

EL MARCO REGULATORIO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA EN AMÉRICA LATINA ¿EXISTE ESPACIO SUFICIENTE PARA UNA CONVERGENCIA REGULATORIA EN LA REGIÓN?



Resumen

El presente artículo analiza brevemente la evolución regulatoria de la inversión extranjera directa a nivel multilateral, regional y bilateral, colocando el énfasis en las regulaciones de los procesos de integración de la Alianza del Pacífico y del Mercosur, para luego explorar la existencia de espacios comunes para una convergencia normativa, tomando como punto de partida el Plan de Acción de Puerto Vallarta y como punto de llegada la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

Palabras clave: inversión extranjera directa, Alianza del Pacífico, Mercosur, ALADI, convergencia, acuerdos de alcance parcial, Tratado de Montevideo 1980, Acuerdos Internacionales de Inversión (AII), Solución de Controversias Inversor-Estado, Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones y Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones.

1. Introducción

El presente estudio se focalizará en la regulación de la inversión extranjera directa (IED) a nivel bilateral y regional, delimitando el análisis a los 13 países miembros de la ALADI: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Cuba, Chile, Ecuador, México, Panamá, Perú, Paraguay, Venezuela y Uruguay.

Asimismo, se analizará en profundidad la regulación a nivel subregional, colocando el énfasis en los procesos subregionales de la Alianza del Pacífico y el Mercosur, para luego explorar la existencia de espacios comunes para una convergencia normativa tomando como punto de partida el Plan de Acción de Puerto Vallarta y como punto de llegada la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).

1.1. Breve panorama de la regulación en materia de IED

La inversión extranjera directa (IED) tuvo diversas etapas de regulación a lo largo de las décadas y tal como lo expresa la UNCTAD en el World Investment Report 2015, los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) son el producto de los tiempos en los que fueron negociados. Es decir, fueron negociados y concluidos en un contexto histórico, económico y social específico, respondiendo a los desafíos y necesidades existentes de la coyuntura internacional.

En este sentido, es posible observar a través de la historia diversos niveles de regulación: un nivel multilateral, un nivel regional y un nivel bilateral.

A nivel multilateral, con la firma del Acta Final de la Ronda de Uruguay y el Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial de Comercio (OMC) en 1994,

se dio lugar a la incorporación de numerosas regulaciones en materia de inversión extranjera. A modo de ejemplo, citamos el Acuerdo General de Comercio de Servicios (AGCS), el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) y el Acuerdo sobre Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio (MIC). Asimismo, en el marco de la Conferencia Ministerial de Singapur en 1996 con la finalidad de promover la regulación de la inversión extranjera a nivel multilateral, se lanzó un Programa de Trabajo denominado en inglés Working Group on Trade and Investment. Sin embargo, luego de cinco conferencias ministeriales y debido a divergencias en las posiciones de negociación, el programa fue finalmente abandonado en la Conferencia Ministerial de Cancún del 2003.

Por otra parte, de 1995 a 1998, en el ámbito de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), los países miembros establecieron negociaciones tendientes a suscribir un Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI). Sin embargo, dicha iniciativa no tuvo éxito, dado que surgieron diferencias en relación con los principios básicos que regulaban la protección de las inversiones (por ejemplo: definición de inversión, expropiación indirecta, Sistema de Controversias Inversor-Esta-

do, excepción cultural y temas relacionados con estándares laborales y medioambientales).

A su vez, surgieron dos nuevas iniciativas en el ámbito del Banco Mundial: por un lado la Convención que establece la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) en 1985, y por el otro, las Guías para el Tratamiento de las Inversiones Extranjeras en 1992.

En la actualidad, es importante destacar la Declaración Ministerial Conjunta sobre la Facilitación de las Inversiones para el Desarrollo, presentada por 70 miembros de la OMC (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México, Panamá, Paraguay, Uruguay, entre otros) en el marco de la XI Conferencia

Ministerial de la OMC, celebrada en diciembre del 2017 en Buenos Aires.

Finalmente, otra iniciativa fue el Proyecto de Acuerdo Multilateral sobre Facilitación de Inversiones, presentado por Brasil ante la OMC el 31 de enero de 2018. El proyecto, entre sus principales características, establece un Punto Focal Nacional y un Comité OMC sobre Facilitación de Inversiones, una Ventanilla Única Electrónica (VUE), Trato Especial y Diferenciado, Responsabilidad Social Empresaria y remite al Sistema de Solución de Controversias de la OMC, en caso de disputas.

A nivel regional, encontramos iniciativas plurilaterales tales como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TL-



CAN), el cual marcó tendencia en los años 90 con su capítulo 11 de inversiones y la inclusión del Sistema de Solución de Controversias Inversor-Estado con reglas arbitrales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). El sistema arbitral Inversor-Estado pasó desapercibido durante muchos años, hasta que luego de varios arbitrajes, bajo el capítulo 11 del TLCAN y de otros acuerdos de promoción y protección recíproca de las inversiones (APPRI), adquirió notoriedad y conocimiento público, según el profesor Gus van Harten (2007).

En América Latina, la regulación de la inversión se incorpora en esquemas subregionales de integración, tales como la Alianza del Pacífico (Capítulo de Inversiones del Protocolo Comercial) y el Mercosur (Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones).

Por otra parte, existen otras iniciativas de regulación a un nivel

denominado birregional, entre las cuales podríamos mencionar acuerdos comerciales que incluyen capítulos de inversiones. Bajo dicha categoría podrían agruparse el Acuerdo Mercosur-Unión Europea, el Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP, por su sigla en inglés) y el Acuerdo Económico y Comercial Global entre la UE y Canadá (conocido como CETA por su sigla en inglés).

Por último, a nivel bilateral los instrumentos de regulación de la inversión extranjera por excelencia fueron los APPRI, conocidos en inglés como bilateral investment treaties (BIT). Los APPRI adquieren su mayor momento de auge durante el período 1990-2007, el cual la UNCTAD denomina la “era de proliferación”. Dicha proliferación obedece en parte al cambio geopolítico operado por la caída del Muro de Berlín, la disolución de la Unión Soviética y el reconocimiento de la propiedad privada, la nueva Open Door Policy adoptada por China para atraer IED y las reformas de política

económica impulsadas en la región a través del denominado Consenso de Washington, entre otros factores.

2. La regulación de la inversión extranjera directa en la región

2.1. La regulación a nivel bilateral

A nivel bilateral, utilizamos como base la serie de estudios elaborados por la UNCTAD (2015, capítulo IV), dado que los mismos describen con gran precisión la coyuntura económica y política imperante en los diversos períodos, así como las etapas por las que tuvo que transitar la regulación de la inversión extranjera desde 1960 al día de hoy.

A efectos de facilitar el análisis, los estudios de la UNCTAD dividen la regulación bilateral en cuatro etapas: 1) era de la infancia (1950-1964), 2) era de la dicotomía (1965-1989), 3) era de proliferación (1990-2007), y 4) era de la reorientación (desde el 2008).

En la “era de la infancia” (1950-1964), los APPRI surgen como un nuevo instrumento de regulación y son firmados entre países desarrollados y países en desarrollo. Sin embargo, las disposiciones sobre protección de las inversiones son escasas y no se incluye el Sistema de Solución de Controversias Inversor-Estado. En el año 1959 se firma el primer APPRI, entre la República Federal Alemana y Pakistán, reproduciendo en parte el modelo de los tratados de amistad, comercio y navegación firmados por algunos países durante la Primera y la Segunda Guerra Mundial. Durante el período analizado, se registran solamente un total de 37 APPRI.

Por otra parte, en 1965 se establece el Centro Internacional Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) bajo el ámbito del Banco Mundial, y en 1958 se firma la Convención de Nueva York para el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales extranjeros, facilitando la ejecución en diversas jurisdicciones de laudos arbitrales dictados en países extranjeros.

La “era de la dicotomía” (1965-1989) se caracteriza por una expansión de los APPRI, firmados sustancialmente entre países desarrollados europeos y países en desarrollo de África, Asia y América Latina, con excepción de China, India y Brasil, entre otros. Al final de los años 80, la red de AII llega a un total de 400. Otra característica fundamental del período es el crecimiento de la inclusión de disposiciones sobre solución de controversias Inversor-Estado en los APPRI, tomando como ejemplo el APPRI suscrito entre Indonesia y Países Bajos en 1968.

En la “era de proliferación” (1990-

2007), la red de AII se expande a gran velocidad y los países susciben un promedio de 3 acuerdos por semana, llegando a un total de 3067 acuerdos. Otra gran expansión se observa en el incremento de casos bajo el Sistema de Solución de Controversias Inversor-Estado, llegando a un total de 292 casos.

El motivo de tal expansión obedece en parte a una nueva coyuntura económica y política a nivel mundial, con sucesos tales como la disolución de la Unión Soviética, la caída del Muro de Berlín, la nueva política de atracción de IED adoptada por China y las reformas de política económica impulsadas en la región a través del Consenso de Washington.

En dicho período, la mayoría de los países (desarrollados y en desarrollo), consideraban la suscripción de APPRI como una práctica necesaria en la competencia global por la atracción de IED. Así, países como India y China, de gran potencial como importadores y exportadores de capital, expandieron notablemente su red de APPRI a nivel mundial.

En la región, según datos del Investment Hub de la UNCTAD para el 2018: Argentina firmó (55) APPRI, Bolivia (11), Brasil (21), Colombia (16), Ecuador (5), Perú (28), Paraguay (24), Uruguay (31) y Venezuela (27), entre otros.

En relación con la regulación de la inversión, la gran mayoría de los APPRI durante el período analizado cubría la fase “post-establecimiento”; sin embargo, algunos tratados de libre comercio (TLC) fueron más allá y comenzaron a incorporar en sus capítulos de inversiones o servicios cláusulas de “trato no discrimi-

natorio para el establecimiento de inversiones extranjeras”, logrando como consecuencia una facilidad en el acceso a los mercados.

A su vez, la expansión de la red de AII es acompañada por otras iniciativas a niveles multilaterales y regionales antes descritas, en el marco de la OMC, OCDE, Banco Mundial, APEC y TLCAN entre otras.

Por último, durante la “era de la reorientación” (del 2008 a la actualidad), la red de AII llegó a la cifra de 3322 acuerdos (2946 APPRI y 376 tratados con cláusulas o capítulos de inversiones).

Sin embargo, un dato para tener en cuenta es que el año 2017 culminó con el número más bajo de AII desde 1983, lo cual denota un período de reflexión, revisión y reorientación de las políticas internacionales en materia de inversiones. Por otra parte, es la primera vez que el número de acuerdos terminados supera el número de nuevos AII suscritos.

El cambio de circunstancias podría obedecer a diversos factores, en particular se podrían destacar: 1) el nuevo modelo de APPRI promovido a partir del 2004 por Estados Unidos y Canadá con la finalidad de aclarar algunos estándares de trato y el alcance de la expropiación indirecta en el TLCAN, 2) la inclusión de nuevos estándares (protección de la salud, seguridad, medio ambiente y reconocimiento de los derechos laborales), 3) las crisis económicas y financieras de Argentina y Asia, y 4) el incremento exponencial de los casos bajo el Sistema de Solución de Controversias Inversor-Estado, llegando en 2017 a un total de 855 casos (con reglas arbitrales del CIADI).

En relación con el Sistema de



Solución de Controversias Inversor-Estado bajo las reglas arbitrales del CIADI, algunos países de la región comenzaron a cuestionar la utilidad de los APPRI, en particular por considerar que son instrumentos orientados a la protección y no a la promoción de las inversiones, creando en consecuencia una dinámica adversa al “buen clima de negocios” que debería prevalecer.

Entre las principales críticas, se destacan las siguientes: 1) el modelo tradicional de APPRI permite a los inversores iniciar arbitra-

Uruguay o contra Australia; 3) los excesivos montos en compensación establecidos por laudos arbitrales, que en diversas oportunidades favorecen los derechos comerciales individuales sobre los derechos sociales y políticas públicas de los Estados receptores de la inversión; 4) la dudosa eficacia como instrumentos decisivos para atraer IED, dado que no existen datos o estudios concretos que confirmen su importancia (Salacuse & Sullivan, 2005; Rozemberg & Gayá, 2013).

Por otra parte, según datos de la

consecuencia, pese a haber firmado 14 APPRI entre 1994 y 1999, su Congreso nacional nunca los ratificó. Por el otro, las posiciones de Bolivia, Ecuador y Venezuela, países que decidieron denunciar el CIADI en los años 2007, 2009 y 2012, respectivamente, e iniciaron una política de denuncia de los APPRI vigentes, buscando la no renovación de los mismos.

A nivel mundial, también surgieron fuertes cuestionamientos a la red de AII y a los Sistemas de Solución de Controversias



jes internacionales contra el Estado receptor de la inversión, sin recurrir previamente al sistema judicial local; 2) la interpretación de cláusulas sobre “expropiación indirecta”, que en muchas oportunidades restringieron la implementación de políticas públicas destinadas a proteger derechos fundamentales garantizados en las constituciones nacionales, tales como el derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado, el derecho a la salud, entre otros; ejemplos concretos pueden observarse en los arbitrajes CIADI iniciados por la empresa multinacional Philip Morris contra

UNCTAD (2018, issue 2), durante el período 1987-2017 los Estados más demandados fueron Argentina (60), Venezuela (44) y España (43), seguidos de República Checa, Egipto, Canadá, México (27), Polonia, India, Rusia, Ecuador (23) y Ucrania. A su vez, en la región se pueden visualizar dos posiciones críticas bien definidas frente al Sistema Arbitral Inversor-Estado. Por un lado, la posición de Brasil, que considera que dicho sistema arbitral limita el derecho a regular y otorga beneficios extraordinarios a los inversores extranjeros. En

Inversor-Estado, lo cual generó un consenso entre los países sobre la necesidad de establecer un programa de reforma de los AII, identificando las áreas por reformar, la revisión de los acuerdos, el desarrollo de nuevos modelos de acuerdos y la necesidad de comenzar a negociar nuevos acuerdos.

Como una respuesta a la necesidad plasmada por algunos países, la UNCTAD desarrolló un programa denominado Road Map for IIA Reform (Fase I). Dicho programa establece cinco áreas de acción, que los países deberían

llevar a cabo para lograr una reforma eficaz. Las áreas de acción son: asegurar una inversión responsable, preservar el derecho de regular mientras se otorga protección, reformar el Sistema de Solución de Controversias Inversor-Estado, promover las inversiones y mejorar la coherencia sistémica.

Por otra parte, ante la necesidad de modernizar el stock de los AII de vieja generación, más de 2500 acuerdos en vigencia, la UNCTAD consideró oportuno iniciar una Fase II de reforma. Para la implementación de la Fase II, la UNCTAD elaboró 10 opciones de política pública, entre las principales destaca: interpretación conjunta de las provisiones de los acuerdos, modificar algunas disposiciones, sustituir o reemplazar a los viejos tratados, terminar los tratados antiguos y retirarse de los acuerdos sin ratificar, entre otras.

Con relación al Sistema de Solución de Controversias Inversor-Estado (SSCIE), durante los últimos años existieron diversos cuestionamientos y críticas por parte de países desarrollados y en desarrollo, llevando al sistema hacia una crisis de legitimidad. Entre las principales críticas, se destacan las siguientes: 1) regulatory chill, el temor de un Estado anfitrión a ser demandado si regula en favor de su interés público; 2) la falta de coherencia sistémica en los laudos arbitrales; 3) la ausencia de una instancia de apelación, como CIADI o UNCITRAL; 4) la discriminación de los inversores locales frente a los extranjeros, al no poder acceder al arbitraje internacional; 5) los eventuales conflictos de intereses entre los árbitros; 6) los elevados costos que deben afrontar los Estados

demandados en su defensa; y 7) el pago de sumas excesivas en concepto de compensación a los inversores extranjeros, entre otras.

Ante dichos cuestionamientos, algunos países comenzaron a adoptar diversas estrategias de reforma. A modo de ejemplo, India comenzó una etapa de renegociación o denuncia de los APPRI, Australia excluyó el arbitraje Inversor-Estado de sus acuerdos (por ejemplo, el artículo 29.5 del TPP), Sudáfrica utiliza la mediación a nivel nacional para las controversias Inversor-Estado, la Unión Europea (por oposición del Parlamento Europeo y la sociedad civil al sistema arbitral) a través de la Comisión Europea propuso la creación de un tribunal específico en inversiones y un mecanismo de apelación, por último Canadá y la UE, en el acuerdo denominado por sus siglas en inglés CETA, incluyen un sistema diferente y contemplan una instancia de apelación. En lo que respecta a la región, citamos con anterioridad las posiciones sostenidas por Bolivia, Ecuador, Venezuela y Brasil en materia de inversiones.

2.2. La regulación a nivel subregional: Alianza del Pacífico y Mercosur

En el plano subregional, se analizarán el Protocolo Comercial de la Alianza del Pacífico y el Protocolo sobre Cooperación y Facilitación de Inversiones del Mercosur, ambos instrumentos subregionales que podrían ser referentes a nivel normativo en los países de la región.

2.2.1. El Protocolo Comercial de la Alianza del Pacífico

El Protocolo Comercial de la Alianza del Pacífico, suscrito el 10 de febrero de 2014, en su capítulo

10 regula todos los aspectos relacionados con las inversiones. Su estructura jurídica se asemeja al capítulo 11 del TLCAN, debido a que todos los miembros de la Alianza del Pacífico asumieron compromisos basados en el “modelo TLCAN” en sus respectivos TLC con los Estados Unidos, así como en los acuerdos comerciales suscritos entre ellos.

En cuanto a su estructura, el capítulo 10 contiene 33 artículos y secciones (A, B y C). La sección A contempla los aspectos esenciales de protección de las inversiones; la sección B, el mecanismo de solución de controversias Inversor-Estado; y la sección C abarca las disposiciones generales del protocolo. A su vez, consta de 6 anexos que contemplan el “derecho internacional consuetudinario”, “transferencias”, “expropiación”, “entrega de documentos”, consideraciones al “Decreto Ley 600 Chile” y “exclusiones de solución de diferencias de México”.

En relación con su contenido, la sección A provee las protecciones básicas a la inversión, incluyendo el “trato nacional” y “nación más favorecida”; el “nivel mínimo de trato” para las inversiones de acuerdo con los principios del derecho internacional consuetudinario; “tratamiento en caso de contienda”; se prohíben los “requisitos de desempeño”, entre los que destacan exportar a un determinado porcentaje de mercancías o servicios, alcanzar un determinado porcentaje de contenido nacional, otorgar preferencia a mercancías producidas en su territorio, restringir las ventas en su territorio de las mercancías o servicios y transferir a una persona en su territorio tecnología; se incluyen además la libertad de “designar altos ejecutivos y juntas direc-

tivas” de cualquier nacionalidad.

A su vez, entre las características propias del protocolo es posible destacar su amplia gama de definiciones, en particular las de “inversión”, “información protegida” e “inversión cubierta”, así como la referencia al Convenio del CIADI y a la Convención de Nueva York. Por otro lado, en materia de “transferencia” relacionada con una inversión cubierta, se prevé que se realicen libremente y sin demora dichas transferencias, que incluyen por lo general aportes de capital, utilidades, dividendos, intereses, pago por regalía y otros cargos. También se incluye la



prohibición de la “expropiación” que no persiga un propósito público, sin un debido proceso, o sin compensación; “denegación de beneficios” si un inversionista no parte es propietario o controla la empresa y si un inversionista de la parte que deniega es propietario o controla la empresa y esta no tiene actividades comerciales sustanciales; y “formalidades especiales y requisitos de información”.

En la sección B, el protocolo incorpora el Sistema de Solución de Controversias Inversor-Estado, sin excluir ninguna materia. En relación con las garantías procedimentales, se incluyen: “consultas y negociaciones” para resolver la controversia de manera amigable en un plazo mínimo de seis meses; no obstante, si las partes no llegan a un acuerdo en dicho plazo, se puede someter la controversia a las reglas arbitrales del CIADI, UNCITRAL o de cualquier otra regla que las partes en la controversia elijan (sometimiento de una reclamación a arbitraje). Asimismo, en la referida sección se incluyen cláusulas relacionadas al “consentimiento de cada parte al arbitraje”; “condiciones y

limitaciones al consentimiento de las partes”; “selección de árbitros”; “realización del arbitraje”; “procedimientos arbitrales transparentes”; “derecho aplicable”; “interpretación de los anexos de medidas disconformes”; “informe de expertos” a petición de una de las partes para informar cualquier cuestión de hecho relativa a aspectos ambientales, salud, de seguridad u otros asuntos científicos; “acumulación de procedimientos”; “laudos” y “entrega de documentos”.

En la sección C, se incorporan cláusulas orientadas a la “promoción de las inversiones”; “políticas de responsabilidad social”; “inversión y medidas sobre salud, medio ambiente y demás objetivos regulatorios”; y lo más novedoso, se establece un “comité conjunto en materia de inversión y servicios”.

Finalmente, entre las principales características se pueden destacar las siguientes:

- Se incorpora una definición amplia de “inversión” (empresa, acciones de capital, bonos, derechos de propiedad intelectual, entre otros).

- Se contempla un trato no discriminatorio desde la etapa del preestablecimiento al posestablecimiento.
- Estándares de “trato justo y equitativo”, “protección y seguridad plenas” y en anexo se define el “derecho internacional consuetudinario”.
- Se incluye la “expropiación directa” y la “expropiación indirecta”, como así también el entendimiento de ambas en un anexo.
- Se regula en materia de “requisitos de desempeño” y “medidas disconformes”.
- Se crea un “comité conjunto en materia de inversión y servicios”, un “subcomité de inversión” y un “subcomité de servicios”. No se incluyen puntos focales o la figura del ombudsman.
- Se prevé un Sistema de Solución de Controversias Inversor-Estado con reglas arbitrales del convenio CIADI o UNCITRAL, sin mecanismo de apelación para los laudos.
- Se excluyen del Sistema de Solución de Controversias del Protocolo las medidas adoptadas por motivos de “promoción de las inversiones”, “responsabilidad social” y “salud, medio ambiente

y otros objetivos regulatorios”.

2.2.2. El Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-Mercosur. Antecedentes

La regulación de la inversión extranjera directa en el Mercosur tiene sus antecedentes en los denominados Protocolo de Colonia (intrazona) y Protocolo de Buenos Aires (extrazona), ambos instrumentos fruto de las políticas públicas de los años 90.

El Protocolo de Colonia sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (intrazona) se firmó en 1993 y se incorporó como anexo de la Decisión del Consejo Mercado Común CMC N.º 11/93.

El protocolo mencionado incorporaba la estructura típica de los APPRI, es decir, cuestiones tales como la definición de inversión e inversor extranjero, el otorgamiento de trato nacional a los inversores de la región, la prohibición de medidas que puedan tener efectos similares a la expropiación o nacionalización de empresas, entre otras. Asimismo, el protocolo incluía un capítulo de solución de controversias Inversor-Estado con las reglas arbitrales del CIADI, el cual terminó por constituirse en el corazón del protocolo, generando algunas resistencias hacia el interior del proceso integrador, tanto de los gobiernos como de los especialistas en derecho internacional.

Un año después, en 1994, se suscribe el Protocolo de Buenos Aires para la Promoción y Protección de las Inversiones Respecto de los Estados No Miembros del Mercosur (extrazona), el cual es incorporado como anexo a la Decisión CMC N.º 11/94. Dicho

protocolo perseguía los mismos objetivos que el Protocolo de Colonia, pero aplicado a los capitales de terceros países no miembros del Mercosur. Al igual que el Protocolo de Colonia, incorporaba la estructura típica de los APPRI, pero a diferencia de aquel establecía que un Estado parte del Mercosur no se encuentra obligado a extender a los inversores de terceros países los beneficios derivados de la conformación de la unión aduanera.

A pesar de los esfuerzos realizados para la negociación y suscripción de ambos protocolos, finalmente ninguno de ellos entró en vigor, dejando una vez más en evidencia las diferencias que poseían los Estados partes del Mercosur en relación con la utilidad de los APPRI, en particular como instrumentos jurídicos esenciales para la atracción de las inversiones extranjeras.

2.2.3. El Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones (PCFI)

El PCFI fue suscrito en Buenos Aires el 7 de abril de 2017, su texto se incluye como anexo de la Decisión CMC 03/17 y deroga expresamente al Protocolo de Colonia contemplado en la Decisión CMC 11/93.

A diferencia de los APPRI, según lo establece su artículo 26, tendrá una duración indefinida, entrará en vigor 60 días después de la fecha del segundo instrumento de ratificación, podrá ser revisado por los Estados partes y no se considerará parte del Tratado de Asunción.

El nuevo instrumento de regulación de las inversiones PCFI sigue el modelo del Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI) desarrollado por Brasil a partir de 2015,



el cual privilegia la promoción y cooperación por sobre la protección de las inversiones. El modelo ACFI de Brasil, según el experto José Henrique Vieira Martins (coordinador general de Políticas de Comercio e Inversión del Ministerio de Hacienda de Brasil), coincide con las agendas de desarrollo del G-20 y para su elaboración se tuvieron en cuenta los estudios de organizaciones internacionales tales como la UNCTAD, la OCDE y el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD), entre otros. A través de dicho modelo, Brasil comenzó una nueva etapa en materia de regulación de inversiones, suscribiendo acuerdos ACFI con países africanos (Angola, Malawi y Mozambique) y luego con países de la región (México, Colombia, Chile y Perú). Según el experto Vieira Martins, aunque el nombre y la estructura de los acuerdos suscritos con los países puedan variar levemente, las características principales son las mismas y se basan en el modelo ACFI.

En relación con su estructura, el PCFI se divide en cinco partes. La parte I, “Ámbito de aplicación y definiciones”, incorpora artículos sobre objeto, ámbito de aplicación y definiciones. La parte II, “Disposiciones de Trato y Medidas de Regulación”, regula sobre trato (excluyendo el famoso estándar de trato justo y equitativo), no discriminación, expropiación directa, compensación por pérdidas, transparencia y transferencias, medidas tributarias, medidas prudenciales, excepciones de seguridad, obligaciones de los inversionistas, responsabilidad social empresarial, medidas sobre inversiones y lucha contra la corrupción y legalidad, y finalmente disposiciones sobre inversiones y medio ambiente,

asuntos laborales y salud. La parte III, “Gobernanza institucional y prevención de controversias”, establece disposiciones sobre administración del protocolo, puntos focales u ombudsmen, intercambio de información, interacción con el sector privado, cooperación entre organismos de promoción de inversiones, procedimiento de prevención de controversias y solución de controversias entre los Estados partes. La parte IV, “Agenda para cooperación y facilitación de las inversiones”, y finalmente la parte V, “Disposiciones finales”, donde se establecen disposiciones relativas a entrada en vigor, denuncia, revisión, modificación y depósito. Entre las principales características, podemos mencionar las siguientes:

- La definición de inversión cubre las inversiones directas, pero excluye las inver-

siones de portafolio o de cartera.

- En relación a los estándares de trato, excluye los estándares de “trato justo y equitativo”, “protección y seguridad plena” y la fase de preestablecimiento.

- En materia expropiación, permite solo la “expropiación directa” y excluye expresamente la “expropiación indirecta”.

- Preserva la autonomía regulatoria de los Estados partes en materia de medio ambiente, asuntos labores y salud.

- En relación a la gobernanza institucional, crea una comisión integrada por los representantes de los Estados partes para supervisar la aplicación y ejecución del protocolo. Asimismo, designa en cada Estado un punto focal u ombudsman designado para apoyar a los inversionistas de otros Estados en su territorio.

- En materia de controversias, establece un procedimiento de “prevención de las controversias” Estado-Estado. Si no existe una solución, entonces habilita a iniciar los procedimientos y mecanismos de solución de controversias vigentes en el Mercosur. Es decir, no contempla en ningún caso un sistema arbitral Inversor-Estado y tampoco reglas arbitrales tales como el CIA-DI o UNCITRAL. Por otra parte, excluye de la solución de controversias las medidas adoptadas por los Estados partes en materia de responsabilidad social empresarial, lucha contra la corrupción, medio ambiente, salud y asuntos laborales. Por último, establece una opción de foro, no permitiendo recurrir a procedimientos arbitrales establecidos en otros acuerdos de controversias en inversión cuando la controversia fue sometida previamente al sistema del PCFI.

3. ¿Existe espacio para una convergencia regulatoria en la región? Desde el Plan de Acción de Puerto Vallarta y Mercosur hasta la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI)

El 24 de julio de 2018, a través de la Declaración Presidencial de los Países de la Alianza del Pacífico y del Mercosur, se acordó el Plan de Acción de Puerto Vallarta, cuya finalidad es complementar y ampliar la hoja de ruta existente entre los países de ambos agrupamientos.

En materia de inversiones, el Plan de Acción incluye la temática “Facilitación de inversión”. Para implementar dicho objetivo, insta a los países a llevar a cabo las siguientes acciones:

- Definir acciones de cooperación.
- Identificar barreras y oportunidades en materia de inversión y acceso a mercados.
- Realizar seminarios de expertos sobre facilitación de inversiones, con participación del sector privado, para intercambiar información sobre los regímenes de cada país, acuerdos de facilitación de inversiones de los países de ambos agrupamientos y el tratamiento internacional del tema. La hoja de ruta acordada por los ministros de relaciones exteriores y comercio en el año 2017 y el Plan de Acción de Puerto Vallarta de 2018 constituyen sin lugar a duda señales claras de una voluntad política orientada a ampliar el diálogo con el fin de profundizar las relaciones comerciales, las inversiones y la cooperación.

Tal como lo afirma la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) en su estudio del 2018, a pesar de los distintos enfoques históricos sobre la pro-

tección de la inversión, el Mercosur y la Alianza del Pacífico podrían converger en torno a una agenda de beneficio mutuo en materia de facilitación de las inversiones. Así lo evidencia la disposición de los cuatro miembros de la Alianza del Pacífico para suscribir ACFI con Brasil y dejar a un lado los APPRI tradicionales de los años 90.

Es decir, todo parecería indicar que existe un espacio para la convergencia en materia de facilitación de las inversiones y, por lo tanto, las acciones desarrolladas a favor de la convergencia entre la Alianza del Pacífico y el Mercosur podrían convertirse en el kick off para avanzar hacia un modelo de acuerdo común en la región.

En un importante estudio para la CEPAL (Herreros & García, 2017), se expresa que el Protocolo de la Alianza del Pacífico y el modelo ACFI cuentan con varios elementos en común y dichos elementos proporcionan una buena línea de base para un ejercicio de convergencia. A su vez, las diferencias existentes en algunos casos podrían superarse tomando como ejemplo los resultados negociados en los ACFI suscritos por Brasil con Chile, Colombia, México y el Acuerdo de Profundización Económico-Comercial firmado con Perú.

Sin embargo, las diferencias se tornan más complejas cuando se analizan los mecanismos de solución de controversias, dado que el Protocolo de la Alianza del Pacífico incluye el estándar de la “expropiación indirecta” y el “arbitraje Inversor-Estado”, cuestiones difíciles de aceptar para el nuevo modelo ACFI de Brasil y el PCFI del Mercosur.

De todas formas, con lo acordado



Disposiciones contenidas en ambos acuerdos		Disposiciones contenidas en un solo acuerdo
Con un contenido o alcance diferente	Con un contenido y alcance similar	Protocolo de la Alianza del Pacífico
Trato nacional	Compensación por pérdidas	Nivel mínimo de trato
Nación más favorecida	Responsabilidad social corporativa	Requisitos de desempeño
Expropiación	Promoción/facilitación de las inversiones	Denegación de beneficios
Transferencias	Medidas para la protección del medio ambiente, asuntos laborales y salud	Altos ejecutivos y juntas directivas
	Medidas para combatir la corrupción e ilegalidad	Formalidades especiales y requisitos de información
	Excepciones por seguridad	
	Medidas prudenciales	
	Medidas fiscales	
	Transparencia/consultas a partes interesadas	

Fuente: Herreros & García, 2017.

Finalmente, es importante destacar que varias de las acciones contempladas en la hoja de ruta y en el Plan de Acción de Puerto Vallarta en materia de facilitación de inversiones podrían implementarse y perfeccionarse a través de la suscripción de acuerdos en el marco de la ALADI, dado que todos los países que integran la Alianza del Pacífico y el Mercosur son países miembros de la ALADI.

La ALADI actualmente la integran Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Cuba, Ecuador, México, Panamá, Perú, Paraguay, Uruguay y Venezuela. Es uno de los organismos de integración más antiguos y de mayor representatividad en América Latina.

A su vez, el Tratado de Montevideo 1980 (TM80), que instituye la ALADI, tiene como objetivo a largo plazo el

establecimiento de forma gradual y progresiva de un mercado común latinoamericano. Para el cumplimiento de dicho objetivo, los países miembros establecen un área de preferencias económicas, compuesta por una preferencia arancelaria regional (PAR), por acuerdos de alcance regional (AAR) y acuerdos de alcance parcial (AAP), respetando el principio de “convergencia” que se traduce en la multilateralización progresiva de los AAP.

Los AAP (artículo 7 y la ALALC/CM/resolución 2) son instrumentos en los cuales no participa la totalidad de los países miembros; los derechos y obligaciones establecidos rigen exclusivamente para los firmantes o adherentes, y deben estar abiertos a la adhesión. Dentro de sus categorías, encontramos los AAP comerciales, de complementación económica y de promoción de comercio.

Tal como se expresa en la Declaración de Puerto Vallarta, “en vista de la oportunidad que presenta la actual coyuntura para ser más competitivos en el comercio global y más atractivos para la inversión extranjera como motores de nuestras economías”, sería importante dar un paso más allá en la convergencia hacia un modelo de acuerdo de facilitación de inversiones. En dicha situación, el acuerdo podría registrarse ALADI como un AAP de promoción de comercio (referido a materias no arancelarias) y estar abierto a la adhesión, para que otros países miembros que no pertenezcan a los esquemas de la Alianza del Pacífico o del Mercosur puedan adherirse sin inconvenientes.

En opinión de la CEPAL (2018, p. 10), esta alternativa ofrece una doble ventaja: en primer lugar, aprovechar y potenciar las estructuras existentes de integración económica regional (red de acuerdos), y en segundo lugar, abrir la posibilidad de que otros miembros de la ALADI y países latinoamericanos se sumen a dichos acuerdos, aumentando el alcance territorial y el impacto económico de la IED.

4. Conclusiones

Tal como sostiene el profesor Sornarajah, “pocas áreas del derecho internacional suscitan tanta controversia como las relacionadas con la regulación de la inversión extranjera” (2010). Dicha afirmación puede ser apreciada a través de las diferentes etapas por las que atravesó la regulación de la IED en la región, hasta llegar en la actualidad a una “era de la reorientación de la red de AII” en la que surgen nuevos modelos alternativos a los tradicionales APPRI,

orientados a privilegiar la promoción y cooperación sobre la protección.

A partir del 2015, con el nuevo modelo de ACFI desarrollado por Brasil, y del 2018 con la adopción del Plan de Acción de Puerto Vallarta, nace una nueva oportunidad para los países de América Latina en la coyuntura internacional, con la posibilidad de tornarse más competitivos en el comercio global y más atractivos para la inversión extranjera intra y extrarregional.

A pesar de las diferencias regulatorias entre el Protocolo Comercial de la Alianza del Pacífico y el PCFI del Mercosur, subsisten numerosos espacios para promover una convergencia regulatoria, y un hecho que confirma tal afirmación es la suscripción de acuerdos bajo el modelo ACFI entre Brasil, Chile, Colombia, Perú y México.

Por otra parte, la reafirmación del vínculo de cooperación entre la Alianza del Pacífico y el Mercosur en materia de facilitación de inversiones podría servir a otros países como el kick off para dar un paso más allá en el camino de la convergencia regulatoria y centrar los esfuerzos en analizar las vías de acción necesarias para generar un modelo de acuerdo de facilitación de inversiones en la región.

En este sentido, sería de gran utilidad aprovechar y potenciar las estructuras de integración económica existentes tales como la ALADI, su red de acuerdos y las disposiciones del TM80 favorables a la convergencia y la multilateralización progresiva de los acuerdos de alcance parcial.

Sin lugar a dudas, los acuerdos de alcance parcial, con sus

características y al estar abiertos a la adhesión de otros países miembros y de la región, podrían convertirse en los instrumentos jurídicos más adecuados para incorporar, promover, profundizar y hacer converger un futuro régimen regional en materia de facilitación de las inversiones, un tema que se encuentra como prioritario en la agenda de integración política y comercial de los países de la región.

Referencias

Bas Vilizzio, M. (2018). De la protección a la facilitación de inversiones: análisis particular del arbitraje de inversiones en el Mercosur. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, año 6, 45-67, Asunción.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL, 2018). *La convergencia entre la Alianza del Pacífico y el Mercosur: enfrentado juntos un escenario mundial desafiante* (LC/PUB.2018/10). Santiago.

Hamilton, J., & Grandó, M. (2016). O modelo de proteção de investimentos do Brasil: os novos acordos internacionais. *Revista Puentes ICTSD*.

Harten, G. van (2007). *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford University Press.

Herreros, S. & García, T. (2017). *Opciones para la convergencia entre la Alianza del Pacífico y el Mercado Común del Sur (Mercosur): la regulación de la inversión extranjera directa*. Serie Comercio Internacional. Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

Rozemberg, R. & Gayá, R. (2013). *El Mercosur y la promoción de inversiones*. Buenos Aires: Cámara de Exportadores de la República Argentina (CERA), Instituto de Estrategia Internacional (IEI). Recuperado de www.cera.org.ar.

Rozemberg, R., & Leroux, C. (2010). *Movilidad de factores en el Mercosur. Libre circulación de capitales productivos (IED)*. Buenos Aires: Grupo de Monitoreo Macroeconómico (GMM), Cooperación UE-Mercosur.

Salacuse, J. W., & Sullivan, N. P. (2005). Do BITs really work? An evaluation of bilateral investment treaties and their grand bargain. *Harvard International Law Journal*, 46.

Sornarajah, M. (2010). *The International Law on Foreign Investment*. Tercera edición. Cambridge University Press.

Vieira Martins, J. (2017). Acuerdos de cooperación y facilitación de inversiones de Brasil y últimos avances. *International Investment Sustainable Development (IISD)*.

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD, 2015). *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance*.

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD, 2017). *World Investment Report 2017: Recent Policy Developments and Key Issues*. Capítulo III.

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD, 2018). *International Investment Agreements Issues Note, Investor-State Dispute Settlement: Review of Developments in 2017*. Junio.

Christian R. Leroux
Magíster en RR. II. por la Universidad de Bolonia (Italia)
Doctorando en la Pontificia Universidad Católica Argentina

Joel Cordero
Abogado, Consultor en el Departamento de Integración Física y Digital
Secretaría General de la ALADI.