas o jurídicas) e inversiones intra-zona.

Éstas últimas abarcan, por un parte, las que tales personas realizan en cada uno de los países con vistas al mercado regional y, por otra, las inversiones directas de inversores radicados en uno de los países miembros del MERCOSUR realizadas en otro de ellos, incluyendo el caso de las empresas conjuntas⁴. En todos los casos, la seguridad jurídica y la estabilidad de las reglas de juego son esenciales para estimular la realización de las inversiones inducidas por el MERCOSUR.

Para una efectiva libre circulación de capitales⁵, en la búsqueda del crecimiento económico de la región a través del desarrollo y consolidación de las estructuras

³ Cfr. DROMI, Roberto. **El Derecho Público en la Hipernormatividad**. Madrid – México: Hispania Libros y Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, 2005, p. 125.

⁴ Cfr. FERRER, Aldo. **Hechos y ficciones de la globalización. Argentina y el MERCOSUR en el sistema internacional**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 88 y 89.

⁵ De acuerdo a la opinión de Ruiz Díaz Labrano este tema está relacionado con las políticas de trato nacional; sectores en donde se veda o restringe la admisión del capital extranjero; la legislación migratoria referida a la admisión y permanencia del personal afectado a estas inversiones; reglas en materia expropiatoria e indemnizatoria; el adecuado sistema de solución de controversias y el régimen de protección de inversiones; garantías a la propiedad privada; régimen de propiedad industrial y protección del derecho intelectual. Cfr. LABRANO, Roberto Ruiz Díaz. **MERCOSUR, Integración y Derecho**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997, p. 326 y ss.

productivas nacionales; se requiere de un régimen jurídico destinado a consagrar los derechos de los inversores extranjeros en el espacio integrado del MERCOSUR.

De hecho, la liberalización del régimen de las inversiones extranjeras y la consecuente regulación de las Inversiones Extranjeras en los espacios integrados se ha puesto de manifiesto en la normativa comunitaria de la Unión Europea (UE); en el Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)⁶; en el Capítulo XVII del Tratado de Libre Comercio del Grupo de los Tres (G-3)⁷; en las Decisiones N° 292 y 291 del año 1991 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN)⁸; entre otros ejemplos.

En este sentido, en el espacio integrado del MERCOSUR puede concebirse la existencia de un Derecho regulador de las Inversiones Extranjeras conformado, por los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (TBI) suscriptos por los Estados parte (normativa internacional); por los Protocolos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones emergentes del proceso de integración mercosureño (normativa de la integración) y por la legislación interna de los Estados parte (normativa local o doméstica).

⁶ En el TLCAN, reglas de juego (sustantivas) y mecanismos de solución de controversias referidos al inversor extranjero directo son parte del mismo sistema institucional. Este lineamiento es seguido por los diferentes acuerdos de libre comercio concluidos por los Estados Unidos en los últimos años con países latinoamericanos. Ejemplo de ello son el celebrado con Chile y el celebrado con los países centroamericanos y la República Dominicana (CAFTA).

⁷ Véase en particular el artículo 17 del mencionado tratado.

⁸ Actualmente se encuentran vigentes en la CAN las Decisiones N° 291/91 (Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías) y N° 292/91 (Régimen Uniforme para Empresas Multinacionales Andinas). Sus antecedentes son: la Decisión N° 24 de 1970 y el Código de Inversiones Extranjeras sancionado en 1971 por la Comisión del Pacto Andino.

En este trabajo presentaremos brevemente los instrumentos surgidos en el ámbito del MERCOSUR para la regulación de la IED, analizando su naturaleza jurídica y efectos y repasando finalmente de forma general sus respectivos articulados.

2. MERCOSUR e Inversiones Extranjeras

El MERCOSUR, con doce millones de kilómetros cuadrados y con un Producto Bruto Interno de más de un trillón de dólares, es un mercado en potencia de doscientos millones de habitantes. Ello lo transforma en el cuarto bloque económico integrado del mundo detrás de la UE, Japón y el TLCAN. Sin perjuicio de ello, el MERCOSUR constituye uno de los mercados emergentes más atractivos para Europa y los Estados Unidos.

De hecho, el MERCOSUR se convirtió en la década de 1990 en un significativo receptor de inversión extranjera directa. Mientras que en el período 1984/1989 los cuatro Estados parte absorbían un 1,4 % de los flujos totales de inversión extranjera directa (IED), entre 1997 y 1999 la cifra ascendió a un 6 %⁹.

En este sentido, el último Informe Anual de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) sobre Inversiones Extranjeras en América Latina y el Caribe (2004) refleja que el MERCOSUR tuvo en conjunto en el período 1990 – 1995 una

⁹ Cfr. CHUDNOVSKY, Daniel y LÓPEZ, Andrés. Las políticas de promoción de inversiones extranjeras en el MERCOSUR. In: CHUDNOVSKY, Daniel y FANELLI, José María (Comp.). **El desafío de integrarse para crecer. Balance y perspectivas del MERCOSUR en su primera década**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2001, p. 275.

entrada neta de 5.923,4 millones de dólares, mientras que en el año 2004 la cifra total fue de 20.275,6 millones de dólares¹⁰.

Ante los significativos montos y las posibilidades de crecimiento debemos pensar que una vez decidida la inversión por parte del inversor extranjero que va a invertir en el MERCOSUR, intervienen distintas variables al momento de elegir el país donde radicarse: entre otras, los marcos regulatorios, la política de incentivos sectorial, los regímenes tributarios, la política cambiaria.

Es conteste la doctrina y los estudios disponibles en considerar entre los factores más importantes para atraer IED a los siguientes: 1) tamaño y ritmo de crecimiento del mercado mundial; 2) costos de productos; 3) capacidades de la fuerza de trabajo; 4) estabilidad política y económica; 5) marco regulatorio.

Es por ello que se torna necesario no sólo establecer límites a las acciones unilaterales de los países miembros sino avanzar en la armonización del marco regulatorio de las políticas sectoriales y macroeconómicas, las cuales asumen un rol esencial para evitar toda disputa “desleal” por la obtención de la radicación de inversiones.

¹⁰ Cfr. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL): **Balance of Payments Statistics**. Noviembre de 2004.

3. Los instrumentos de regulación de las Inversiones Extranjeras en el MERCOSUR

La política acelerada desplegada por Argentina en relación con la suscripción de TBI a comienzos de la década de 1990 generó una suerte de asimetría con el resto de los países miembros del MERCOSUR.

Para ir en contra de estos desniveles, en el Cronograma de Las Leñas de junio de 1992 se decidió crear una Comisión Técnica para negociar un Convenio de Promoción y Protección de las Inversiones Extranjeras en el MERCOSUR. Se llamó Comisión Técnica para la Promoción y Protección de Inversiones, y fue creada dentro del Subgrupo IV por Res. 20/92 GMC.

Se negociaron y firmaron un convenio intra – zona para las inversiones realizadas por inversores de un país mercosureño en otros países del MERCOSUR y, un convenio extra – zona para las inversiones realizadas por inversores de terceros países en alguno de los países del MERCOSUR.

El Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR (en adelante llamado “Protocolo de Colonia”), suscripto en Colonia del Sacramento el 17 de enero de 1994 (CMC Dec. 11/93) fue ratificado por Argentina por Ley 24.891 de 1997.

Por su parte, y con mejor suerte, el Protocolo sobre la Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados No Partes del MERCOSUR (en adelante llamado “Protocolo de Buenos Aires”), suscripto en Buenos Aires el 5 de agosto de 1994 (CMC Dec. 11/94) fue ratificado por Argentina (Ley 24.554 de 1995), Paraguay (Ley 593 de 1995) y Uruguay (Ley 17.531 de 2002).

Actualmente, ninguno de los dos instrumentos goza de vigencia en el ámbito del MERCOSUR ya que en los mismos se tiene estipulado que entrarán en vigor treinta (30) días después de la fecha de depósito del cuarto instrumento de ratificación.

Estos Protocolos tienen la estructura de un TBI modelo pero con cláusulas adaptadas al ámbito subregional y a los objetivos perseguidos por el Tratado de Asunción y sus protocolos modificatorios.

4. Naturaleza jurídica y efectos de los Protocolos de Colonia y de Buenos Aires

El Protocolo de Colonia y el de Buenos Aires constituyen las fuentes de la regulación jurídica de las Inversiones Extranjeras en el MERCOSUR¹¹.

En una primera aproximación, cabría afirmar que, tanto uno como el otro, al haber sido adoptados con anterioridad a la entrada en vigencia del Protocolo de Ouro Preto, tienen la naturaleza jurídica de un tratado internacional y no de una resolución obligatoria de una organización internacional, sin perjuicio de revestir la forma de Decisión del CMC.

Esto es así porque durante el llamado “período de transición” y hasta la existencia del Protocolo de Ouro Preto, los órganos del MERCOSUR carecían de potestades normativas susceptibles de crear derechos y obligaciones para los Estados parte.

¹¹ Nos basamos en este punto en las destacadas consideraciones del autor Sbert. Cfr. SBERT, Héctor. **Las Inversiones Extranjeras en América Latina y la Integración Regional**, en REVISTA ELECTRÓNICA DE ESTUDIOS INTERNACIONALES. N° 2, 2001. Accesible a texto completo: <http://www.reei.org> [recuperado: 12/09/2005].

Debemos recordar que según el artículo 16 del Tratado de Asunción de 1991, *“durante el período de transición (hasta el 31 de diciembre de 1994), las Decisiones del Consejo del Mercado Común y del Grupo Mercado Común serán tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados parte”*. No se pronuncia por tanto, sobre los efectos obligatorios de las Decisiones para los Estados miembros -en contraposición véase el artículo 42 del Protocolo de Ouro Preto que establece expresamente el carácter obligatorio de las mismas: “Las normas emanadas de los órganos del MERCOSUR previstos en el Artículo 2 de este Protocolo tendrán carácter obligatorio (...)”-.

Si llevamos a cabo un análisis más profundo, veremos que los propios Protocolos de Colonia y de Buenos Aires se encargan de especificar lo anteriormente comentado en sus artículos 12 y 4 respectivamente, al afirmar que son “parte integrante del Tratado de Asunción”.

De este modo, la adhesión por parte de un Estado al Tratado de Asunción implicará *ipso iure* la adhesión al/los Protocolo/s, lo cual confirma su vocación de derecho originario, y por consiguiente, su naturaleza convencional.

Debemos ahora determinar los efectos de tales Protocolos. Respecto del Protocolo de Colonia debemos tener en cuenta que desplegará toda su eficacia en la medida en que haya sido ratificado, publicado y desarrollado normativamente en los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales.

Pero la conclusión no puede ser la misma para el Protocolo de Buenos Aires, toda vez que el mismo establece los parámetros generales de tratamiento a los inversores provenientes de terceros Estados, lo que, de algún modo, hace generar a los

terceros Estados, y no tan solo a los inversores de terceros Estados, una serie de expectativas legítimas.

En este sentido, podemos pensar la posibilidad que el Protocolo de Buenos Aires sea un tratado creador de derechos a terceros Estados, de conformidad con lo previsto en los artículos 36 y 37 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹².

Las condiciones estipuladas por la citada Convención para que un tratado pueda innovar positivamente la esfera jurídica de terceros Estados son: 1) que exista una disposición expresa en el sentido de crear estipulaciones a favor de terceros; 2) que los Estados parte hayan tenido intención de conferir un derecho a un tercer Estado; 3) que el tercer o terceros Estados asientan al beneficio concedido, sea de forma expresa o tácita, y, 4) que el tercer Estado cumpla las condiciones que se estipulen en el tratado para el ejercicio del derecho.

Las mencionadas condiciones no se cumplen en el Protocolo de Buenos Aires, ya que de su lectura surge que no puede afirmarse concluyentemente que los Estados parte hayan tenido la intención de crear derechos para terceros Estados, voluntad que, en cualquier caso, no consta de forma expresa en el texto del Protocolo.

Sin embargo, la intención de los Estados parte puede determinarse en base a otras frases y afirmaciones expresas recogidas a lo largo del texto del instrumento. En este sentido, en el preámbulo del Protocolo, los Estados parte reconocen que “(...) la promoción y la protección de inversiones sobre la base de acuerdos con terceros *Estados* (...) incrementará la prosperidad de los cuatro países miembros”. Además, el

¹² Cfr. SACERDOTI, Giorgio. **Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection** en RCADI, vol. 269, 1997, p. 52.

artículo 2 dispone “(...) el tratamiento general a convenir por cada Estado parte con terceros Estados (...)”.

De esta forma, concluimos que la intención de los Estados parte fue la de configurar el Protocolo de Buenos Aires como un acuerdo marco para la celebración de TBI entre los Estados del MERCOSUR individualmente considerados y terceros Estados.

Vistas las cosas de este modo, podríamos afirmar que el Protocolo de Buenos Aires se diferencia del de Colonia, en el sentido que aquél primero no pretende innovar el *status* jurídico de los inversores extranjeros, sino que tan sólo enumera una serie de obligaciones de resultado que los Estados parte deben alcanzar con libertad de medios, en sentido sustantivo, pero mediante el cauce formal de la conclusión con terceros Estados de TBI.

En concreto, las obligaciones de resultado consisten en no otorgar, a las inversiones realizadas por inversores de terceros Estados, un trato más favorable al establecido en el Protocolo: los parámetros y criterios de tratamiento a los inversores extranjeros adoptan el carácter, en los términos del artículo 2 del Protocolo, de “*bases normativas*” más allá de las cuales los Estados parte se comprometen a no reconocer a los inversores ni beneficios ni mayores derechos.

De esta forma, concluimos que el Protocolo de Buenos Aires no es más que el punto de partida para un ulterior desarrollo normativo de rango convencional.

5. Análisis del contenido de los Protocolos de Colonia y de Buenos Aires

5.1 El Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR

Se define la “inversión” como 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 la reglamentación de esta última.

Se incluye un menú abierto de bienes susceptibles de apreciación pecuniaria, con un concepto acorde a los tiempos que se viven, a saber: muebles e inmuebles, derechos reales, acciones, cuotas societarias, títulos de créditos y derechos a prestaciones con valor económico, propiedad intelectual, valor-llave, concesiones, etcétera.

Es considerado “inversor” para el Protocolo, toda persona física nacional de una de las Partes contratantes que resida en forma permanente o se domicilie en el territorio de ésta, a menos que la persona resida en forma permanente o se domicilie en la otra Parte contratante.

No será óbice para su protección que el inversor sea nacional de alguno de los países del MERCOSUR, cuando pueda acreditar que los recursos provengan del exterior. El Protocolo no sólo alienta las inversiones sino que intenta repatriar los ingresos obtenidos en los países integrados, y que fueran remitidos a “paraísos” más seguros.

Es también inversor para el protocolo, toda aquella persona jurídica constituida en relación con las leyes y los reglamentos de una de las partes contratantes y que allí tenga su sede. También se asimila a las controladas por personas físicas o jurídicas.

Se definen las ganancias con criterio amplio y extendido, para que los inversores no encuentren reparos al tiempo de extraditarlas; así se habla de utilidades, rentas, dividendos, intereses, regalías, y “otros ingresos corrientes”.

El artículo 2 instituye el principio de la Nación más favorecida, pero con excepciones. El artículo dice:

1. Cada Parte Contratante promoverá las inversiones de inversores de las otras Partes Contratantes y las admitirá en su territorio de manera no menos favorable que a las inversiones de sus propios inversores o que a las inversiones realizadas por inversores de terceros Estados, sin perjuicio del derecho de cada Parte a mantener transitoriamente excepciones limitadas que correspondan a alguno de los sectores que figuran en el Anexo del presente Protocolo.

Por su parte, el artículo 3 sostiene el principio de no discriminación del inversor extranjero; y fundamentalmente establece el principio del tratamiento justo y equitativo. También se prevé la imposibilidad de obligar al inversor a que consuma con preferencia mercaderías locales o servicios, que sean necesarios para el desenvolvimiento de las inversiones. Esto revela claramente la posición de los países signatarios de no oponer obstáculo alguno al capital extranjero.

El artículo 4 previene sobre la imposibilidad de nacionalizar o expropiar la inversión extranjera, a menos que razones de utilidad pública, con una base no discriminatoria y bajo el debido proceso legal así lo determinen. Caso contrario, todo ello deberá ser acompañado por una compensación pecuniaria adecuada. Esta tendrá su correlato en el valor real de la inversión expropiada. También en este artículo rige el principio de la Nación más favorecida a los fines indemnizatorios, en relación directa con el trato dado a las reparaciones otorgadas para el caso a los inversores nacionales.

En este artículo se observa la posibilidad de una rápida, eficaz y razonable aplicación de una compensación por los llamados “riesgos políticos”, cuestión fundamental que hace a la protección del inversor extranjero.

Por su parte, el artículo 5 otorga al inversor extranjero plenos poderes para las transferencias de las inversiones y sus ganancias, reglando una importante cantidad de situaciones, como son las rentas, honorarios y regalías, ventas y liquidaciones, remuneración del personal nacional de la inversión, entre otras.

Dichas transferencias deberán hacerse sin demora, al tipo de cambio vigente en el mercado a la fecha, evitándose así un tratamiento burocrático del asunto.

El artículo 6 prevé el instituto de la subrogación para el caso que un contratante desinteresare a un inversor con base en una garantía que hubiese asumido, a fin de perseguir el recupero correspondiente en salvaguarda de sus derechos crediticios.

En nombre de la equidad y buena fe contractual, el artículo 7 autoriza la aplicación de otras normas de la legislación de una Parte contratante, o del Derecho Internacional, o bien emergentes de un acuerdo entre un inversor y el contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, que sean en sí más favorables o beneficiosas para esa Parte que las contenidas en el Protocolo.

En lo relativo a la solución de controversias entre las Partes, el Protocolo remite a lo resuelto en el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, o eventualmente a lo previsto en el Tratado de Asunción.

Luego el artículo 9 describe el procedimiento a seguir, para el caso de una controversia suscitada entre el inversor extranjero y un Estado parte:

1. Toda controversia relativa a las disposiciones del presente Protocolo entre un inversor de una Parte Contratante y la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas.

2. Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida a alguno de los siguientes procedimientos, a pedido del inversor;

i) a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión: o

ii) al arbitraje internacional, conforme a lo dispuesto en el Párrafo 4 del presente Artículo: o

iii) al sistema permanente de solución de controversias con particulares que, eventualmente, se establezca en el marco del Tratado de Asunción.

3. Cuando un inversor haya optado por someter la controversia a uno de los procedimientos establecidos en el Párrafo 2 del presente Artículo la elección será definitiva.

4. En caso de recurso al arbitraje internacional, la controversia podrá ser llevada, a elección del inversor:

a) al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (C.I.A.D.I.). creado por el "Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados", abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado Parte en el presente Protocolo haya adherido a aquel. Mientras esta condición no se cumpla, cada Parte Contratante da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje conforme con el reglamento del Mecanismo Complementario del C.I.A.D.I. para la administración de procedimientos de conciliación, de arbitraje o de investigación:

b) a 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 (C.N.U.D.M.I.).

5. El órgano arbitral decidirá las controversias en base a las disposiciones del presente Protocolo, al derecho de la Parte Contratante que sea parte en la controversia, incluidas las normas relativas a conflictos de leyes, a los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión, como así también a los principios del derecho internacional en la materia.

6. Las sentencias arbitrales serán definitivas y obligatorias para las partes en la controversia. Cada Parte Contratante las ejecutará de conformidad con su legislación.

El artículo 10 establece que el Protocolo regirá para todas las inversiones realizadas antes o después de su entrada en vigor, pero no se aplicará a las controversias o reclamos surgidos con anterioridad a la misma.

Los artículos 11 y 12 son de forma, y, en el anexo, los países del MERCOSUR se reservan una considerable lista con excepciones al tratamiento nacional de las inversiones relativas a determinados sectores.

No obstante, el anexo finaliza señalando que los países contratantes harán todos los esfuerzos posibles por eliminar excepciones, disponiéndose reuniones semestrales para controlar el seguimiento del proceso de eliminación de las mismas.

5.2 Protocolo sobre la Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados no Partes del MERCOSUR

Este Protocolo destinado a reglar las inversiones extra – zona, contiene similares previsiones a las del Protocolo de Colonia antes analizado.

En su exposición de deseos hace referencia a la necesidad de armonizar los principios jurídicos a aplicar por los Estados Parte del MERCOSUR a las inversiones provenientes de Estados no Partes del MERCOSUR, creando así las condiciones óptimas para evitar efectos no deseados (entre ellos el “desvío” de inversiones).

El artículo 1 otorga a las inversiones realizadas por inversores de Terceros Estados un tratamiento no más favorable que el que se establece en el Protocolo en cuestión.

El artículo 2 define la “inversión” como todo tipo de activo invertido directa o indirectamente por inversores de un Tercer Estado en el territorio de un Estado parte,

de acuerdo con su legislación. Seguidamente describe las inversiones en términos semejantes a los del Protocolo de Colonia.

Define al “inversor” como toda persona física, nacional de un Estado parte o Tercer Estado. Las disposiciones de los convenios a celebrar no se aplicarán a las inversiones realizadas en el territorio de un Estado parte por personas físicas que sean nacionales de Terceros Estados, si tales personas, a la fecha de la inversión, residieren o se domiciliaren, conforme la legislación vigente, en forma permanente en dicho territorio, a menos que se compruebe que los recursos relacionados con estas inversiones provienen del exterior.

Asimismo, es “inversor” la persona jurídica constituida en relación con las leyes de un Estado parte o del Tercer Estado y que tenga su sede en el territorio de su constitución.

Además, se incluye a toda persona jurídica establecida de conformidad con la legislación de cualquier Estado parte que esté efectivamente controlada por personas físicas o jurídicas de acuerdo con la descripción efectuada más arriba. De esta forma, se ofrece un trato nacional a las inversiones extra-región. Hay dos excepciones: una de ellas es que los Estados parte no extenderán a los inversores de Terceros Estados los beneficios de preferencias que resulten de su participación en una zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común o acuerdo regional y, tampoco a lo referido a beneficios impositivos.

Respecto de las compensaciones por expropiaciones o en caso en repatriación de beneficios obtenidos por las inversiones, se adopta igual criterio que el del Protocolo de Colonia.

¿Qué ocurre con los mecanismos de resolución de controversias en relación con una inversión efectuada extra – zona por un Estado parte y un Tercer Estado? ¿Y con las diferencias planteadas entre un inversor de un Tercer Estado y un Estado receptor?

En el primer caso, y tratándose de disputas entre dos países soberanos, se otorga supremacía a la negociación diplomática. Si pasado un plazo prudencial no es posible arribar a una solución, se da paso al arbitraje internacional.

Para los litigios entre inversor extranjero y Estado receptor, se reitera lo previsto por el Protocolo de Colonia.

6. Conclusiones

Los Protocolos otorgan al inversor extranjero el trato de inversor nacional en cuanto a su admisión y tratamiento en el espacio integrado. Lo que significa que, desde el punto de vista jurídico, impositivo y aún de acceso a la financiación, la inversión que un cordobés argentino realice en San Pablo debe ser “igualmente tratada” a la que lleve a cabo un propio paulista.

Los Protocolos también abordan el tema de los riesgos que pueden afectar al inversor extranjero, como la expropiación y la nacionalización. Para la legislación vigente en el MERCOSUR no es posible expropiar o nacionalizar capitales sino por causas de utilidad pública evidentes, las que deben ser previamente autorizadas por el procedimiento natural de promulgación y sanción legislativa, otorgando asimismo una previa indemnización equitativa, adecuada y efectiva.

Ante los riesgos de guerras, estado de emergencia, insurrecciones, motines, etcétera; los Protocolos aseguran expresamente una restitución, indemnización o compensación no menos favorable a la que correspondería a un inversor nacional.

La libre transmisibilidad de inversiones y ganancias también está asegurada; no existen problemas burocráticos para retirar los beneficios obtenidos de inversiones realizadas en los países del MERCOSUR.

Por último, la instancia del arbitraje en los conflictos Inversor - Estado es una innegable contribución en materia de solución de controversias y en pos de la protección de los inversores extranjeros.

7. Referencias

CHUDNOVSKY, Daniel. (Coord.); **El boom de Inversión Extranjera Directa en el MERCOSUR**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores y Red de Investigaciones Económicas del Mercosur, 2001.

_____, Daniel y LÓPEZ, Andrés. Las políticas de promoción de inversiones extranjeras en el MERCOSUR. In: CHUDNOVSKY, D. y FANELLI, J. M. (Comp.). **El desafío de integrarse para crecer. Balance y perspectivas del MERCOSUR en su primera década**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2001.

CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe). **Anuario estadístico de América Latina y el Caribe**. Santiago de Chile, CEPAL, 2004.

CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe). **Anuario estadístico de América Latina y el Caribe**. Santiago de Chile, CEPAL, 2005.

DROMI, Roberto. **El Derecho Público en la Hipernmodernidad**. Madrid – México: Hispania Libros y Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, 2005.

INTAL (Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe). **El proceso de integración en América Latina y el Caribe en 1993**. Buenos Aires, BID/INTAL, 1994.

FERRER, Aldo. **Hechos y ficciones de la globalización. Argentina y el MERCOSUR en el sistema internacional**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2001.

GRANATO, Leonardo y ODDONE, Nahuel. **Argentina ante las demandas internacionales sobre inversiones extranjeras** en Observatorio de la Economía Latinoamericana, REVISTA ACADÉMICA DEL GRUPO DE INVESTIGACIÓN EUMED.NET. Universidad de Málaga, Nº 42, mayo de 2005. Accesible a texto completo: <http://www.eumed.net/ceursecon/ecolat/ar/> [recuperado: 07/11/2006].

_____, Leonardo y _____, Nahuel. **La protección del inversor extranjero y el arbitraje internacional en la Argentina** en Observatorio de la Economía Latinoamericana, REVISTA ACADÉMICA DEL GRUPO DE INVESTIGACIÓN EUMED.NET. Universidad de Málaga, Nº 52, noviembre de 2005. Accesible a texto completo: <http://www.eumed.net/ceursecon/ecolat/ar/> [recuperado: 02/11/2006].

_____, Leonardo. **Protección del Inversor Extranjero y Arbitraje Internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión**. LAS TESINAS DE BELGRANO, Nº 185, Departamento de Investigación de la Universidad de Belgrano, Buenos Aires, junio de 2005.

_____, Leonardo. **Aportes para la Protección y Defensa del Inversor Extranjero en el MERCOSUR**, EDICIÓN ELECTRÓNICA DEL GRUPO DE INVESTIGACIÓN EUMED.NET. Universidad de Málaga. Texto completo en: <http://www.eumed.net/libros/2006b/lq/>

HERZ, M. **Régimen Argentino de Promoción y Protección de Inversiones en los albores del nuevo milenio: de los Tratados Bilaterales, MERCOSUR mediante, al ALCA y la OMC** en REVISTA ELECTRÓNICA DE ESTUDIOS INTERNACIONALES. Nº 7, 2003. Accesible a texto completo: <http://www.reei.org> [recuperado: 12/11/2006].

MARZORATI, O. J. **Derecho de los Negocios Internacionales**. Buenos Aires: Astrea, 1997.

MEIROVICH DE AGUINIS, A. M. **Empresas e inversiones en el Mercosur**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1993.

LABRANO, Ruiz Díaz. **MERCOSUR, Integración y Derecho**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997.

SBERT, Héctor. **Las Inversiones Extranjeras En América Latina Y La Integración Regional** en REVISTA ELECTRÓNICA DE ESTUDIOS INTERNACIONALES. Nº 2, 2001. Accesible a texto completo: <http://www.reei.org> [recuperado: 12/11/2006].

SACERDOTI, Giorgio. **Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection** en RCADI, vol. 269, 1997.