



## ***Inversión extranjera: patrones de cooperación y competencia***

*José Augusto Fontoura Costa*

### **Resumen**

Los países pueden tanto competir como cooperar por inversiones extranjeras, ya sea estableciendo políticas unilaterales o bien comunes. Este trabajo hace una descripción histórica de los regímenes jurídicos nacionales e internacionales de la inversión extranjera con la finalidad de evaluar la experiencia y las alternativas de MERCOSUR como una región integrada.

**Palabras claves:** inversión extranjera; regímenes jurídicos; cooperación y competencia.

### **Abstract**

Countries can compete or cooperate for foreign investments by establishing either unilateral or common policies. This paper presents a historical description of domestic and international legal regimes of foreign investment in order to assess the experience and alternatives of MERCOSUR as an integrated region.

**Keywords:** foreign investment; legal regimes; cooperation and competition.

### **1. Introducción**

Desde el final de la II Guerra Mundial, cuando todavía las concesiones de explotación de recursos naturales y servicios públicos eran regímenes de enclave y monopolio de empresas extranjeras, hasta los días actuales, cuando las estructuras jurídicas y sociales privilegian inversiones extranjeras directas en los más diversos sectores, las políticas de incentivo y protección de las inversiones extranjeras, incluso con la utilización de instituciones de Derecho Internacional, han cambiado profundamente. Considerando un ambiente en el que los países se ponen en constante competencia por inversiones extranjeras, incluso por la combinación de capacidades locales y por la extensión de los mercados domésticos, el presente estudio tiene la finalidad de analizar, en el contexto del MERCOSUR, las estrategias de los países, sobre todo a partir de la dicotomía cooperación-competencia, para obtener las mayores sumas de capital extranjero y la distribución más eficiente en la región. Por tanto, se analizarán los precedentes históricos de las estructuras jurídicas y políticas de la promoción y protección de inversiones extranjeras, las alternativas de regímenes internos e internacionales de promoción y protección de inversiones extranjeras, los conceptos de cooperación y competencia, los intentos institucionales en el MERCOSUR y el modelo efectivamente adoptado.



## 2. Observaciones históricas

Los costos de transporte y comunicaciones hicieron que ya en el principio del capitalismo la explotación de la riqueza en países distantes se hiciera principalmente por el comercio, que no necesita de importantes inversiones locales, aunque la expansión portuguesa –y luego holandesa– en África y Asia a lo largo de los siglos XV y XVI fueran marcadas por la presencia de emprendimientos comerciales que dependían de acciones gubernamentales. Sin embargo, el patrón de la explotación española y luego portuguesa de las colonias americanas exigía mayores aportes de capitales y mano de obra, ya en la minería, ya en las plantaciones de productos tropicales.<sup>1</sup>

No obstante, en el sentido estrictamente jurídico no es posible hablar para estos casos de inversiones extranjeras, pues ocurriendo en las colonias se sometían a los regímenes de derecho impuestos por las metrópolis, no habiendo exactamente la exportación de activos.

Sólo en el siglo XIX se puede hablar, efectivamente, de inversiones extranjeras. Los flujos de capital crecieron por algunas razones, como la estructura de pagos debida al crecimiento del comercio, el inicio de la división internacional de trabajo, la aparición de instituciones financieras especializadas y sus nuevos productos y la concentración en la plaza de Londres, con adopción del patrón oro como régimen monetario internacional. El capital se utilizaba en infraestructura –incluidos los préstamos franceses para Rusia e ingleses para Estados Unidos y América Latina– especialmente en la construcción de ferrocarriles, puertos, telégrafo y teléfono. Los sectores de minería, manufactura y agricultura tropical recibieron también inversiones.<sup>2</sup> En ese período los préstamos y los bonos estatales eran los principales medios de captación de capitales externos, concentrándose la inversión extranjera directa (IED) en los sectores de explotación de recursos naturales e infraestructura pública.<sup>3</sup>

Más allá de estos sectores, los préstamos e inversiones estatales representaban la principal alternativa en los países donde el capital privado nacional era frágil, mientras las dificultades jurídicas e institucionales mantuvieron a las empresas extranjeras más interesadas en el comercio que en invertir directamente.<sup>4</sup>

Luego de la II Guerra Mundial las formas de inversión se han diversificado y cambiado por razones políticas y económicas.

Desde el punto de vista político, la relativa pérdida de poder de las potencias europeas y la tendencia a la formación de bloques liderados por superpotencias fueron el escenario en que ocurrieron los movimientos de descolonización.

Económicamente, el fortalecimiento de las compañías transnacionales (CTN) y la expansión de las inversiones directas para el sector industrial, con crecimiento en el sector de servicios en las últimas décadas, marcaron un importante cambio de sistema de inversión basado, por lo menos en las primeras décadas, por ventajas debidas al ciclo del producto. Por otro lado, la atracción de inversiones mediante la puesta en práctica de barreras comerciales y aislamiento de mercados, forzando la creación de *joint ventures* con empresarios y empresas locales, basaron las políticas de muchos países en desarrollo.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Lacerda *et al.*, 2005, pp. 7-14; Molle, 2003, pp. 14-15; Mousnier, 1995, pp. 83-128, 149-161 y 233- 256; Prado Júnior, 1994, pp. 31-75.

<sup>2</sup> Molle, 2003, pp. 16 -18.

<sup>3</sup> Fatouros, 1999, p. 53.

<sup>4</sup> Lacerda *et al.*, 2005, pp. 79 - 80.

<sup>5</sup> Gilpin, 2002, pp. 259-267.



Con la disminución del hiato tecnológico entre Estados Unidos y otros países, sobre todo en Europa y Asia, empezaron a surgir CTN no estadounidenses, casi exclusivas hasta la mitad de los 1970, haciendo más complejo el panorama de las inversiones y disminuyendo la importancia del ciclo del producto, favoreciendo la integración vertical.<sup>6</sup>

A consecuencia de estos cambios, el escenario a partir de fines del siglo XIX hasta la II Guerra Mundial, dominado por las inversiones y la presencia extranjera para la explotación de recursos naturales y oferta de servicios públicos, cambia, agregando a los sectores más tradicionales la producción de bienes y servicios.

Es para ese escenario complejo, con distintos modelos de inversión, que se debe tener en cuenta posibles instrumentos de atracción, los cuales, en gran medida, dependen de las características de los sectores en los cuales se pretende incentivar la inversión extranjera y, asimismo, de las posibilidades estatales de establecimiento y ejecución de políticas jurídicas y económicas.

### 3. Atracción de inversiones extranjeras

Invertir en el exterior siempre trae dificultades y costos a los inversionistas, sobre todo si se lo hace de manera directa, aportando capitales y tecnología y, asimismo, reteniendo algún grado de control sobre la actividad de la empresa.

Por otro lado, muchas pueden ser las ventajas de la recepción de inversiones extranjeras, como la contribución para la balanza de pagos, el estímulo a la transferencia de tecnología, el crecimiento del comercio exterior, la creación de trabajo, la inserción en las cadenas productivas internacionales y la creación de *spillovers* locales.<sup>7</sup> Además, el fortalecimiento institucional de las estructuras administrativas, legislativas y jurisdiccionales de los países receptores se puede promover a partir de la modernización impulsada por esas inversiones.<sup>8</sup>

Por esas razones a veces se busca la promoción de las inversiones extranjeras a partir de políticas estatales.

Para este escenario es posible indicar conforme a Dunning (1993) las cuatro causas de atracción de las inversiones extranjeras directas que se exponen en el cuadro.

Búsqueda de recursos	<ul style="list-style-type: none"><li>• recursos naturales (minería, materias primas y áreas para agricultura o ganadería)</li><li>• mano de obra barata o especializada</li></ul>
Búsqueda de mercados	<ul style="list-style-type: none"><li>• mercados anteriormente servidos por importaciones o con elevadas barreras a la importación</li><li>• proveedores que acompañan sus clientes en expansión para el exterior</li></ul>
Búsqueda de eficiencia	<ul style="list-style-type: none"><li>• integración y racionalización vertical u horizontal de las cadenas de producción</li></ul>
Búsqueda de activos estratégicos	<ul style="list-style-type: none"><li>• adquisiciones, fusiones y alianzas estratégicas con objetivos de largo plazo</li></ul>

<sup>6</sup> Gilpin, 2002, pp. 259-267.

<sup>7</sup> Gregory y Oliveira, 2005, pp. 22-27.

<sup>8</sup> Enderwick, 2005, pp. 105-107.



Así, los factores para atracción de inversiones cambian profundamente y, con ellos, las posibles políticas estatales de promoción y protección de inversiones, sobre todo teniendo en cuenta los sectores en los cuales se tiene la inversión extranjera como deseable.

Si la simple presencia de recursos naturales puede ser, como lo es todavía en muchos casos, suficiente para la atracción de activos extranjeros para su explotación, eso no depende, esencialmente, de políticas dirigidas a la atracción. Por supuesto que es posible la mejora de condiciones jurídicas e institucionales para la recepción de activos, pero, efectivamente, es imposible atraer esas inversiones donde tales recursos no existen o presentan dificultades técnicas para la explotación.

Respecto a la búsqueda de mercados, la imposición de aranceles y otros tipos de restricciones para la importación de productos se ha presentado históricamente como una estrategia estatal para la atracción de empresas extranjeras propietarias de la tecnología y de los capitales necesarios para la producción de mercancías. Las teorías cepalinas de los años 1950 hasta 1970, las cuales fueran ampliamente adoptadas en los países sudamericanos, basaban la atracción de la inversión directa extranjera en la protección de la industria naciente combinada con la mejora de la infraestructura a partir de gastos públicos.<sup>9</sup> Hoy en día esas políticas de contención de las importaciones dejaron de ser factibles en el ámbito de la Organización Mundial de Comercio (OMC), en el cual se logró una amplia liberalización en el mercado internacional de bienes industrializados, aunque todavía hoy sean posibles restricciones a la circulación de servicios.

Las inversiones propulsadas por la búsqueda de eficiencia y ventajas estratégicas dependen de factores más complejos y, por lo menos en alguna medida, dependientes de políticas de mediano y largo plazo. Si el deseo es el de propulsar las inversiones en investigación y desarrollo (I&D), es necesaria la creación de infraestructuras de transporte, finanzas y comunicaciones, además de la formación de profesionales capacitados, incluido el tema de la educación técnica y superior y, asimismo, inversiones estatales en investigación científica y técnica.

#### **4. Estructura jurídica de la inversión extranjera**

Los sectores y las épocas en que se realizan inversiones extranjeras directas se relacionan con formas jurídicas específicas, las cuales dependen tanto de las condicionantes económicas, cuanto de las técnico-jurídicas y políticas. Se hará el análisis de la estructura jurídica en cada período de las inversiones para cada sector:

##### **4.1. Recursos naturales y servicios públicos**

Teniendo en cuenta la explotación de recursos naturales, el modelo inicialmente adoptado ha sido el de enclave. En ese sistema, muchas unidades de explotación tenían amplia autonomía de acción en un espacio geográfico determinado y garantizado por plazos bastante amplios. Las concesiones estatales para mineras se daban por plazos que llegaban a superar los 100 años y sobre las cuales el único control del Estado receptor de las inversiones era sobre la salida de productos efectivamente transportados fuera de la unidad de producción, respecto de los cuales se cobraban regalías calculadas sobre la cantidad<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Bielschowski, 1988, pp. 363-399.

<sup>10</sup> Peter, 1986, pp. 6-7.



En la oferta de servicios públicos, por supuesto, no era posible realizar las actividades en régimen de enclave. Sin embargo, teniendo en cuenta que la implementación de servicios públicos, sobre todo en sectores como ferrocarriles, energía eléctrica, tranvías, telégrafo y teléfono, dependía tanto de los capitales cuanto de la tecnología desarrollada en los países industrializados, estas también se realizaban mediante concesiones estatales en las que las garantías para los inversionistas eran bastante amplias, incluso en lo que respecta a los cargos de dirección y la manutención del dominio de las tecnologías empleadas.

En los modelos predominantes desde fines del siglo XIX hasta la II Guerra Mundial hubo algunas características compartidas entre el sector de explotación de recursos naturales y el de oferta de servicios públicos. Por un lado, se puede observar la manutención de un amplio dominio tecnológico por los inversionistas. Asimismo, es bastante común la ausencia de nacionales del Estado receptor de la inversión en los cuadros administrativos y técnicos de alto nivel. Por fin, las dos clases se realizaban basadas en contratos entre particulares extranjeros y el Estado receptor de las inversiones.

De todos modos, los modelos de inversión propios del período anterior a la II Guerra Mundial pasaron a ser duramente criticados a partir del movimiento de descolonización y, sobre todo, de la acción política conjunta de los países subdesarrollados a partir de la Conferencia de Bandung, en 1955, y de la construcción en la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) del concepto de soberanía permanente sobre los recursos naturales.

De hecho, los países industrializados tuvieron conciencia, durante la guerra, de la necesidad estratégica de acceso a recursos naturales localizados en países en desarrollo y, en un primer momento, pasaron a pleitear un régimen internacional que se lo garantizase. Los países en desarrollo, sobre todo los que recién se independizaban, se oponían a esa posibilidad, al mismo tiempo que denunciaban los desequilibrios y las injusticias concretadas por las concesiones del modelo tradicional de inversiones.<sup>11</sup>

Conforme a las condiciones de estabilidad política y económica, muchos países pasaron a nacionalizar o socializar los activos extranjeros en los sectores de recursos naturales y servicios públicos.

En este período hubo una profunda alteración en los estándares jurídicos de la inversión extranjera. Luego de las nacionalizaciones, algunos de los Estados se resintieron por la falta de tecnología de explotación, capacidad de administración y acceso a las cadenas de distribución. Por consiguiente, formaron empresas nacionales que hicieron *joint ventures* con las principales compañías de los países industrializados y en poco tiempo la unión de empresas se tornó el modelo más común de acuerdo de inversión para la explotación de recursos naturales. En ese sentido, refiriéndose al período de los años 1950 y 1960, recuerda Wolfgang Peter (1986:7):<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Lowenfeld, 2003, pp. 405-407; Schrijver, pp. 3-19.

<sup>12</sup> Traducción del autor.



*“La estructura de los acuerdos de concesión ha sido, de este modo, profundamente cambiada en la medida en que el concepto de soberanía sobre los recursos naturales se materializaba en la cuestión del control de los Estados receptores sobre los proyectos. Los nuevos proyectos casi siempre envolvían la copropiedad de los Estados receptores con los inversionistas extranjeros, organizada en una estructura de joint venture y muchos de los contratos de concesión existentes fueron adaptados para este modelo. Otros cambios en la estructura de los acuerdos de concesión tuvieron lugar cuando nuevos contratos se adoptaron, como el de administración, distribución de la producción y contratos de trabajo, los llamados contratos de servicios”.*

De este modo, además de las *joint ventures* corporativas, en las cuales se crea una nueva persona jurídica a la cual aportan capitales y comparten riesgos los inversionistas privados extranjeros y el Estado, en general mediante una empresa estatal, también son posibles las *joint ventures* contractuales, en las cuales las tareas y los riesgos son distribuidos por contrato, sin la formación de una nueva persona jurídica. Sin embargo, se hacen bastante comunes los llamados contratos de servicios, por los cuales las empresas extranjeras prestan servicios determinados a empresas estatales contra un pago, sin participación en la administración o en los riesgos.

En estos sectores la estructura de las inversiones extranjeras no ha cambiado significativamente desde los años 1960 y 1970, tampoco fueron afectadas por los cambios ocurridos a partir de la caída del comunismo. De hecho, la significativa flexibilidad de los instrumentos jurídicos posibles permite, en una considerable medida, distribuir beneficios y riesgos conforme a la capacidad y el poder de negociación de las partes. Si los Estados se hicieran más conscientes de las posibilidades de utilizar la soberanía como fuente de mejores posiciones de negociación –lo que no siempre genera la distribución de los beneficios o el desarrollo regional–, reconsiderarían que las transnacionales que explotan recursos naturales tienen amplias ventajas derivadas del desarrollo técnico y del control de las cadenas productivas en que los recursos naturales se presentan apenas como materia prima. En sectores, como el del crudo, en los cuales las materias primas tienen valores de mercado relativamente altos, hay todavía espacio para la influencia del Estado, sea mediante la regulación de la minería y la fijación de las regalías, sea mediante la presencia de empresas estatales fuertes, muchas veces en régimen de monopolio nacional. En otros sectores, donde las materias primas son más abundantes, o tienen sucedáneos viables, el poder estatal tiende a ser menos relevante. Asimismo, cuando las cadenas de distribución y el dominio de técnicas necesarias para la comercialización están en manos de empresas que son monopsonios, o tienen posición de oligopsonio, tampoco los Estados logran tener mucho poder.

Sin embargo, aunque se va a abordar ese tema más adelante, es necesario dejar en claro que el sistema internacional de protección de inversiones pautado por tratados bilaterales de inversión (TBI) y arbitraje internacional se fortalecerán en el período de las nacionalizaciones y socializaciones.

La existencia de un sistema internacional de protección de inversiones, asociada a los términos más razonables –y más realistas en términos de equilibrio de las relaciones contractuales– y a la necesidad de obtener capitales extranjeros, ya como parte de políticas de desarrollo, ya como necesidad inmediata vinculada a la balanza de pagos, han impedido, en considerable medida, las expropiaciones clásicas, estableciendo un ambiente más favorable a la inversión extranjera.



#### **4.2. Búsqueda de mercados y de ventajas en precios de factores**

Hemos visto que las inversiones en la producción de bienes no eran comunes, en su forma directa, hasta los años posteriores a la II Guerra Mundial. De hecho, hasta este entonces, la acumulación derivada de la explotación por elites locales de la explotación de recursos naturales y de agricultura y ganadería para exportación, asociada a préstamos extranjeros privados y públicos permitieron, en algunos casos, alguna industrialización local para la producción de bienes de consumo, aunque todavía dependiente de la producción en el extranjero de los bienes de capital.

A partir de los años 1950 y por lo menos hasta el inicio de los de 1970 hubo una importante tendencia al crecimiento de las inversiones directas privadas extranjeras –sobre todo estadounidenses– para la implementación de sucursales en países en desarrollo, ya sea con la finalidad de explotar ventajas en precios de factores, como tierra y mano de obra, ya sea para tener acceso directo a los mercados domésticos.

La teoría del ciclo del producto explica esa expansión como una estrategia de expansión oligopolista horizontal, en la cual las empresas se aprovecharían de las ventajas de desarrollar los productos en las casas matrices para, luego, expandir sus mercados aprovechando menores precios de factores y ventajas para el acceso a los mercados de los países receptores.<sup>13</sup>

En términos jurídicos, los inversionistas extranjeros no dependían, para su actividad, de concesiones públicas. Aunque el Estado pueda, en algunos casos, comprometerse a garantizar períodos de excepciones fiscales (*tax holidays*) o ventajas de otros tipos – incluso las barreras arancelarias a productos extranjeros– no existe en ese modelo relación contractual entre inversionista y Estado.

Por otro lado, existe la necesidad de la construcción jurídica de instituciones adecuadas al capitalismo moderno, como la estructura de las sociedades anónimas, el sistema financiero, con las posibilidades de transferencia internacional de capitales y la adecuación de las instituciones para garantizar de manera pronta y eficiente la propiedad privada y el cumplimiento de los contratos. Se puede mencionar que las mejoras en los cuadros regulatorios implican, en general, disminuciones de los costos de transacción y, por consiguiente, facilitan la instalación de sucursales y filiales de empresas extranjeras para la producción de bienes y la oferta de servicios.

Sin embargo, muchos de los Estados evitaron la adopción de políticas legislativas netamente liberales. La preocupación por la promoción del desarrollo mediada por los gobiernos y los temores relacionados con los poderes de las transnacionales evitaron la adopción de regímenes completamente libres. Hubo, en muchos de los países en desarrollo, la imposición de múltiples restricciones a las inversiones e inversionistas extranjeros, las cuales iban de la prohibición de participación de capitales extranjeros en la explotación de sectores sensibles para la economía y la seguridad nacional hasta la limitación y tributación de remesas de lucros y repatriaciones de capitales, pasando por la imposición de requisitos de desempeño y limitaciones de orden laboral.

Apenas después de la caída del Muro de Berlín – y de la crisis del endeudamiento del decenio de 1980– las reglas se liberalizaron de modo muy amplio, ocurriendo, en particular:<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Gilpin, 2002, pp. 40- 43.

<sup>14</sup> Fatouros, 1999, p. 61.



1. disminución de procedimientos de control de entrada (*screening requirements*);
2. disminución de las restricciones a la creación de sucursales de compañías extranjeras;
3. libertad para repatriación de capitales y remesas de lucros;
4. disminución de los riesgos de expropiación; y
5. aceptación del arbitraje internacional en contratos y tratados.

Al mismo tiempo, los países en transición de Europa Central y del Este debieron buscar cambios que apenas liberalizaban los mercados, como en los países en desarrollo, pero que alteraban todo un sistema jurídico.<sup>15</sup> Estos cambios se alcanzaron con las reglas sobre propiedad, contratos, sociedades comerciales y competencia, dejándose para más tarde las alteraciones de las reglas sobre mercados de capitales, falencias y trabajo.<sup>16</sup> En lo que respecta al sistema internacional de protección de inversiones, la adhesión por los países en transición de los sistemas del CIADI, MIGA y de los TBI se puede considerar importante, tanto como señal de que no se deseaba retroceder en las reformas, como para la garantía efectiva de las inversiones contra la actividad del Estado.<sup>17</sup>

#### **4.3. Búsqueda de eficiencia y de activos estratégicos**

Tanto la búsqueda de incremento de la eficiencia, cuanto la referente a los activos estratégicos se ubican en el campo de las inversiones volcadas al mejor provecho de la integración vertical de las cadenas de producción.

En términos de estructuras jurídicas, internas e internacionales, no hay diferencias significativas entre esas modalidades de atracción de activos extranjeros y la tratada en el tópico anterior. De hecho, considerando la facilitación de los flujos internacionales de mercancías, facilitado por la caída de costos de transporte y la liberalización asegurada por la OMC, y de las comunicaciones, se imprimió un mayor dinamismo en las actividades empresariales y, asimismo, existen menores diferencias y barreras a la transnacionalización de las actividades corporativas.

En ese contexto, se hace relevante no solo la seguridad jurídica de los sistemas nacionales, sino también la existencia de medios de reducción de incertidumbres en las operaciones internacionales, en las que pasan a tener más relevancia instrumentos como contratos de larga duración y otras alternativas de incremento de seguridad. Si la escuela institucionalista de Stanford propone la posibilidad de una convergencia en términos de racionalidad de mercado y homogeneización de las instancias nacionales en derredor de una cultura jurídica occidental, las pruebas empíricas de esa convergencia resultan, todavía, bastante frágiles.<sup>18</sup>

Gessner, Applebaum y Felstiner (2001:7) identifican así cuatro discursos sobre la estructura de los negocios globales:<sup>19</sup>

<sup>15</sup> Elster, Offe y Preuss, 1998, pp. 156-157.

<sup>16</sup> Elster, Offe y Preuss, 1998, pp. 181-186.

<sup>17</sup> Gray y Jarosz, 1995, pp. 28-32.

<sup>18</sup> Gessner, Appelbaum y Felstiner, 2001, pp. 4-6

<sup>19</sup> Traducción del autor.



*“El primero enfatiza la importancia formal de las reglas jurídicas, el segundo las reglas autónomas en forma de autorregulación de los negocios, el tercero se concentra en el papel de la profesión jurídica para estructurar las relaciones de negocios y en aproximar las culturas jurídicas y el cuarto enfatiza la importancia de redes informales estrechas, ejemplificada en las relaciones guanxi de la cultura de negocios china. Estos cuatro discursos conforman un continuum aproximado de las soluciones normativas muy universalistas a las muy particularistas para el problema de la coordinación y regulación de las culturas de negocios globales”.*

Todavía hoy, esas distintas formas de articulación de los negocios siguen operando de manera complementaria. De hecho, las menos formales permiten, en alguna medida, el distanciamiento de los controles estatales y hace que algunos intentos de apropiación de parte de los beneficios generados por empresas transnacionales sean apropiados por el Estado o por comunidades locales, lo que es bastante claro en los sistemas de elusión fiscal proporcionados por los *tax havens* y por las tecnologías de *transfer pricing*.

De este modo, si la estructura jurídica subyacente a la expansión multinacional propia del ciclo del producto y de la integración horizontal depende ampliamente de los sistemas jurídicos internos de los países receptores y, por lo tanto, de su adaptación a las necesidades de las empresas transnacionales, la integración vertical se beneficia de la creciente conformación de un mercado global perfeccionado y crecientemente liberal para optar por mecanismos de estructuración de las actividades intracorporativas y extracorporativas que dificultan controles por los sistemas jurídicos nacionales.

#### **4.4. Cambios y límites de la regulación interna de las inversiones extranjeras**

En un primer análisis parece que la regulación interna de las inversiones extranjeras pasa, en el siglo anterior, por un crecimiento de su importancia para, después, volver a un estado bastante semejante al de sus primeros años.

De hecho, la existencia de sistemas de enclave hasta fines de la II Guerra Mundial indican la falta de control estatal, también presente con referencia a las estructuras altamente dinámicas de las cadenas transnacionales de operaciones de negocios y integración vertical. Sin embargo, esa es una conclusión apenas parcialmente verdadera.

De hecho, en el campo de la explotación de los recursos naturales y de la oferta de servicios públicos las fórmulas de los años 1960 y 1970 siguen todavía vigentes. Luego de la reacción nacional contra la iniquidad de los términos de las concesiones tradicionales, que generó, por algún tiempo, barreras a la inversión extranjera, el efectivo poder de las compañías y de los gobiernos encontró formas jurídicas de expresión de sus efectivos puntos de equilibrio, lo que dio paso a disputas menos significativas y, en general, resueltas en el mismo cuadro de las negociaciones y ajustes contemplados por los propios contratos de concesión.

Por su parte, respecto de las inversiones y actividades de inversionistas extranjeros independientes de concesiones estatales, algunos cambios de las condiciones generales de la economía mundial, asociados a la globalización y a la reestructuración de las inversiones extranjeras, el potencial de control de estas actividades por el Estado disminuyó sensiblemente en los últimos 20 años, sea por cambios jurídicos internos en el sentido de la desregulación, sea por la multiplicación de posibilidades de instalación de negocios en los más diversos países.



En ese contexto es, por lo tanto, importante evaluar las posibilidades referentes a la construcción y consolidación de un sistema jurídico internacional para las inversiones extranjeras, identificando sus retos y sus límites.

## 5. Régimen internacional de las inversiones extranjeras

Ya hemos observado<sup>20</sup> que las reglas e instituciones internacionales en materia de inversiones extranjeras funcionan, sobre todo, como un sistema de protección de inversiones e inversionistas.

Sin embargo, considerando las posibilidades de formación de climas favorables a la inversión extranjera, una red de acuerdos internacionales sobre inversiones puede, en teoría, ejercer las siguientes funciones<sup>21</sup>:

1. promover la liberalización de las inversiones;
2. aumentar la credibilidad de los países miembros;
3. auxiliar en la armonización de reglas y estándares; y
4. crear sinergias internacionales de regulación.

De hecho, pocas de esas posibilidades se han concretado en el presente sistema internacional de promoción y protección de inversiones.

Hasta la actualidad, desde el fracaso de la creación de una Organización Internacional de Comercio en los términos de la Carta de La Habana, que incluía reglas sobre inversiones, al del Acuerdo Multilateral sobre Inversiones (AMI), propuesto por la OCDE, no ha sido posible crear un marco multilateral para la promoción y protección de inversiones. Existen, como algunos artículos de FMI, el GATS y el TRIMs, instrumentos multilaterales que abarcan temas referentes a las inversiones extranjeras. Además, bajo los auspicios del Banco Mundial, se han creado dos sistemas importantes de protección y promoción de inversiones: el Centro Internacional de Solución de Disputas sobre Inversiones (CIADI), en 1965, y la Agencia Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA), en 1986.

Las reglas operativas materiales de protección de inversiones, por su parte, se encuentran diseminadas en diversos acuerdos de promoción y protección de inversiones (APPRI), entre los cuales existen acuerdos sectoriales, como el Tratado de la Carta de Energía (TCE), regionales, como el NAFTA, el CAFTA y el no ratificado Protocolo de Colonia de 1994 del MERCOSUR, y tratados bilaterales de inversión (TBI), que suman hoy cerca de 2400 acuerdos firmados y poco más de 1700 ratificados<sup>22</sup>

De hecho, es posible clasificar las disposiciones de los APPRI de la siguiente manera:

<sup>20</sup> Costa, 2006a.

<sup>21</sup> Banco Mundial, 2004, p. 29.

<sup>22</sup> UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2005/10.



1. Reglas sobre la cobertura de los tratados, como la definición de inversión e inversionista extranjero;
2. Reglas sobre la solución de controversias, incluso entre inversionista extranjero y Estado receptor de las inversiones;
3. Reglas de liberalización, como la prohibición de procedimientos de entrada selectiva y de requisitos de desempeño, la protección y la no discriminación anterior a la entrada de los activos y la elaboración de listas de sectores liberalizados.

Eso hace que, de hecho, la propia dimensión de la liberalización de las inversiones, la armonización normativa y las sinergias internacionales sean bastante incipientes en el sistema marcado por las redes de TBI y APPRI regionales. Eso se debe al hecho de que lo que se tiene como finalidad de ese sistema se concentra en la protección contra riesgos derivados de la actividad estatal, los cuales son mucho más evidentes en las inversiones para explotación de recursos naturales y oferta de servicios públicos. La importancia de ese sistema para las inversiones independientes de concesiones estatales y afectadas apenas indirectamente por las decisiones gubernamentales es, por lo tanto, solo marginal y se concentra, hoy por hoy, en temas como las garantías y libertades de cambio y de flujo internacional de moneda y en las expropiaciones regulatorias.

4. Estándares de tratamiento relativos, como tratamiento nacional y de la nación más favorecida, y absolutos, como la protección integral y el tratamiento justo y equitativo;
5. Reglas de protección contra la expropiación y garantías de compensaciones adecuadas, prontas y efectivas;
6. Protección de la circulación de capitales para remesa de lucros y repatriación de capitales; y
7. Estándares mínimos de propiedad intelectual, medioambientales y laborales.

Adoptando la clasificación de Abbott *et al.* (2000) para las categorías relevantes de la juridificación internacional, identificando tres dimensiones como: a) la existencia de obligaciones jurídicas, b) la claridad del contenido de las normas y c) la delegación a terceros de las tareas de creación de reglas, aplicación y efectividad, es posible afirmar que, con la adopción de sistemas internacionales de arbitraje entre inversionista y Estado, sobre todo en el CIADI, muchos aspectos de los APPRI pueden ser considerados como altamente institucionalizados y eficientes, puesto que los tratados crean obligaciones para los Estados, que son claramente establecidas en sus textos y cuentan con instancias internacionales de aplicación, aunque no exista la creación de normas derivadas y la efectividad depende de la ejecución de los laudos arbitrales por las autoridades nacionales de los miembros de la Convención del CIADI. Las principales excepciones son las reglas referentes a los estándares medioambientales y laborales mínimos, a los cuales les falta, a veces, claridad y, siempre, cobertura por un sistema de delegación. En esos temas, los APPRI no son más que *soft law*. Además, las reglas sobre liberalización son muy limitadas y muchas veces no implican obligaciones, no son claras y no están cubiertas por el sistema de solución de controversias por arbitraje internacional.

De las funciones presentadas al principio de este tópico, por lo tanto, la única que parece tener alguna efectividad es la del incremento de la credibilidad de los Estados, que solo utilizan los APPRI para declarar sus intenciones de proteger inversiones



extranjeras, pero vinculan sus regímenes internos a límites internacionalmente ajustados y que posibilitan el arreglo al arbitraje internacional. Pero las limitaciones del ámbito de aplicación para después de la entrada de las inversiones, la ausencia de cronogramas de liberalización –aunque estos existan en capítulos sobre los servicios de acuerdos regionales como el NAFTA y el CAFTA– y la fragilidad de los estándares laborales y medioambientales no permiten ventajas verdaderas en términos de liberalización y de armonización normativa. Por lo tanto, si existe alguna sinergia entre los adoptantes de los APPRI, esta se limita a la difusión regional de la credibilidad.

## **6. Cooperación y competencia: estrategias y políticas posibles para la obtención de un buen clima de inversiones**

Suponiendo que los activos invertibles son escasos y producen beneficios en y para los países receptores, propulsando el desarrollo, es posible considerar la idealización y puesta en práctica de políticas públicas de atracción de inversiones.

Por supuesto que no todas las inversiones producen beneficios netos. Son, en ese sentido, bastante conocidas las críticas a las inversiones indirectas especulativas, las cuales se hicieron particularmente conocidas en las crisis rusa y asiática del decenio de 1990. La explotación mineral, por ejemplo, puede producir efectos negativos para el desarrollo de los demás sectores en un país a partir del excesivo incremento del tipo de cambio –la llamada enfermedad holandesa– y, muchas veces, no promueve el desarrollo local, manteniendo a los actores económicos nacionales fuera de las cadenas de producción y distribución, sin promover efectivas transferencias de tecnología o cualesquiera *spillovers* locales o regionales. Por ejemplo, el análisis de medio siglo de la minería en la Amazonia oriental conduce a la conclusión de que no se produjeron los efectos deseados, sino que dio lugar a la exclusión de las comunidades locales, sin incorporar conocimientos locales en las cadenas productivas –las cuales son homogéneas e internacionales– implicando, además, problemas medioambientales, como la polución recurrente de la producción aurífera y los impactos de la producción de energía eléctrica, en general subsidiada por el Estado<sup>23</sup>. En el sentido de reconocer que no es toda inversión –y tampoco toda inversión directa– la que produce efectos positivos, el Banco Mundial se refiere a un “buen clima de inversión” como:<sup>24</sup>

Factores locacionales los cuales conforman las oportunidades y los incentivos para que las empresas inviertan productivamente, creen empleos y se expandan. Un buen clima de inversión no se limita a generar ganancias para las empresas; si ésta fuere la finalidad, el objeto sería limitado a la reducción de costos y riesgos. Un buen clima de inversiones mejora los resultados para toda la sociedad.

Sin embargo, aunque hagamos la distinción entre las inversiones deseables y las no deseables, los intereses nacionales y regionales para la atracción de inversiones siguen siendo importantes.

Considerando una región en que los países sean importadores netos de capitales e igualmente interesados en obtener inversiones extranjeras, es posible considerar la actuación de cada uno de ellos como siguiendo líneas estratégicas de cooperación y de competencia. Para este trabajo, comprendemos la cooperación como la actuación

<sup>23</sup> Monteiro, 2005.

<sup>24</sup> Banco Mundial, 2004, p. 18.



concertada para la producción de beneficios para los actores, y competencia como la disputa por mayores beneficios sin tenerse en cuenta los efectos para los demás. En ese sentido, es importante resaltar que la cooperación, como acción concertada, no depende de que:

1. los actores compartan objetivos o visiones consensuadas sobre beneficios;
2. los actores establezcan objetivos comunes de largo plazo;
3. las acciones se desarrollen bajo el amparo de un cuadro jurídico/institucional;
4. la concertación sea explícita, admitiéndose modalidades tácitas basadas en reciprocidad o altruismo recíproco; y
5. no exista competencia en ámbitos asociados al de la cooperación.

De ese modo, la concepción propuesta de cooperación es bastante más amplia que la generalmente aceptada.

La cooperación para la obtención de inversiones extranjeras, por lo tanto, puede ocurrir en ámbitos restringidos y, asimismo, sin la concordancia explícita de los actores o la juridificación de un régimen común. Para la producción de un buen clima de inversiones, por ejemplo, es posible que los países establezcan sistemas coordinados para la disminución de los riesgos políticos y jurídicos, mientras, individualmente, se envuelven en carreras de desregulación en temas tributarios, laborales y medioambientales.

Por lo que observamos en la descripción de los aspectos jurídicos de las inversiones, organizados en conformidad con los factores de atracción, es posible observar que en los campos más tradicionales –la explotación de recursos naturales y la oferta de servicios públicos– la estructura jurídica asociada ya se encuentra bastante establecida. Por su parte, en general, no hay mucho sentido en las estrategias de cooperación o competencia por los capitales, puesto que la distribución de los recursos y de los servicios sigue, muchas veces, las fronteras establecidas de un país. Existe, por supuesto, la posibilidad de cooperación por recursos transfronterizos, como en el ejemplo de la Binacional Itaipú, en que Brasil y Paraguay firmaron un convenio internacional público para la explotación de la energía hidroeléctrica. Muchas sinergias económicas y jurídicas son posibles en ambientes transfronterizos, yendo de la explotación de yacimientos minerales que se extienden más allá del territorio de un único país a la armonización jurídica sobre la propiedad intelectual de la biodiversidad y de los conocimientos tradicionales en regiones donde la biota y los pueblos indígenas no respetan las fronteras de las soberanías nacionales.

De todos modos, incentivos fiscales, laborales e, incluso, medioambientales no tienen mucho sentido para la promoción de esos sectores. La atracción está, en general, garantizada por la presencia de los recursos y por un mercado cautivo, muchas veces en régimen de monopolio. Las políticas posibles, por lo tanto, están limitadas a la reducción de riesgos políticos y jurídicos y, asimismo, a incentivos de ampliación de mercados, en lo que puede haber cooperación regional.

Para la inversión productiva horizontal derivada de la búsqueda de mercados, como pudimos observar, las estrategias basadas en la sustitución de importaciones han sido casi totalmente alejadas del ámbito de posibilidades, ya por el relativo fracaso de los modelos cepalinos debido al endeudamiento estatal, ya por la baja competitividad



resultante de la ausencia de escalas suficientes y desequilibrio departamental. El crecimiento y fortalecimiento de los mercados internos, el desarrollo de las instituciones jurídicas volcadas a los negocios e incentivos de reducción de costos de factores productivos, por su parte, son posibles incentivos a la inversión extranjera. Tanto el fortalecimiento de mercados, cuanto el incremento de la seguridad y certidumbre jurídicas se pueden obtener mediante estrategias cooperativas, mientras que los incentivos fiscales y los intentos de reducción de costos de factores, incluso mediante la desregulación, tienden a concretarse mediante competencia.

En lo que se refiere a la inversión extranjera en búsqueda de eficiencia e integración vertical la situación es bastante semejante a la de los mercados. Sin embargo, hay, sobre todo en lo que se refiere a activos estratégicos, aspectos que tienen su importancia subrayada. Teniendo en cuenta objetivos estratégicos de largo plazo, las compañías tienden a considerar más profundamente cuestiones estructurales y cautelarse contra políticas que pueden tener corta duración, sea por razones políticas, económicas o jurídicas. En ese sentido, políticas no sostenibles en términos de carrera de desregulación pueden ser interpretadas como factores que pueden llenar de chaparrones el clima de inversiones. La cooperación internacional –multilateral y regional– puede ser beneficiosa en ese sentido, sobre todo cuando está apoyada sobre bases institucionales. En ese sentido, es importante observar que una investigación del Banco Mundial en más de 30.000 empresas en 53 países en desarrollo identificó los riesgos referentes a políticas públicas como una de las principales preocupaciones de los inversionistas, además de los costos transnacionales y las barreras a la competencia.<sup>25</sup>

## **7. MERCOSUR y cooperación regional para atracción de inversiones extranjeras**

El MERCOSUR es una unión aduanera imperfecta, lo que se debe tanto a la existencia de regímenes de excepción de la reducción a cero de los aranceles intrazonales, cuanto al carácter incompleto del arancel externo común. Sin embargo, ya en el Tratado de Asunción de 1991, se propone la creación de un mercado común, lo que comprendería, además del perfeccionamiento de la unión aduanera, las libertades de circulación de personas, de capitales y de establecimiento.

El estado actual del MERCOSUR comprende, en sí mismo, la institución de un importante incentivo a inversiones extranjeras en la región, puesto que al crear libertad de circulación de mercancías y algunos insumos productivos garantiza un ensanchamiento de los mercados nacionales, tornándolos más apropiados a la obtención de economías de escala. En ese particular, la cooperación es ampliamente institucionalizada en términos internacionales, lo que estabiliza las políticas comerciales internas en considerable medida y crea un ambiente bastante estable.

Específicamente para la protección y promoción de inversiones entre los países de la región se firmaron dos protocolos, uno en Colonia y el otro en Buenos Aires, los cuales no han sido ratificados, sobre todo a consecuencia de la posición brasileña, bastante reacia a los APPRI.<sup>26</sup>

Sin embargo, los otros países del MERCOSUR, incluso Venezuela y los asociados, son parte del sistema de los APPRI y son, además, miembros del CIADI. Centrándose en el caso argentino se puede señalar, además, la existencia de 14 APPRI con

<sup>25</sup> Banco Mundial, 2004, p. 13.

<sup>26</sup> En el decenio de 1990, Brasil ha firmado 14 APPRI, pero no ha ratificado ninguno de ellos.



Estados latinoamericanos y la tendencia reciente a fortalecer la red de estos acuerdos abarcando países en desarrollo, lo que puede resultar en efectos positivos en cuanto a la percepción política y reputacional.<sup>27</sup>

De este modo, es muy clara la ausencia de estrategias comunes concertadas en el MERCOSUR para la atracción de inversiones extranjeras. Si hay efectos positivos de la integración, estos se deben a la liberalización de la circulación de mercancías en la región y a eventuales efectos positivos sobre la percepción externa de la región a partir de la adhesión de muchos de sus miembros al sistema de los APPRI y del CIADI.

Sin embargo, la ausencia de juridificación para la liberalización y protección de las inversiones extranjeras puede resultar en conflictos regionales debidos a la competencia por inversiones extranjeras. Esos conflictos se pueden concretar y reflejar en la reducción de estándares medioambientales, laborales y tributarios, con riesgos de carreras de desregulación (*race to the bottom*). El reciente caso de las papeleras llevado por Argentina a la Corte Internacional de Justicia puede ser un ejemplo de estos conflictos.

## 8. Conclusiones

La ausencia de procesos políticos claros y de juridificación consistente en materia de inversiones extranjeras en el MERCOSUR no significa que el proceso de integración regional no tenga efectos positivos sobre la atracción de capitales y tecnología extranjeros en la forma de inversiones directas. Cuando adoptamos un concepto muy amplio de cooperación, como en el ámbito de este trabajo, se puede decir que, aunque de manera tácita y a pesar del poco apoyo y escasa estructura institucional, existe la producción de beneficios para los actores a partir de la implementación de las estrategias unilaterales de los países, mediante el fortalecimiento de las instituciones jurídicas y políticas nacionales y, asimismo, de la creación de marcos de regulación adecuados.

En ese sentido, el desarrollo histórico de los marcos jurídicos nacionales, adaptados a las exigencias de la expansión de empresas transnacionales, y, asimismo, la adhesión de muchos países de la región al sistema internacional de protección de inversiones extranjeras pueden tener efectos positivos para todos.

Sin embargo, hay riesgos de carreras de desregulación, las cuales a largo plazo pueden, incluso, perjudicar la presencia de buenos climas de inversión.

En ese sentido, sería beneficioso establecer mejores sistemas de discusión y toma de decisiones internacionales, capaces de crear regímenes regionales consensuados para el mejor tratamiento de las inversiones extranjeras, el cual a) respete la diversidad de las razones de atracción de inversiones y su distribución desigual entre los países; b) tenga en cuenta la necesidad de fortalecer los cuadros jurídicos internos, adecuándolos a las necesidades de los inversionistas extranjeros; c) posibilite la inserción brasileña en un sistema regional de promoción y protección de inversiones alternativo a la expansión de la red de APPRI; d) facilite el aprendizaje y la formación de consensos entre autoridades y otros actores sociales para el establecimiento de

---

<sup>27</sup> Costa, 2006b.



estándares sociales, laborales y medioambientales comunes y e) permita a la región el concierto de estrategias para la atracción y regulación de inversiones extranjeras.

## Bibliografía

ABBOTT, Kenneth W., KEOHANE, Robert O., MORAVCSIK, Andrew, SLAUGHTER, Anne Marie, y SNIDAL, Duncan (2000), "The Concept of Legalization", en *International Organization*, vol 54, n. 3. Cambridge, Ma: IO Foundation and the MIT, verano.

BANCO MUNDIAL (2004), *World Development Report 2005 – A Better Investment Climate for Everyone*. Nueva York y Oxford, Banco Mundial y Oxford University Press:

BIELSCHOWSKI, Ricardo (1988), *Pensamento econômico brasileiro: o ciclo ideológico do desenvolvimentismo*. Rio de Janeiro, IPEA.

COSTA, José A. F. (2006a) "CIADI y arbitraje en contratos con el Estado", en *Jurisdicción Internacional en las Relaciones Jurídicas y Económicas en que el Estado sea Parte*. Coordinadora: BIOCCA, Stella Maris. Bahía Blanca, EdiUNS.

\_\_\_\_\_ (2006b), *Proteção e promoção do investimento estrangeiro no Mercosul - uma ferramenta para o desenvolvimento regional?*, mimeo.

DUNNING, J.H. (1993), *Multinational Enterprises and the Global Economy*. Wokingham, Addison, Wesley.

ELSTER, John, OFFE, Claus y PREUSS, Ulrich K. (1998), *Institutional Design in Post-Communist Societies. Rebuilding the Ship at Sea*. Cambridge, Cambridge University Press.

ENDERWICK, Peter (2005), "Atracting 'desirable' FDI: theory and evidence", en *Transnational Corporations*, v. 14, n. 2, Ginebra: UNCTAD.

FATOUROS, Arghyrios A. (1999), "International Investment Agreements: Recent Trends in Law and Policy", en *Symposium for Least Developed Countries. International Investment Agreements and their Implications for Least Developed Countries*. Ginebra, UNCTAD.

GESSNER, Volkmar, APPELBAUM, Richard P. y FELSTINER, William L. F. (2001) "Introduction: The Legal Culture of Global Business Transactions", en GESSNER, APPELBAUM y FELSTINER, editores, *Rules and Networks. The Legal Culture of Legal Business Transactions*. Oxford, Hart Publishing.

GILPIN, Robert. (2002), *A Economia Política das Relações Internacionais*. Brasília, UnB.

GRAY, Cheryl W. y JAROSZ, William W. (1995), "Law and the regulation of foreign direct investment: the experience of Central and Eastern Europe", en *Columbia Journal of Transnational Law*, n. 33.

GREGORY, Denise y OLIVEIRA, Maria F. B. A. (2005), "Investimento estrangeiro no Brasil: novas condições para atrair capital", en *Europa - América Latina - Análises e Informações*, n. 18. Río de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer.

LACERDA, Antônio C. de, BOCCI, João I., REGO, José M., BORGES, Maria A. y MARQUES, Rosa M. (2005), *Economia Brasileira*, 2ª edición, San Pablo, Saraiva.



LOWENFELD, Andreas F. (2003), *International Economic Law*. Oxford: Oxford University Press.

MOUSNIER, Roland. (1995), "Os Séculos XVI e XVII.A Europa e o Mundo", en *História Geral das Civilizações*, v. 10 – Director: CROUZET, Maurice. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil.

MOLLE, Willem (2003), *Global Economic Institutions*. London, Routledge.

MONTEIRO, Maurílio de Abreu. (2005), "Meio Século de Mineração Industrial na Amazônia e suas Implicações para o Desenvolvimento Regional," en *Estudos Avançados*, v. 53. San Pablo, USP.

PETER, Wolfgang (1986), *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.

PRADO JÚNIOR, Caio (1994), *História Econômica do Brasil*, 41ª edición. San Pablo, Brasiliense.

SCHRJIVER, Nico (1997), *Sovereignty over Natural Resources - Balancing Rights and Duties*, Cambridge: Cambridge University Press.

**José Augusto Fontoura Costa**

Doctor en Derecho Internacional por la Universidad de San Pablo. Profesor de la Universidad Católica de Santos y de la Universidad del Estado de Amazonas.

Correo electrónico: [jafcosta@uol.com.br](mailto:jafcosta@uol.com.br)

Fecha de recepción: 1/6/07

Aceptación: 22/6/07