

**DE LOS TRATADOS BILATERALES AL MULTILATERALISMO: LA NUEVA
PERSPECTIVA PARA LAS INVERSIONES EXTRANJERAS DEL “ACUERDO
INTERNACIONAL MODELO PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE”**

FROM BILATERAL TREATIES TO MULTILATERALISM: “THE MODEL
INTERNATIONAL AGREEMENT FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT” AS A NEW
PERSPECTIVE FOR FOREIGN INVESTMENTS

Alexis Rodrigo Laborías*

Resumen: En la última década comenzaron a producirse cambios destacados en el derecho internacional de las inversiones extranjeras, que buscan renovar el formato estandarizado de los actuales tratados bilaterales de inversión, para abarcar las nuevas preocupaciones de los Estados. En este contexto, el artículo analiza las disposiciones del “Acuerdo Internacional Modelo sobre Inversión para el Desarrollo Sostenible”, propuesto por el Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible, como una herramienta que reoriente el destino de las inversiones extranjeras y logre un equilibrio entre los derechos y obligaciones de los Estados receptores y de los inversores.

Palabras clave: Inversiones extranjeras. Desarrollo sostenible. Tratados bilaterales de Inversión. Multilateralismo. Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible. Acuerdo Internacional Modelo.

Abstract: In the last decade notable changes began to occur in the international law on foreign investment, seeking to renew the standardized format of existing bilateral investment treaties to encompass new concerns of States. Within this framework, this article analyzes the provisions of the "Model International Agreement on Investment for Sustainable Development", proposed by the International Institute for Sustainable Development as a tool to reorient the destination for foreign investment and achieve a balance between the rights and obligations of host States and investors.

Keywords: Foreign investments. Sustainable development. Bilateral investment treaties. Multilateralism. International Institute for Sustainable Development. Model International Agreement.

* Abogado (Universidad de Buenos Aires) y Magíster en Defensa Nacional (EDENA). Docente en el área de Derecho Internacional Público en la UBA y en la Universidad Argentina de la Empresa (UADE). Investigador del Instituto de Ciencias Sociales y Disciplinas Projectuales (INSOD-UADE). Las opiniones expresadas en este trabajo son estrictamente personales del autor, y no representan ni comprometen a instituciones públicas o privadas, de la República Argentina o del extranjero.

Introducción

Al comentar el caso “Barcelona Traction”, reiniciado ante la Corte Internacional de Justicia en 1962 y resuelto en 1970,¹ JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA señalaba que el derecho internacional general no ofrecía una protección eficaz para los inversores, en el supuesto que el Estado de su nacionalidad no pudiera imponer la protección diplomática, como quedó evidenciado en dicha decisión judicial.² A esa carencia jurídica se sumaba un contexto internacional marcado por el surgimiento de nuevos Estados a la vida independiente, producto de la descolonización, y por el conflicto político e ideológico de la llamada Guerra Fría. Estas circunstancias determinaron la preocupación en los países exportadores de capital de asegurar que sus inversiones estuvieran protegidas frente al accionar intempestivo de las autoridades de los países importadores, ante posibles cambios radicales de rumbo económico o procesos de nacionalización de activos extranjeros.³ Por estos motivos, el formato de tratado para la promoción y protección recíproca de las inversiones se consolidó como una alternativa viable para dar un marco jurídico más estable a las inversiones y su firma se incrementó notablemente durante las últimas dos décadas del siglo XX.

1. Nuevas perspectivas en el campo de las inversiones extranjeras

El articulado de un tratado bilateral de inversión (en adelante, TBI) refleja un formato estandarizado, al reproducir los modelos de cláusulas propuestas mayoritariamente por los Estados exportadores de capital y organismos o agencias internacionales. Sus objetivos generales son promover y proteger las inversiones entre los Estados parte, garantizar una estabilidad para el inversor y las inversiones, y limitar el accionar unilateral de los gobiernos anfitriones. De esta manera, a través de compromisos internacionales los Estados receptores aceptan restringir su campo de acción, a cambio de atraer inversiones extranjeras que permitan mejorar su crecimiento económico.⁴

Sin embargo, los años de práctica en el uso de estos TBIs y las controversias derivadas de su aplicación determinaron la necesidad de modificar esa estandarización para reflejar las particularidades de cada Estado anfitrión y que las autoridades locales pudieran recuperar las potestades reglamentarias, cuestionadas en diversos laudos arbitrales. Asimismo, comenzó a plantearse la conveniencia de regular aspectos novedosos para las inversiones extranjeras, como la utilización racional de los recursos, la protección del medio ambiente y el respeto por los derechos humanos, lo cual las alejaba del objetivo único del crecimiento económico, para aproximarlas al concepto multidimensional de desarrollo sostenible.⁵

¹ “Case concerning The Barcelona Traction, Light And Power Company, Limited” (New Application: 1962) (Belgium v. Spain), Second Phase, Judgment February 5th, 1970.

² JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, EDUARDO. “Organización internacional de la economía. Otras organizaciones”. En JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, EDUARDO (Dir.). *Derecho Internacional Público*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1994 (2^a edición), Tomo V, pp. 357-358.

³ La decisión de la Suprema Corte de EE.UU. en el caso “Banco Nacional de Cuba vs. Sabbatino” (1964) impactó notoriamente en el ámbito de las inversiones extranjeras, al resolver que, por aplicación de la doctrina del “acto de Estado”, los tribunales estadounidenses estaban impedidos de decidir acerca de la validez de las nacionalizaciones realizadas por el gobierno cubano cuatro años antes, ya que debía respetarse el principio de no injerencia en los asuntos internos de un Estado soberano.

⁴ A los fines de este trabajo se utilizarán de forma indistinta las expresiones “Estado receptor” y “Estado anfitrión”, para indicar al país que recibe las inversiones extranjeras.

⁵ MANN, HOWARD. “Reconceptualizing international investment law: its role in sustainable development”. *Lewis & Clark Law Review*, Vol. 17:2 [2013], pp. 521-544 (534-535).

Conforme la CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO (UNCTAD, por su sigla en inglés): “Si bien casi todos los países son parte en uno o varios acuerdos internacionales de inversión (AII), muchos no están satisfechos con el régimen actual. En la mayoría de los casos les preocupa la dimensión de desarrollo de los AII, el equilibrio entre los derechos y obligaciones de los inversores y los Estados, y la complejidad sistémica del régimen de los AII.”⁶ Frente a esta nueva percepción respecto de las inversiones extranjeras, UNCTAD observa que los Estados están siguiendo cuatro diferentes cursos de acción: a) mantener el *status quo* actual; b) apartarse del sistema vigente de TBIs, denunciando estos instrumentos o no prorrogando su vigencia; c) realizar ajustes para los futuros acuerdos, dejando intactos los textos actuales; y d) encarar una reforma integral y holística. Este órgano de la ONU señala su preferencia por la última opción, advirtiendo que es la más eficaz para ajustar el mecanismo actual de acuerdos bilaterales al imperativo del desarrollo sostenible.⁷

De manera concordante, para GRAHAM MAYEDA el actual modelo de TBI no constituye un instrumento de utilidad para alcanzar el desarrollo sostenible. Tampoco, afirma el autor, garantiza de forma automática la llegada de inversiones.⁸ Por ello, considera que la firma de un TBI debería ser considerado por los países receptores como un elemento adicional de una estrategia amplia, que incluya mejoras sustantivas en el marco normativo nacional.⁹ Como se expresa en el Consenso de Monterrey sobre Financiación del Desarrollo: “Para atraer corrientes de capital productivo y estimularlas, es necesario que los países perseveren en sus esfuerzos por crear condiciones transparentes, estables y previsibles para la inversión, con disposiciones para hacer cumplir los contratos y hacer valer los derechos de propiedad, en el marco de políticas macroeconómicas racionales e instituciones que permitan que las empresas, tanto nacionales como internacionales, funcionen de manera eficiente y rentable y tengan la máxima repercusión en el desarrollo.”¹⁰

Estos nuevos horizontes del derecho internacional de las inversiones extranjeras permitieron el surgimiento y debate respecto de parámetros renovados para la redacción de tratados entre Estados. Entre los aportes para esta visión, debe destacarse el trabajo del *International Institute for Sustainable Development* (IISD), a través de su “Acuerdo internacional modelo del IISD sobre inversión para el desarrollo sostenible” (en adelante, el Acuerdo Modelo o el

⁶ CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO. *Informe sobre las inversiones en el mundo: Panorama general 2014*. Nueva York: ONU, 2014, p. 26. Publicado en línea en <http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2014_overview_es.pdf> (Acceso 04/12/2015).

⁷ CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO. *Ibidem*.

⁸ Esta última afirmación es apoyada por diversos estudios, entre los que cabe mencionar a HALLWARD-DRIEMEIER, MARY. *Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI?: Only a Bit. . . and They Could Bite*. Washington, D.C.: World Bank, 2003. Publicado en línea en <<http://elibrary.worldbank.org/doi/pdf/10.1596/1813-9450-3121>> (Acceso 04/12/2015) y UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *The role of International Investment Agreements in attracting foreign direct investment to developing countries*. New York: UN, 2009. Publicado en línea en <http://unctad.org/en/docs/diaeia20095_en.pdf> (Acceso 04/12/2015).

⁹ MAYEDA, GRAHAM. “Sustainable International Investment Agreements: Challenges and Solutions for Developing Countries”. En CORDONIER SEGGER, MARIE-CLAIRE; GEHRING, MARKUS W. and NEWCOMBE, ANDREW (Eds.). *Sustainable Development in World Investment Law*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2011, pp. 539-559 (539-543).

¹⁰ Consenso de Monterrey de la CONFERENCIA INTERNACIONAL SOBRE LA FINANCIACIÓN PARA EL DESARROLLO (2002). Naciones Unidas, documento A/CONF.198/11, punto 21.

Acuerdo).¹¹ Luego de varios años de elaboración, esta propuesta alcanzó su concreción en 2005, presentándose como una alternativa a otros proyectos de reglas multilaterales para las inversiones.¹² Unos años después, la UNCTAD comenzó a desarrollar su propio marco conceptual respecto del necesario cambio de enfoque en materia de inversiones,¹³ trabajo que fue seguido por otros de similar orientación, elaborados por diferentes organizaciones intergubernamentales.¹⁴

Bajo estos parámetros, el objetivo de este artículo será analizar las disposiciones del Acuerdo Modelo, pionero en la evolución del marco legal internacional para las inversiones extranjeras, contrastándolo con la práctica derivada de los TBIs tradicionales, y evaluando su relevancia para la negociación de futuros instrumentos en este campo, con particular referencia a los Estados parte del MERCOSUR.

2. Descripción y análisis del Acuerdo Modelo

En su aspecto organizativo, el Acuerdo está estructurado en un Preámbulo, once capítulos (identificados como “Partes”) y seis anexos. De estos últimos, sólo uno se encuentra desarrollado en detalle, que regula la solución de controversias entre un inversor y el Estado. Junto con el articulado, el IISD elaboró un texto comentado, que explica cada una de las disposiciones, justificando el por qué de la redacción elegida.

A los fines de facilitar su análisis, cada una de esas Partes será desarrollada en una sección individual. Posteriormente, en el título final de este trabajo se realizarán las apreciaciones pertinentes, respecto del articulado descripto y sus posibilidades en el marco de las negociaciones interestatales. Asimismo, se describirán en forma general las cláusulas de los más recientes TBIs negociados por los Estados parte del MERCOSUR, para determinar si son consecuentes con las nuevas perspectivas del campo de las inversiones extranjeras.

2.1 Preámbulo y cláusulas generales

El Preámbulo se enfoca en dos ejes centrales: primero, la importancia de alcanzar un desarrollo sostenible, entendido como aquel que cumple con las necesidades del presente sin comprometer la habilidad de futuras generaciones para satisfacer sus propias necesidades;¹⁵ y segundo, la conveniencia de encontrar un equilibrio entre las inversiones que requieren los

¹¹ MANN, HOWARD; MOLTKE, KONRAD VON; PETERSON, LUKE ERIC and COSBEY, AARON. *Acuerdo internacional modelo del IISD sobre inversión para el desarrollo sostenible. Guía para negociadores*. Winnipeg: IISD, 2005, p. 8. Publicado en línea en http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook_es.pdf (Acceso 04/12/2015).

¹² MANN, HOWARD; *et al.*, *Op. cit.*, pp. viii-ix. Un análisis detallado de estos instrumentos se puede consultar en SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: University Press, 2004, Cap. 6.

¹³ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Investment Policy Framework for Sustainable Development*. New York: UN, 2012. Publicado en línea en http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/diaepcb2012d5_en.pdf (Acceso 04/12/2015). En el año 2015 la UNCTAD aprobó la versión actualizada de este documento, que incorpora los nuevos desarrollos de este campo y los comentarios y sugerencias remitidos por los Estados. Publicado en línea en <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ipfsd> (Acceso 03/12/2015).

¹⁴ Ver las referencias aportadas por MANN, HOWARD. *Op. cit.*, pp. 536-537.

¹⁵ El origen de esta extendida definición se encuentra en el Informe de la COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO, titulado "Nuestro futuro común" y conocido como "Informe Brundtland", presentado a las Naciones Unidas en 1987 (documento A/42/427). Previamente, estos conceptos ya habían comenzado a delinarse en la Declaración de la CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL MEDIO AMBIENTE HUMANO, realizada en Estocolmo en 1972.

Estados, principalmente aquellos con menor desarrollo, y los derechos y obligaciones de éstos, los inversores y de los Estados locales.

La Parte 1 abarca las disposiciones generales del Acuerdo, que incluyen su objetivo, las definiciones aplicables, el alcance de su cobertura y la posibilidad del Estado anfitrión de negar sus beneficios a un inversor. El art. 1º establece como su objetivo la promoción de la inversión extranjera que apoya el desarrollo sostenible, en particular en los países en vías de desarrollo y en los menos desarrollados. De esta manera, queda identificado el tipo específico de inversión que se busca regular – lo cual no excluye la posibilidad que se concreten otro tipo de inversiones, sólo que no serán alcanzadas por el Acuerdo Modelo- así como también sus países destinatarios primordiales, aunque no de forma excluyente.

El art. 2º estipula las definiciones aplicables, entre las que cabe destacar los conceptos de “inversión” y, consecuentemente, la característica de “inversor”. Este aspecto es muy relevante porque en la mayoría de los TBIs clásicos no se establecen estas precisiones o se formulan descripciones notablemente abarcativas, de ahí que en caso de controversia deban ser los tribunales nacionales o internacionales quienes definan estos extremos.¹⁶ En este sentido, el Acuerdo Modelo ampara a las inversiones “...que se encuentran físicamente presentes y operativas en el estado anfitrión...” y que reflejen una “...inversión operativa real, con la capacidad de contribuir a oportunidades de desarrollo.”¹⁷ Otras definiciones se refieren a los conceptos de Estado “local” y “anfitrión”. Al primero de ellos se lo menciona en otros instrumentos como el Estado de la nacionalidad del inversor,¹⁸ mientras que el segundo identifica al receptor de la inversión.

Si bien todavía de forma incipiente, es posible identificar una tendencia de los nuevos acuerdos comerciales y de inversiones de detallar de forma exhaustiva los conceptos aplicables, a diferencia de los anteriores TBIs. En los Estados parte del MERCOSUR esta

¹⁶ Son ilustrativos los reclamos formalizados por tenedores de bonos argentinos en *default*, quienes reclamaron ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) al considerar que la adquisición de dichos títulos públicos era una “inversión” en los términos del art. 25 del Convenio de Washington. En particular, ver los casos “Abaclat and others v. Argentine Republic” (ICSID Case No. ARB/07/5, ex “Giovanna A. Beccara and others”, laudo del 04/08/2011), “Giovanni Alemanni and others v. Argentine Republic” (ICSID Case No. ARB/07/8, laudo del 17/11/2014) y “Ambiente Ufficio S.p.A. and others v. Argentine Republic” (ICSID Case No. ARB/08/9, ex “Giordano Alpi and others”, laudo del 08/02/2013). En estos tres laudos los tribunales arbitrales aceptaron que las controversias correspondían a la jurisdicción del Centro y que tenían competencia para resolverlas. Para un comentario del primer arbitraje citado, ver SOMMER, CHRISTIAN G. “El arbitraje de inversión extranjera y los bonos soberanos. ¿Una nueva evolución del derecho internacional de las inversiones extranjeras?” En ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA – INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y DERECHO DE LA INTEGRACIÓN. *Cuaderno de Derecho Internacional (Nº6): Los aportes de la jurisprudencia al desarrollo del derecho internacional*. Córdoba: Advocatus, 2011, pp. 181-204. Publicado en línea en <<http://www.acaderc.org.ar/cuaderno-de-derecho-internacional-vi/view>> (Acceso 04/12/2015).

¹⁷ MANN, HOWARD; *et al.*, *Op. cit.*, p. 9. Esta conceptualización posee un enfoque similar a la utilizada por la OCDE: “La inversión extranjera directa (IED) refleja un interés duradero por parte de una empresa residente en una economía (el inversor directo) en otra empresa (la empresa de inversión directa) residente en una economía distinta de la del inversor directo. El interés duradero implica la existencia de una relación de largo plazo entre el inversor directo y la empresa de inversión directa y un grado significativo de influencia en la dirección de la empresa.” En ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. *Definición Marco de Inversión Extranjera Directa. Cuarta Edición 2008*. París: OCDE, 2010, p. 280. Publicado en línea en <http://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/ocde-definicion-marco-de-inversion-extranjera-directa_9789264094475-es> (Acceso 04/12/2015).

¹⁸ Por ejemplo, en el art. 25 de la Convención de Washington de 1965 que crea el CIADI.

redacción se aprecia con diferentes matices en los acuerdos Brasil-México (art. 3º),¹⁹ Uruguay-Japón (art. 1º)²⁰ y Venezuela-Vietnam (art. 1º).²¹ Fuera del ámbito de negociación bilateral, existen otros ejemplos que resultan ilustrativos. Así, el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (*Trans-Pacific Partnership*, TPP) define en forma abarcativa el concepto de “inversión” y de “acuerdo de inversión”, teniendo en cuenta el marco multilateral en que se inscribe y la diversidad de los países que integran el Acuerdo.²² Una redacción similar se aprecia en el Acuerdo Económico y Comercial Global (*Comprehensive Trade and Economic Agreement*, CETA), negociado entre Canadá y la Unión Europea.²³ El art. 3º aclara, en primer lugar, cuál es el alcance temporal de la cobertura, en particular teniendo en cuenta que las inversiones extranjeras vigentes son preexistentes a la entrada en vigor del Acuerdo Modelo, muchas de ellas realizadas al amparo de un TBI. En segundo lugar, se determina el alcance espacial de este instrumento, que comprende cualquier medida que pueda adoptar una autoridad nacional, estatal, provincial o municipal.²⁴ Por último, el art. 4º, permite que el Estado receptor establezca ciertos límites, ya sea porque se descubra que un posible inversor utiliza empresas de fachada, o porque su Estado local no mantiene relaciones diplomáticas con el anfitrión, o se encuentra sujeto a un embargo o restricción por parte de éste.

2.2 Estándares de tratamiento a los inversores extranjeros

La materia de referencia es desarrollada en la Parte 2, que incluye el tratamiento nacional (art. 5º), la cláusula de la nación más favorecida (art. 6º), los estándares internacionales mínimos (art. 7º), las condiciones para la expropiación (art. 8º), el régimen de administración superior y juntas directivas (art. 9º) y la posibilidad de transferencias de bienes (art. 10).

Con relación al tratamiento nacional, el comentario al art. 5º señala enfáticamente que no existe una regla consuetudinaria o de derecho internacional general sobre este aspecto.²⁵ En

¹⁹ Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de las Inversiones entre la República Federativa del Brasil y los Estados Unidos Mexicanos, firmado el 26/05/2015. A enero de 2016 no había entrado en vigor.

²⁰ *Agreement between Japan and the Oriental Republic of Uruguay for the Liberalization, Promotion and Protection of Investment*, firmado el 26/01/2015. A enero de 2016 no había entrado en vigor.

²¹ Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Socialista de Vietnam, para la Promoción y Protección de las Inversiones, firmado el 20/11/2008, en vigor desde el 17/06/2009.

²² TPP, Capítulo 9, Sección A. Los Estados participantes son Nueva Zelanda, Australia, Brunei, Canadá, Chile, Japón, Malasia, México, Perú, Singapur, Estados Unidos y Vietnam. La negociación del Acuerdo finalizó en noviembre de 2015 y se calcula un período de 2 años hasta su entrada en vigor. El texto se puede consultar en idioma inglés en el sitio <http://tpp.mfat.govt.nz/text>, correspondiente al gobierno de Nueva Zelanda (depositario del tratado) y en idioma español en http://www.sice.oas.org/TPD/TPP/Final_Texts/Spanish/TPP_Index_s.asp (Acceso 23/12/2015).

²³ CETA, Capítulo 10, Sección 1. El Acuerdo todavía no entró en vigor. El texto consolidado se puede consultar en http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/index_es.htm (Acceso 23/12/2015). Aún en proceso de negociación entre la Unión Europea y EE.UU, el futuro Acuerdo Transatlántico sobre Comercio e Inversión (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*, TTIP) sigue pautas similares al CETA. Las propuestas para el texto y los borradores negociados se encuentran publicados en <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1249&serie=866&langId=es> (Acceso 23/12/2015).

²⁴ Cabe recordar que varios reclamos de inversores contra Argentina en el CIADI se derivaron de medidas adoptadas por autoridades provinciales, v. gr., “Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A.” (ICSID Case No. ARB/97/3, por hechos acaecidos en la Provincia de Tucumán), “Azurix Corp.” (ICSID Case No. ARB/01/12, Provincia de Buenos Aires) y “SAUR International S.A.” (ICSID Case No. ARB/04/4, Provincia de Mendoza).

²⁵ MANN, HOWARD; *et al.*, *Op. cit.*, p. 17.

consecuencia, la concesión a un inversor extranjero del mismo estándar que recibe un inversor nacional sólo puede surgir de un acuerdo internacional particular, ya sea bilateral o multilateral.²⁶ Este artículo aclara que sus disposiciones no impiden al Estado anfitrión adoptar medidas para promover las compras de bienes producidos localmente. Asimismo, la equiparación entre inversores nacionales y extranjeros tiene que partir de la base de la existencia de “circunstancias similares”, concepto que es especificado en el inciso (E).²⁷

El art. 6º desarrolla lo referente a la cláusula de la nación más favorecida (CNMF), la que puede ser definida como una disposición de un tratado en virtud de la cual un Estado concedente contrae respecto de un Estado beneficiario la obligación de otorgarle un trato privilegiado, no menos favorable que el trato conferido por ese primer Estado a un tercer Estado, en una esfera convenida de relaciones.²⁸ Los TBIs incluyen habitualmente esta garantía, que en la práctica se traduce en la posibilidad para el inversor de elegir las cláusulas que más favorezcan su posición, a partir de las disposiciones de cualquier tratado internacional en la misma materia (inversiones, comercio, etc.), en vigor entre el Estado receptor y un tercer Estado. En la jurisdicción arbitral internacional la aplicabilidad de esta cláusula generó innumerables controversias, al ser tanto aceptada como rechazada por diferentes tribunales, en particular cuando fue utilizada para eludir un período de sumisión de la disputa a los tribunales internos.²⁹ Por este motivo, el art. 6º del Acuerdo Modelo limita su aplicación a disposiciones de fondo, excluyendo por tanto a las reglas procesales, institucionales o de solución de diferencias de otros acuerdos internacionales relacionados

²⁶ NEWCOMBE, ANDREW and PARADELL, LLUÍS. *The Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. The Hague: Kluwer Law International, 2009, p. 149.

²⁷ De conformidad con Sornarajah, los acuerdos de inversión no crean una regla general de no discriminación, sino que se limitan a prohibir que aquellos en igualdad de condiciones reciban un tratamiento diferenciado. De esta manera, las reglas sobre trato nacional sólo exigen que no se produzca discriminación entre los inversores nacionales y extranjeros que operen en el mismo sector económico. Ver “El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic” (ICSID Case No. ARB/03/15). Legal Opinion of M. Sornarajah, March 5th, 2007, par. 105.

²⁸ Sobre esta materia es ilustrativo el trabajo de la COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL. *Anuario de la CDI*, 1978, Volumen II, Segunda Parte, “Proyecto de artículos sobre las cláusulas de la nación más favorecida”, p. 9 y ss. En el año 2015 la CDI presentó a la Asamblea General el “Informe Final del Grupo de Estudio sobre la CNMF” (documento A/CN.4/L.852), que analizó las perspectivas contemporáneas de esta regla, llegando a la conclusión que entre 1978 y 2015 no se habían producido cambios en su naturaleza jurídica. Sin embargo, se puso de relieve que la principal dificultad para su aplicación era la interpretación en casos concretos del principio *ejusdem generis*, que acota la CNMF a aquellos derechos que estén comprendidos dentro de los límites de la materia objeto de la cláusula.

²⁹ Uno de los casos más controvertidos en los que fue aceptada es “Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain” (ICSID Case N°. ARB/97/7, laudo de fecha 25/01/2000). Para un análisis detallado, ver KURTZ, JÜRGEN. “The Delicate Extension of Most-Favoured-Nation Treatment to Foreign Investors: Maffezini v. Kingdom of Spain”. En WEILER, TODD (Ed.). *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. London: Cameron May, 2005, pp. 523-555. En forma opuesta, su aplicabilidad fue rechazada en varios litigios contra Argentina: “Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P.” (ICSID Case No. ARB/01/3, laudo del 14/01/2004), “ICS Inspection and Control Services Limited” (Permanent Court of Arbitration, Case No. 2010-9, UNCITRAL Arbitration Rules of 1976, laudo del 10/02/2012) y “Daimler Financial Services AG” (ICSID Case No. ARB/05/1, laudo del 22/08/2012). El “Informe Final 2015” de la CDI en este tópico señala que la CNMF puede ser aplicada “en principio” a las reglas sobre solución de controversias incluidas en los TBIs, aunque teniendo en cuenta su interpretación en cada caso concreto. Ver documento A/CN.4/L.852, párrafos 162 y 163.

con inversiones.³⁰ Además, la CNMF puede ser denegada en acuerdos específicos, por ejemplo, en aquellos que crean un mecanismo de integración regional.

El art. 7º dispone que los Estados acordarán a los inversores o sus inversiones un tratamiento de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario, lo que incluye un trato justo y equitativo, así como también protección y seguridad completas.³¹ Si bien la referencia al derecho consuetudinario es sensiblemente amplia, en el comentario al artículo se justifica a efectos de entender que ese estándar evoluciona con el tiempo y que debe ser aplicado teniendo en cuenta las circunstancias del caso.³² Adicionalmente, el Acuerdo Modelo aclara que dicha garantía es equivalente al estándar mínimo de tratamiento de extranjeros bajo el derecho internacional consuetudinario, y que los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad completas” están incluidos dentro de este estándar y no crean derechos de fondo adicionales.³³

Con relación a la expropiación (art. 8º), la regla se formula de forma negativa, es decir, prohibiendo esta medida (ya sea de manera directa o indirecta), excepto que se cumplan cuatro requisitos: a) que sea para un fin público; b) que se adopte sin discriminación; c) que se respete el debido proceso legal; y d) que se abone una compensación.³⁴ Estas condiciones son consideradas como un estándar básico en materia de inversiones, aceptadas como una regla consuetudinaria y reiteradas en todos los tratados vigentes.³⁵ Asimismo, se incorpora en esta disposición una importante limitación a la práctica actual en materia de inversiones extranjeras, dado que la mayoría de los casos controvertidos se plantean respecto de medidas regulatorias, más que en expropiaciones directas o tradicionales.³⁶ En los términos del inciso

³⁰ Varios de los acuerdos actuales en materia de inversiones establecen claros límites a esta cláusula, por ejemplo, el CETA (Capítulo 10, art. X.7) o el art. 5º, inc. 2º, 3º y 4º del tratado Brasil-Colombia (*Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos entre a República Federativa do Brasil e a República da Colômbia*, firmado el 09/10/2015, no en vigor).

³¹ Para un análisis detallado de esta dos garantías, ver DOLZER, RUDOLF and SCHREUER, CHRISTOPH. *Principles of International Investment Law*. Oxford: University Press, 2008, pp. 119-153.

³² MANN, HOWARD; *et al.*, *Op. cit.*, p. 20.

³³ El Acuerdo entre el Gobierno de la República Oriental del Uruguay y el Gobierno de la República de Corea en Materia de Promoción y Protección de Inversiones (firmado el 01/10/2009, en vigor desde el 08/12/2011) ofrece un ejemplo actual de esta redacción propuesta por el Acuerdo Modelo. Luego de consagrar esta garantía para los inversores (art. 2, inc. 2º), aclara “para mayor certeza” (inc. 3º) que los conceptos de “trato justo y equitativo” y “total protección y seguridad” no requieren un trato adicional o superior al requerido para el nivel mínimo de trato conforme al derecho consuetudinario internacional, y que no crean derechos sustantivos adicionales.

³⁴ Los TBIs adoptan tanto la formulación negativa mencionada como la expresión positiva (“el Estado anfitrión podrá expropiar, siempre que se cumplan los requisitos”). La diferencia entre ambas redacciones impacta en la carga de la prueba acerca del cumplimiento de los requisitos de validez, conforme LABORÍAS, ALEXIS RODRIGO. “Expropriation and the settlement of investment disputes: an account of the controversy between Repsol and Argentina”. *Global Jurist* (De Gruyter), Volume 15, Issue 1, January 2015 (DOI: 10.1515/gj-2014-0009).

³⁵ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Expropriation*. New York: UN, 2012, p. 27. Publicado en línea en <http://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d7_en.pdf> (Acceso 22/02/2015). En el mismo sentido, DOLZER, RUDOLF and SCHREUER, CHRISTOPH. *Op. cit.*, p. 89; y REINISCH, AUGUST. “Legality of Expropriations”. En REINISCH, AUGUST (Ed.). *Standards of Investment Protection*. New York: Oxford University Press, 2008, pp. 171–204 (173-176).

³⁶ En la evolución del derecho internacional de las inversiones extranjeras se aprecia un cambio en las últimas tres décadas, en las cuales el debate político y académico se focalizó en las expropiaciones indirectas. Esta denominación refiere a un grado de injerencia tal del Estado en la esfera privada, que tiene como efecto concreto la afectación de los derechos de propiedad, como si realmente se tratara de un acto expropiatorio. El límite entre ambas esferas, derecho de propiedad por un lado y potestades regulatorias por el otro, es marcadamente difuso. Uno de los casos más ilustrativos es “Metalclad Corporation and The United Mexican

(I) del art. 8º, “...las medidas regulatorias *bona fide* y no discriminatorias tomadas por una Parte que están diseñadas y aplicadas para proteger o mejorar objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, no constituyen una expropiación indirecta bajo este artículo.”³⁷

El art. 9º prohíbe que el Estado anfitrión obligue al inversor a designar personal gerencial de determinada nacionalidad, lo que implica reconocerle al sector empresarial la plena libertad para organizar su actividad de la forma que crea conveniente, sin injerencia de las autoridades gubernamentales locales.³⁸ Asimismo, el art. 10 garantiza la libre transferencia de bienes, concepto que abarca de manera amplia a las ganancias, dividendos, pagos de regalías y honorarios de administración, entre otros. Esta garantía puede limitarse en determinados supuestos, siempre que se realice de manera equitativa, no discriminatoria y de buena fe. Así, podría impedirse la salida de capitales del país ante la sospecha fundada de la comisión de delitos o para la satisfacción de sentencias judiciales firmes.³⁹ Otra excepción se establece en el art. 51 (B) que permite la adopción de las medidas necesarias para equilibrar la balanza de pagos, lo cual podría significar la suspensión transitoria del movimiento de fondos hacia el exterior.⁴⁰

2.3 Obligaciones y deberes de los inversores e inversiones

La primera cláusula de la Parte 3 constituye uno de los ejes centrales del Acuerdo Modelo, ya que determina que la inversión está sujeta a las leyes y regulaciones del Estado anfitrión, y que los inversores deberán cumplir con las medidas nacionales que prescriban las formalidades de establecimiento, así como también aceptar la jurisdicción local (art. 11). Asimismo, en concordancia con la tónica general del instrumento bajo análisis, se estipula

States” (ICSID Case No. ARB (AF)/97/1, laudo del 30/08/2000). Un comentario en TODD, WEILER. “Good Faith and Regulatory Transparency: The Story of Metalclad v. Mexico”. En WEILER, TODD (Ed.). *Op. cit.*, pp. 701-745. Un caso actual de gran relevancia es “Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay” (ICSID Case No. ARB/10/7). Las empresas reclamantes demandaron a Uruguay por la aprobación e implementación de legislación que limita el accionar de las tabacaleras, para proteger la salud de la población. Ver BAS VILIZZIO, MAGDALENA. “Arbitraje en el CIADI: algunas reflexiones en torno al caso Philip Morris contra Uruguay”. *El Dial* DC1F6A (13/07/2015). En concordancia con la defensa planteada por Uruguay, algunos de los últimos acuerdos que negoció excluyen del concepto de expropiación a las medidas regulatorias no discriminatorias basadas en la protección de la salud pública. Ver los tratados con Corea (Anexo, inc. 3º, ap. b) y con EE.UU. (*Treaty between the United States of America and the Oriental Republic of Uruguay concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment*, Anexo B, inc. 4º, ap. b). Este último fue firmado el 04/11/2005 y entró en vigor el 01/11/2006.

³⁷ En concordancia, el tribunal arbitral en el caso “Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. v. Argentina” (ICSID Case No. ARB/03/17, laudo del 30/07/2010, par. 128) expresó que al evaluarse una demanda de expropiación era importante reconocer el derecho del Estado de dictar regulaciones y de ejercer su poder de policía en interés del bien común, sin confundir esas medidas con una desposesión de la propiedad privada. Esta línea de entendimiento aparece reflejada en el TPP, Capítulo 9, Anexo B, y en el CETA, Capítulo 10, Anexo 11.

³⁸ El art. 9º del tratado Uruguay-EE.UU. incluye esta obligación para el Estado receptor, aunque reconoce que pueda pedir que una mayoría de la junta directiva de la empresa inversora esté integrada por personas de determinada nacionalidad, siempre que esta acción no impida al inversionista ejercer el control sobre su inversión. La misma prohibición aparece en el CETA, Capítulo 10, art. X.8.

³⁹ Otros ejemplos de excepciones a la libre transferencia se pueden encontrar en los acuerdos Brasil-México (art. 9º) y Uruguay-Corea (art. 6º).

⁴⁰ Cabe recordar que uno de los hechos que coadyuvaron a la controversia de la empresa “Barcelona Traction” (decisión del 05/02/1970, par. 11-13) fue la prohibición impuesta por las autoridades españolas al giro de dividendos al extranjero, a causa de la escasez de fondos derivada de la Guerra Civil.

que los inversores buscarán contribuir a los objetivos de desarrollo de los Estados anfitriones y de los gobiernos a nivel local (provinciales, municipales).⁴¹

El art. 12 señala la obligatoriedad para el inversor de realizar dos evaluaciones antes de concretar la inversión, una de impacto medioambiental⁴² y otra de impacto social, respetando las estipulaciones aplicables del Estado anfitrión y del Estado local.⁴³ En ambos casos se aplicará el principio precautorio, de acuerdo con la definición que brinda la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.⁴⁴

En forma concordante con otras disposiciones del Acuerdo Modelo, el art. 13 prohíbe al inversor la comisión de actos de corrupción.⁴⁵ Por otra parte, una vez concretada la inversión se estipulan las llamadas obligaciones de post-establecimiento (art. 14), entre las que se destaca el mantenimiento de un sistema de administración medioambiental, certificado internacionalmente. Otra disposición relevante en este apartado impone el respeto por los derechos humanos. Esta cláusula revela la evolución del derecho internacional de las inversiones extranjeras, marcando una vinculación con otras esferas, que no necesariamente son económicas, comerciales o financieras.⁴⁶ Por supuesto, en el caso de Argentina cualquier inversión (ya sea regulada por un tratado internacional o por una norma interna) se encuentra sujeta a las disposiciones en materia de derechos humanos previstas en la Constitución Nacional y en los instrumentos que gozan de dicha jerarquía (art. 75, inc. 22).

⁴¹ Los recientes acuerdos bilaterales de Brasil con México y Colombia, de muy similar redacción, incluyen una cláusula sobre responsabilidad social corporativa, con obligaciones específicas para los inversores, tendientes a la contribución al desarrollo sostenible del Estado anfitrión y la comunidad local.

⁴² Sobre esta temática, ver DRNAS DE CLÉMENT, ZLATA. “Evaluación de impacto ambiental y algunos aspectos de su evolución en el Derecho Internacional Público”. *Revista Electrónica Cordobesa de Derecho Internacional Público*, 2014, Vol. 1, N° 1. Publicado en línea en <http://revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/article/view/8414> (Acceso 10/12/2015).

⁴³ Luego de la entrada en vigor del Acuerdo, la Conferencia de los Estados Parte (creada en el art. 36) establecerá los estándares mínimos que deben cumplir ambos tipos de evaluaciones.

⁴⁴ El Principio N° 15 en su parte pertinente establece que cuando “...haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente.” Para la aplicación de esta regla en la jurisprudencia internacional, ver BOISSON DE CHAZOURNES, LAURENCE. “Precaution in international law: reflection on its composite nature”. En NDIAYE, TAFSIR and WOLFRUM, RÜDIGER (Eds.). *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes Liber Amicorum. Judge Thomas A. Mensah*. Leiden/ Boston: Martinus Nijhoff, 2007, p. 21–34.

⁴⁵ De acuerdo con los comentarios al artículo, se adaptaron las definiciones provistas por la Convención de las Naciones contra la Corrupción (en vigor desde el 14/12/2005) y de su similar en el marco de la OCDE (en vigor desde el 15/02/1999). En MANN, HOWARD; *et al.*, *Op. cit.*, p. 29. A las mencionadas debería agregarse la Convención adoptada por la Organización de Estados Americanos en 1996 y que entrara en vigor el 06/03/1997. Argentina es parte de los tres acuerdos, habiéndolos ratificado el 28/08/2006, el 08/02/2001 y el 09/10/1997, respectivamente.

⁴⁶ En el año 2011 el Consejo de Derechos Humanos de la ONU aprobó los “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos” (documento A/HRC/17/31), cuyo artículo 9 estipula: “Los Estados deben mantener un marco normativo nacional adecuado para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones de derechos humanos cuando concluyan acuerdos políticos sobre actividades empresariales con otros Estados o empresas, por ejemplo a través de tratados o contratos de inversión.” En julio de 2014 el Consejo decidió un establecer un Grupo de Trabajo intergubernamental, con el expreso mandato de elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales en el derecho internacional de los derechos humanos (documento A/HRC/RES/26/9). Una análisis de la interacción entre estos campos se encuentra en BOHOSLAVSKY, JUAN PABLO y JUSTO, JUAN BAUTISTA. “Inversiones extranjeras y derechos humanos: entre la permanencia y el cambio”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Año 3, N° 5 (2015), pp. 65-94. Publicado en línea en <http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/123> (Acceso 07/01/2016).

En caso de controversia, estas últimas prevalecerán sobre cualquier TBI o acuerdo multilateral.

Sobre este aspecto antes mencionado cabe formular algunas precisiones. Aunque se trate de una hipótesis más teórica que práctica, es posible que un tratado de inversiones sea declarado inconstitucional por los tribunales argentinos, en el caso de incompatibilidad con la Constitución Nacional o con un tratado de derechos humanos que posea jerarquía constitucional.⁴⁷ En el primer supuesto, esta declaración daría como resultado la responsabilidad internacional del país, ya que se estaría invocando el derecho interno para justificar el incumplimiento del acuerdo internacional, conforme el art. 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, que codifica una norma consuetudinaria preexistente. En el segundo supuesto, el choque entre dos normas de derecho internacional no acarrearía automáticamente la responsabilidad internacional, siempre que Argentina pruebe que la mayor jerarquía otorgada internamente a los tratados sobre derechos humanos refleja el contenido de una norma imperativa de derecho internacional general, en los términos del art. 53 de la Convención de Viena antes mencionada.⁴⁸

Otras obligaciones del Acuerdo Modelo prevén normas generales sobre cumplimiento de estándares de gestión corporativos (art. 15), así como también de aplicación de actos de responsabilidad social empresarial (art. 16), entre estos últimos, de realizar el máximo de contribuciones viables al desarrollo sostenible del país anfitrión y la comunidad local.⁴⁹ Asimismo, es de destacar la estipulación del art. 17, que señala que el inversor será responsable en el plano civil en su Estado local, por acciones llevadas a cabo en el Estado anfitrión, que hayan producido daños significativos o afectación a las personas. De esta manera, el inversor no puede excluir su responsabilidad y puede ser llevado ante los tribunales de su propio Estado, a pesar que el ilícito se haya producido en territorio extranjero.

El último artículo de la Parte 3 estipula varias reglas vinculadas con la solución de controversias, entre las que cabe destacar: 1) si el inversor comete un acto de corrupción, no tiene derecho de iniciar un reclamo bajo los parámetros del Acuerdo Modelo;⁵⁰ 2) si el Estado anfitrión o el Estado local consideran que el inversor incumplió sus obligaciones bajo los arts. 13, 14 ó 15, pueden iniciar un procedimiento tendiente a la revocación de los derechos oportunamente otorgados, de acuerdo con lo estipulado en la Parte 9; y 3) el Estado anfitrión o un particular pueden iniciar acciones por daños contra el inversor, de acuerdo con la ley nacional del primero o las normas del Estado local.

2.4 Obligaciones del Estado anfitrión

⁴⁷ A la fecha, esta situación sólo tuvo lugar en el caso “Cabrera, Washington c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 305:2150). Ver un comentario en LABORÍAS, ALEXIS RODRIGO. “A 25 años del fallo Washington Cabrera”. *El Dial – Suplemento de Derecho Internacional Privado*, 27/03/2009.

⁴⁸ En esta segunda alternativa, si bien en el ámbito interno se puede hablar de una inconstitucionalidad del tratado de inversiones jerárquicamente inferior, sería más adecuado invocar su nulidad internacional, de acuerdo al art. 53 mencionado. Esta disquisición es, justamente, uno de los aspectos más relevantes del caso “Cabrera”, mencionado en la nota anterior.

⁴⁹ De acuerdo a lo expresado anteriormente, algunos de los últimos acuerdos bilaterales negociados por Brasil incluyen expresamente estas cláusulas.

⁵⁰ La propuesta europea para el futuro TTIP advierte en el Capítulo II, art. 6º, inc. 6, que un inversor no podrá utilizar el procedimiento de solución de controversias si su inversión fue realizada mediante actos de corrupción.

La primera obligación contemplada en la Parte 4 es identificada como de “imparcialidad procesal” (art. 19), que implica la necesidad de proveer que los procesos judiciales, legislativos y administrativos no operen de una manera arbitraria,⁵¹ o que se cometa un acto de denegación de justicia. Esta obligación está estrechamente relacionada con los estándares mencionados en la Parte 2 y podría considerarse que la “imparcialidad procesal” es uno de los medios para garantizar el fin buscado, que es la salvaguarda de los intereses de los inversores. Así, los recursos administrativos y judiciales a disposición de un inversor extranjero no deberían ser menos en cantidad o calidad respecto de aquéllos disponibles para los inversores locales.

El art. 20 no contempla una obligación, sino el reconocimiento de la importancia de ciertas medidas. Así, se estipula que los actuales estándares medioambientales no deberían ser reducidos, a efectos de posibilitar el ingreso o permanencia de una nueva inversión.⁵² Esta cláusula tiene correlación con las obligaciones impuestas a las empresas inversores, incluyendo las disposiciones contra actos de corrupción, reguladas en la Parte 3. Sin embargo, a pesar de estar contemplada en un tratado internacional, el valor efectivo de la disposición es reducido, ya que los Estados parte sólo “reconocen como inapropiado” que ocurra lo descrito. Concordantemente, el art. 21 estipula el compromiso de los Estados anfitriones de disponer estándares elevados para la protección medioambiental, laboral y de derechos humanos. La efectiva implementación de esta cláusula está librada a las regulaciones locales y a las normas internacionales que puedan ser aplicables.

Los arts. 22 y 23 estipulan las obligaciones vinculadas con la prohibición de actos de corrupción, así como también la publicación de toda la información pertinente sobre la inversión, en estricta concordancia con las obligaciones de los inversores de los arts. 12 (C), 13 y 15 (B). Por último, el art. 24 desalienta la “guerra de subsidios” para atraer inversiones, calificándola como una práctica desleal para la competencia internacional. Nuevamente, la disposición no establece una obligación, sino que menciona que los Estados “no deberían” fomentar dicha práctica; esto implica que la regla posee un trasfondo ético que será complejo concretar en medidas efectivas. Para paliar esta situación, el Acuerdo Modelo estipula que los Estados parte iniciarán la negociación de un tratado para fijar obligaciones legalmente vinculantes en este tópico.

2.5 Derechos de los Estados anfitriones

La Parte 5 inicia con un detalle de los derechos inherentes de los Estados (art. 25), reiterando el contenido del derecho internacional general (convencional y consuetudinario), en particular el derecho a buscar y alcanzar su propio desarrollo, y a dictar medidas reglamentarias conducentes a ese fin.⁵³ El comentario al texto señala que “...este artículo

⁵¹ Cabe traer a colación la explicación que brindó la Corte Internacional de Justicia: “La arbitrariedad no es tanto algo contrario a una regla de derecho sino más bien algo opuesto al estado de derecho... Representa el desconocimiento voluntario del debido proceso; es un acto que resulta chocante, o al menos sorprendente, cuando se tiene un sentido de lo que es jurídicamente correcto.” Conforme “Case concerning Elettronica Sicula SpA (ELSI)” (USA v. Italy), Judgment July 20, 1989, par. 128.

⁵² El art. 12 del acuerdo entre Uruguay y EE.UU. también utiliza un lenguaje moderado, sin imponer obligaciones estrictas: “Las Partes reconocen que es inapropiado incentivar las inversiones debilitando o reduciendo la protección establecida en la legislación ambiental nacional.” En idéntico sentido, el art. 15, inc. 2º, del tratado Brasil-Colombia y el art. 27 del BIT Uruguay-Japón.

⁵³ Sin pretensión de exhaustividad, es posible mencionar como principales antecedentes de la disposición comentada a las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas N° 1803 (XVII) de Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales (1962) y N° 3281 (XXIX) Carta de Derechos y Deberes Económicos

revierte la tendencia entre muchos árbitros de interpretar los acuerdos de inversión internacional con el único objetivo de proteger los derechos del inversor y de la inversión.⁵⁴ Por ello, esta cláusula determina que las medidas de carácter regulatorio que puede adoptar un Estado no pueden ser entendidas como afectando la inversión, en concordancia con el art. 8° (I).⁵⁵ Por supuesto, esta disposición debe ser entendida como fijando un límite a reclamos exorbitantes de los inversores, no como la consagración de una facultad irrestricta de los gobiernos para afectar la inversión a través de diferentes medidas reglamentarias. El propio artículo señala que debe existir un equilibrio entre ambas esferas.⁵⁶

Otro derecho para el Estado anfitrión es fijar las “exigencias de rendimiento” (art. 26), es decir, condiciones que buscan fomentar el desarrollo nacional a través de enlaces de una inversión extranjera en su economía interna.⁵⁷ El Acuerdo Modelo sugiere cautela al implementar estas medidas, ya que podrían ser contrarias a otras disposiciones, como la de trato nacional o la CNMF. Como regla general, se señala que si dichas exigencias se encuentran en la legislación local antes de formalizarse la inversión, el inversor deberá conformarse a ellas (regla concordante con el art. 20, referido al mantenimiento de estándares medioambientales y en otras áreas). En cambio, si se introducen con posterioridad podrían ser contrarias a las condiciones pactadas, que el inversor tuvo en miras para elegir a un determinado Estado anfitrión y no a otro.⁵⁸

Los últimos dos derechos establecen que el Estado receptor puede establecer una agencia de fomento de las inversiones (art. 27), y que podrá recabar toda la información necesaria sobre la actuación de un inversor, que le permita decidir si acepta un proyecto propuesto por éste (art. 28). Este último derecho trae aparejada la obligación de respetar la confidencialidad de los procesos comerciales.

2.6 Derechos y obligaciones del Estado local

La Parte 6 regula en forma conjunta tanto los derechos como las obligaciones del Estado de la nacionalidad del inversor. Este aspecto resulta novedoso, ya que los TBI suelen limitarse a estipulaciones aplicables principalmente a inversores particulares, más allá de las disposiciones usuales de solución de controversias entre los Estados parte. La primera obligación es la de ayudar a los países en vías de desarrollo a recibir inversiones de utilidad.

de los Estados (1974), la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano (Estocolmo, 1972) y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992).

⁵⁴ MANN, HOWARD; *et al.*, *Op. cit.*, p. 44.

⁵⁵ Para ORREGO VICUÑA, muchas de estas medidas que interfieren con las inversiones no tienen origen en las autoridades centrales de un Estado, ya que éstas poseen una mayor conciencia de sus obligaciones internacionales, sino de autoridades de menor nivel (local o municipal). En ORREGO VICUÑA, FRANCISCO. “New Issues in the Settlement of Disputes of International Investments”. En NDIAYE, TAFSIR and WOLFRUM, RÜDIGER (Eds.). *Op. cit.*, pp. 297-312 (310-311). Ver asimismo los casos del CIADI citados en la nota n°24.

⁵⁶ Varios acuerdos incluyen una o más cláusulas con reservas específicas para que los Estados receptores dicten legislación no arbitraria que pueda causar interferencias con la inversión. Entre ellos cabe mencionar los acuerdos bilaterales Uruguay-Corea (art. 15), Uruguay-EE.UU. (art. 8°, inc. 3, ap. c; art. 12, art. 13 y art. 18), y Brasil-México (art. 11 y art. 12). Los acuerdos bilaterales venezolanos del último decenio no incluyen estas disposiciones, con la acotada excepción del Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la Federación de Rusia sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (firmado el 07/11/2008 y en vigor desde el 26/11/2009), que establece: “Cada Parte Contratante se reservará el derecho a aplicar y a introducir de acuerdo con la legislación de su Estado excepciones del tratamiento nacional respecto de inversionistas extranjeros y de sus inversiones, incluyendo reinversiones.” (art. 4°, inc. 3).

⁵⁷ Estas exigencias son expresamente rechazadas en el art. 8° del tratado Uruguay-EE.UU., aunque con diversas limitaciones que amplían el margen de maniobra del Estado receptor.

⁵⁸ MANN, HOWARD; *et al.*, *Op. cit.*, pp. 45-46.

En realidad, al estar redactado en forma condicional (“deberían”) no se trata de una regla de cumplimiento efectivo, sino de una forma de cooperación más general, que puede vincularse a otras disposiciones similares del marco normativo actual.⁵⁹ El comentario al artículo es muy realista, al reconocer que es difícil imponer este intercambio entre Estados, por lo cual se considera que el art. 29 es simplemente una base para brindar dicha asistencia.⁶⁰

El art. 30 establece la obligación de entregar la información necesaria sobre los inversores, que ayude a decidir si el historial empresarial es conveniente a los objetivos de inversión buscados, cláusula concordante con el último de los derechos mencionados a favor del Estado anfitrión (art. 28). El art. 31, en conexión con el n°17, obliga al Estado local a admitir demandas sobre el fondo del asunto contra los inversores, por daños que puedan haber producido en la jurisdicción donde se concretó la inversión. Por último, el art. 32 reitera la prohibición de actos de corrupción, en concordancia con los arts. 13 y 22, lo que deja en evidencia la exigibilidad de esta obligación para todas las partes involucradas en el desarrollo de una inversión.

2.7 Relación del Acuerdo Modelo con otros acuerdos internacionales

La Parte 7 regula uno de los aspectos más controvertidos de este instrumento, al estipular que los tratados anteriores sobre inversiones “...se considerarán anulados por consentimiento mutuo...” (*sic*) una vez entrado en vigor el Acuerdo Modelo (art. 33). En esta disposición se debió utilizar la expresión “terminados”, ya que no se trata de un vicio que pueda determinar la nulidad, sino que los convenios preexistentes dejan de generar efectos jurídicos entre las partes.⁶¹ El error proviene de una inexacta traducción del texto original, elaborado en idioma inglés.⁶² En el caso de tratados que incluyan a Estados que no sean parte del Acuerdo Modelo, se estipula la conveniencia de propiciar su adaptación a estas nuevas reglas. Asimismo, cualquier tratado que en el futuro firmen las partes deberá ser completamente consistente con el instrumento bajo análisis.

2.8 Instituciones que se crean por el Acuerdo

La Parte 8 determina, en primer lugar, que cada Estado parte debe crear una autoridad nacional encargada de aplicar las disposiciones de este instrumento. A nivel internacional, se establece una Conferencia de las Partes (art. 36), un Comité de Asistencia Técnica (art. 37), un mecanismo financiero (art. 38), una Secretaría (art. 39), un Órgano de solución de controversias (art. 40) y un Centro de Asistencia Legal (art. 41).

La Conferencia es la institución más importante, ya que de su tarea depende el funcionamiento del resto de los órganos y es la única que puede dictar declaraciones interpretativas del Acuerdo Modelo, que serán de aplicación obligatoria en los procedimientos de solución de controversias. La Secretaría, a cargo de un Secretario General

⁵⁹ Por ejemplo, las ya citadas Resoluciones de la Asamblea General N° 1803 (XVII) y N° 3281 (XXIX).

⁶⁰ MANN, HOWARD; *et al.*, *Op. cit.*, p. 50. Una forma concreta de establecer este intercambio se aprecia en la creación de una Comisión Binacional brasilera-estadounidense, que tiene entre sus funciones la de identificar oportunidades de inversión en ambos países. Ver *Agreement on Trade and Economic Cooperation Between the Government of the United States of America and the Government of the Federative Republic of Brazil* (firmado el 18/03/2011, en vigor desde esa misma fecha).

⁶¹ DE LA GUARDIA, ERNESTO. *Derecho de los tratados internacionales*. Buenos Aires: Ábaco, 1997, pp. 257-292, y AUST, ANTHONY. *Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge: University Press, 2000, pp. 252-260.

⁶² El texto señala en su parte pertinente: “(...) *all pre-existing international investment agreements...shall...be deemed to be terminated by mutual consent...*”

designado por la Conferencia, se encarga de preparar las reuniones de los demás órganos, asistir a los Estados parte y difundir los alcances del Acuerdo Modelo a nivel internacional. El otro componente destacado es el Órgano de Solución de Controversias (OSD), compuesto por un Consejo de las Partes, una Secretaría (independiente de la Secretaría del Acuerdo), una división panel y una división de apelación. El OSD tendrá disponible un listado de 35 panelistas, a quienes se sorteará para conformar paneles específicos en cada controversia. La división de apelación estará integrada por 9 panelistas, que duran siete años en ese cargo.⁶³ De acuerdo con el comentario a los artículos, este mecanismo es similar al previsto en la Organización Mundial del Comercio, con la salvedad de la secretaría independiente, exclusiva para el OSD.⁶⁴ Asimismo, se explica que la estructura de panel y sistema de apelación permite superar los inconvenientes del arbitraje clásico *ad hoc*, incluyendo el CIADI, en el cual la falta de un sistema de revisión puede derivar en decisiones contradictorias sobre la misma materia.⁶⁵

2.9 Prevención y solución de diferencias

La Parte 9 toca el sensible tema de la solución de controversias derivada de la aplicación del Acuerdo Modelo, ya sea entre los Estados parte, o entre el Estado anfitrión y un inversor. Una vez suscitada la controversia se debe formalizar una comunicación (art. 42), notificando la intención de iniciar un arbitraje, quedando abierto a partir de ese momento un plazo de seis meses para arribar a una solución (denominado “tiempo de reflexión”). El Acuerdo estipula que antes y durante ese lapso las partes procurarán resolver la disputa por los medios que crean conveniente, mencionándose de forma enunciativa los buenos oficios, la mediación y la conciliación. Asimismo, se establece que las partes en controversia podrán recurrir a un mediador, el cual surgirá de un listado de candidatos disponible en la Secretaría creada por el art. 39.

Si la controversia se produce entre los Estados parte (art. 43), se podrá someter a un arbitraje, tomando como base las reglas del Anexo A del instrumento,⁶⁶ lo que implica la constitución de un panel y la posibilidad de elevarlo posteriormente a la división de apelación. Este procedimiento de arbitraje también se puede utilizar en una controversia derivada de la revocación de una inversión (art. 44, con remisión al art. 18), siempre que las partes en controversia no la puedan solucionar por otros mecanismos. Asimismo, el art. 45 contempla que el inversor pueda solicitar también el inicio de arbitraje siempre que se hayan agotado los recursos internos pendientes, relacionados con la revocatoria de la inversión. El comentario sobre esta estipulación explica que el sistema previsto por los TBIs tradicionales tuvo como resultado “...internacionalizar todo tipo de diferencias nacionales por violación de contrato o cualquier otra demanda, un resultado claramente no calculado cuando los

⁶³ El procedimiento de solución de diferencias es regulado en detalle en la Parte 9 y en el Anexo A del Acuerdo.

⁶⁴ MANN, HOWARD; *et al.*, *Op. cit.*, p. 63. El CETA (Capítulo 33, Sección 3), el TPP (Capítulo 28, Sección A) y el TTIP (propuesta de la Unión Europea al Capítulo sobre Solución de Controversias) también estipulan el sometimiento a la decisión de un panel para la solución de disputas que no hayan sido resueltas mediante diferentes mecanismos diplomáticos (consultas, buenos oficios, conciliación o mediación).

⁶⁵ SCHREUER, CHRISTOPH. *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge: University Press, 2009, p. 1034 y la bibliografía especializada citada en ese acápite. De manera excepcional en el régimen habitual de instancia única, el acuerdo Uruguay-EE.UU. (Anexo E) prevé que los Estados parte podrán considerar si es conveniente establecer un órgano de apelación o mecanismo similar, para revisar los laudos arbitrales dictados en una controversia entre el inversor y un Estado receptor.

⁶⁶ El artículo aclara que el Anexo A debe ser aplicado *mutatis mutandis* al contexto de una diferencia entre Estados.

acuerdos de inversión internacional empezaron a multiplicarse en los años 80 y 90. Más aún, es esta internacionalización de todas las demandas que es clave en Argentina que ahora se enfrenta a alrededor de 40 demandas de arbitraje diferentes en su contra.⁶⁷ De esta manera, el Acuerdo Modelo estipula la necesidad de agotar los recursos internos, antes de abrir una instancia internacional de solución de controversias.⁶⁸ Las excepciones a esta regla son que en el derecho interno del Estado anfitrión esos recursos no estén disponibles debido al tema de la diferencia, o a una falta demostrable de independencia, o a plazos inadecuados de los procesos judiciales o administrativos. Para dar curso a estas excepciones, y habilitar la vía internacional, el inversor debe presentarlo como excepción preliminar ante un panel, cuya decisión sobre la admisibilidad o no del recurso es final.

El art. 46 estipula diferentes medidas para garantizar la transparencia del procedimiento de solución de controversias, entre ellas, la publicación en Internet de todos los documentos pertinentes, la apertura al público de las audiencias frente al panel y la admisión de presentaciones en carácter de *amicus curiae*.⁶⁹ El art. 47 impone la obligación para las Partes de adoptar las reglas nacionales que sean necesarias para garantizar que los laudos (en el texto original “*final awards*”) sean exigibles en los procedimientos legales nacionales.⁷⁰ Esta disposición permite a los Estados una libertad importante para definir de qué manera harán efectivo el contenido de los laudos. En el marco del CIADI, la regla equivalente es el art. 54, inc. 1º, al establecer que cada Estado parte del Convenio de Washington reconocerá el carácter obligatorio de los laudos dictados en su consecuencia, y hará ejecutar dentro de su

⁶⁷ MANN, HOWARD; *et al.*, *Op. cit.*, p. 70. En la doctrina argentina, los trabajos que desarrollan con más precisión esta situación de demandabilidad son GRACIARENA, MARÍA CAROLINA. *La inmunidad de ejecución del Estado frente a los laudos dictados por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión*. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2006, y FAYT, CARLOS. *Constitución Nacional y tribunales internacionales de arbitraje*. Buenos Aires: La Ley, 2007.

⁶⁸ Con la expansión de la suscripción de los TBIs en las últimas décadas del siglo XX se evidenció un abandono progresivo del sometimiento a la jurisdicción local, lo que llevó a algunos autores a considerar que esa regla había sido remplazada por la opción de los tribunales internacionales. Ver AMERASINGHE, CHITTHARANJAN FELIX. “Whither the Local Remedies Rule?” *ICSID Revue*, Vol. 5 (1990), pp. 292-310. Sin embargo, las opiniones actuales sobre el tema hacen referencia a un “resurgimiento” o “resurrección” de esta regla, entre ellas, CREMADES, BERNARDO M. “Resurgence of the Calvo Doctrine in Latin America”. *Business Law International*, Vol. 7 (2006), n°1, pp. 53-72; y CASTILLO ARGANARÁS, LUIS F. “Nuevos enfoques en la protección diplomática. La nacionalidad en las demandas ante tribunales internacionales”. *El Derecho*, 9/10/2006, pp. 1-3. Otros autores incluso sugieren modelos para conciliar y armonizar ambas opciones: MONTT, SANTIAGO. *State Liability in Investment Treaty Arbitration: Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*. Oxford: Hart Publishing, 2009, pp. 74-82.

⁶⁹ Las “Reglas de Procedimiento y Código de Conducta” para el arbitraje bajo el marco del CETA estipulan un punto de equilibrio entre la necesaria transparencia de estos procedimientos y la confidencialidad (reglas 39 y 40). En similares términos, el art. 28.12 del TPP establece la publicidad de las audiencias (a menos que las Partes en la disputa acuerden algo diferente) y la difusión de los documentos de posición una vez que el Panel emita su informe definitivo. REQUENA CASANOVA sintetiza de forma correcta lo delicado de este equilibrio, señalando que la búsqueda de la transparencia “...no debiera afectar a los derechos procesales de las partes, ni tampoco interferir en las deliberaciones del tribunal arbitral, que siempre tendrán carácter confidencial.” En REQUENA CASANOVA, MILLÁN. “La solución de controversias en los modelos de APPRI: cláusulas tradicionales y nuevas tendencias”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 24 (2012), p. 31. Publicado en línea en <<http://www.reei.org/index.php/revista/num24>> (Acceso 05/01/2015).

⁷⁰ Ejemplos de esta cláusula se encuentran en los acuerdos de Uruguay con Japón (art. 20, inc. 20) y Corea (art. 11, inc. 11).

territorio las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo, como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado.⁷¹

El art. 48 establece el derecho aplicable a las controversias que se planteen, el que estará integrado por las disposiciones del Acuerdo Modelo (incluyendo sus notas interpretativas), la ley nacional del Estado anfitrión y los principios generales del derecho internacional. Asimismo, los paneles y el tribunal de apelación deberán aplicar obligatoriamente las declaraciones interpretativas que apruebe la Conferencia de los Estados Parte. Esta disposición es similar a los términos de otros reglamentos de arbitraje, que buscan un equilibrio entre el derecho interno del Estado que se beneficia con la inversión y las reglas de derecho internacional aplicables al caso.⁷² El último inciso de este artículo contiene una disposición de gran relevancia, al determinar que la interpretación que realice la división de apelaciones respecto de alguna cláusula del Acuerdo será obligatoria para los paneles y el tribunal de apelación en causas posteriores. Estos precedentes sólo podrán ser revertidos por una declaración interpretativa que apruebe la Conferencia de los Estados Parte o por una enmienda al Acuerdo Modelo.

2.10 Excepciones generales a las disposiciones del Acuerdo

La Parte 10 hace referencia a las excepciones generales, entre las que se incluye la no divulgación de información que pueda afectar a los intereses de seguridad esenciales del Estado involucrado y el cumplimiento de obligaciones bajo la Carta de las Naciones Unidas.⁷³ Asimismo, se exceptúan las cuestiones impositivas (art. 50),⁷⁴ y las medidas adoptadas para fomentar el logro de la igualdad en el territorio o proteger a personas que hayan sido víctimas de discriminación histórica (art. 51). Además, el inc. (B) de este último artículo agrega como excepción las medidas adoptadas por un Estado ante una crisis de su balanza de pagos.

2.11 Disposiciones finales y Anexos

Por último, la Parte 11 enumera las disposiciones finales de este tratado, incluyendo pautas para la cooperación regional, el procedimiento de enmienda, la vinculación del texto principal del Acuerdo con los apéndices y notas, la concreción de Protocolos, la regla para

⁷¹ Sobre esta materia, ver BROCHES, ARON. “Awards rendered Pursuant to the ICSID Convention: Binding Force, Finality, Recognition, Enforcement, Execution”. *ICSID Review*, Vol. 2 (1987), pp. 287-334; y SCHREUER, CHRISTOPH, *Op. cit.*, pp. 1115-1150.

⁷² El art. 42.1 del Convenio de Washington estipula: “El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.” Por su parte, el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) determina en su art. 35.1: “El tribunal arbitral aplicará las normas de derecho que las partes hayan indicado como aplicables al fondo del litigio. Si las partes no indican las normas de derecho aplicables, el tribunal arbitral aplicará la ley que estime apropiada.”

⁷³ El art. 103 del acuerdo de San Francisco estipula que en caso de existir un conflicto entre las obligaciones contraídas por un Miembro de la ONU en virtud de la Carta y las obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las primeras.

⁷⁴ En caso de divergencia entre el Acuerdo Modelo y cualquier convención que regule aspectos impositivos (por ejemplo, acuerdos bilaterales para evitar la doble imposición), estos últimos prevalecerán.

su entrada en vigor, la posibilidad del retiro, los textos auténticos⁷⁵ y la designación del Secretario General de las Naciones Unidas como depositario del Acuerdo.

Junto con el articulado comentado en estas páginas, integran el Acuerdo una serie de Anexos, identificados con letras, que se refieren al procedimiento de solución de diferencias inversor-Estado (A), a la lista de puntos de contacto de la autoridad nacional de los Estados parte (B), a las listas nacionales de sectores excluidos de cobertura de todo o parte del Acuerdo (C), a la lista nacional de medidas no ajustables ni modificables, de todo o parte del Acuerdo (D), a la lista nacional de sectores sujetos a derechos de establecimiento de inversores extranjeros bajo la ley nacional (E) y la lista indicativa de asuntos de responsabilidad social corporativa (F). De estos Anexos, sólo el primero se encuentra desarrollado, al ser un elemento esencial de este instrumento, conforme fuera mencionado en la Parte 9. Los Anexos B, C, D y E deben ser completados a través del proceso de negociación o por voluntad de cada Estado al ratificar el Acuerdo Modelo. Por último, el Anexo F presenta simplemente una lista indicativa, que sirve como punto de partida para la negociación de la nómina definitiva.

3. Perspectiva general del Acuerdo y proyecciones actuales

Luego de varias décadas de preponderancia de los TBIs, el Acuerdo Modelo se presenta como un instrumento de cambio, buscando la redefinición de los estándares internacionales en materia de inversiones extranjeras.

Desde el plano teórico sólo pueden plantearse algunas críticas puntuales, ya que se trata de un trabajo concienzudo, con objetivos claros y un articulado desarrollado en pos de esos fines.⁷⁶ Posiblemente, uno de los aspectos más cuestionables es que el Acuerdo parece ir a contramano de la política de muchos Estados, que buscan reducir al mínimo las estructuras internacionales que impliquen el pago de elevadas cuotas de membresía. Como es conocido, en diversas áreas de cooperación internacional se tiende a la creación de grupos de interés más flexibles, sin personalidad jurídica internacional ni estructura orgánica. A primera vista, el sistema propuesto por el Acuerdo Modelo parece financieramente opuesto a este camino, lo que derivaría en la falta de apoyo a sus disposiciones por un sinnúmero de Estados.

Ahora bien, más allá de lo adecuado de sus disposiciones, el mayor obstáculo a su aplicabilidad deriva de la reticencia de muchos Estados a modificar tan radicalmente el *status quo* del sistema actual de TBIs. Anticipándose a esta objeción, el IISD presenta al Acuerdo como una base para la negociación, que pueda ser de utilidad para los Estados al momento de empezar a definir nuevos y necesarios estándares para las inversiones. Así, se reconoce *ab initio* que el texto íntegro de sus disposiciones casi con seguridad no será aceptado por los negociadores.⁷⁷

Los motivos de esta reticencia surgen con fuerza del texto propuesto. Los términos de los TBIs son fijados principalmente por los Estados de origen de la inversión, no por sus destinatarios, a través de cláusulas estandarizadas, que dejan poco margen para un real

⁷⁵ Se estipula que el texto en idioma en inglés será el único considerado auténtico, aunque esta disposición, se aclara, podría ser ampliada de acuerdo con los parámetros de la negociación. MANN, HOWARD; *et al.*, *Op. cit.*, p. 80.

⁷⁶ Esta aceptación general no impide observar que la traducción al español del Acuerdo presenta algunos errores e inconsistencias, que deberían ser corregidos para que resulte una herramienta de utilidad para los países hispano-parlantes.

⁷⁷ MALIK, MAHNAZ. "The IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development". En CORDONIER SEGGER, MARIE-CLAIRE; GEHRING, MARKUS W. and NEWCOMBE, ANDREW (Eds.). *Op. cit.*, pp. 565-584.

intercambio entre las partes. Por ello, un Estado interesado en atraer inversiones difícilmente logre obtener la firma de un articulado que limite los derechos del inversor, o que estipule la necesaria sumisión de toda controversia ante la jurisdicción local, y que plantee la posibilidad de un reclamo internacional sólo con carácter excepcional.

Estas particularidades del Acuerdo Modelo, razonables para los objetivos que buscan sus autores, seguramente generen más rechazos que apoyos en los inversores y los Estados de su nacionalidad, a los cuales se sumarían por necesidad los posibles Estados receptores.

En este contexto, consideramos que el Acuerdo, tanto en su articulado específico como en los principios generales que sustenta, resulta de gran relevancia para los países del MERCOSUR, ya que contempla algunos de los principales intereses del bloque de integración. Cabe recordar que en el ámbito regional se aprobó por Decisión del Consejo Mercado Común N°11/1993 el régimen para inversiones provenientes de inversores de los Estados parte. De forma equivalente, por Dec. CMC N° 11/1994 se aprobó el esquema para inversiones extra-zona.⁷⁸ Ambas Decisiones fueron un reflejo exacto de su época, identificada con el esfuerzo inicial para la constitución de un mercado común y con las políticas económicas imperantes en los cuatro Estados parte originarios. Estas normas no entraron en vigor y fueron derogadas por la Dec. CMC 30/2010.⁷⁹ En la actualidad, el MERCOSUR no posee un marco general para las inversiones y las discusiones en el Subgrupo de Trabajo avocado a la materia parecen no presentar novedades desde hace un tiempo considerable. De esta manera, el Acuerdo Modelo podría ser considerado como una guía de ciertos aspectos necesarios en la redefinición y negociación de los futuros acuerdos de inversión, lo cual no implica recomendarlo como un texto cerrado. Aunque el Acuerdo presenta una visión notoriamente favorable a los países en desarrollo, éstos son conscientes que necesitan inversiones de Estados desarrollados, de ahí que deban manejar opciones de negociación más realistas y flexibles.

Luego de este comentario general, es de interés especificar si las disposiciones del Acuerdo Modelo se limitaron a ser simples propuestas o si, por el contrario, la práctica estatal las tuvo en cuenta a la hora de negociar o renegociar los acuerdos de inversión a partir del año 2005. En este punto es conveniente centrar la atención en los recientes acuerdos bilaterales de los Estados parte del MERCOSUR, dado que constituyen el principal foco de interés de este trabajo, y realizar algunas apreciaciones generales respecto de varios aspectos comunes a estos instrumentos internacionales.⁸⁰

⁷⁸ Un análisis de estas normas se puede encontrar en FRAGA LERNER, DIEGO. “The Protection of Foreign Direct Investment in MERCOSUR”. En TOSCANO FRANCA, MARCÍLIO; LIXINSKI, LUCAS and OLMOS GIUPPONI, MARÍA BELÉN (EDS.). *The Law of MERCOSUR*. Oxford and Portland, OR: Hart Publishing, 2010, pp. 277–290, y CASTILLO ARGANARÁS, Luis F. “MERCOSUR e inversiones extranjeras. Una aproximación desde el derecho comparado y de la integración”. En *Ámbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 84 (enero 2011) Publicado en línea en http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8899&revista_caderno=19 (Acceso el 18/12/2015).

⁷⁹ SUÑÉ, NATASHA y VASCONCELOS, RAPHAEL CARVALHO DE. “Inversiones y solución de controversias en el Mercosur”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Año 1, N°2 (2013) pp. 195–220 (213).

⁸⁰ Para una referencia de tratados recientes de otros países latinoamericanos (entre ellos, Colombia, Cuba, Chile y Perú), ver SALGADO LEVY, CLAUDIA. “Drafting and Interpreting International Investment Agreements from a Sustainable Development Perspective”. *Groningen Journal of International Law*, Vol. 3, Issue 1 (2015), pp. 59-84 (72-78).

Sobre este aspecto, se debe recordar que Argentina negoció el último TBI en marzo de 2001 y recientemente no prorrogó uno de ellos, celebrado con Indonesia en 1995.⁸¹ En similar situación se encuentra Paraguay, que firmó su último TBI también en 2001, teniendo como contraparte a Bolivia. Con relación a Brasil, su particular posición en la materia se refleja en los TBIs firmados durante la década del '90 del siglo pasado, que nunca entraron en vigor.⁸² En años recientes suscribió acuerdos de cooperación económica e inversiones con EE.UU. en el año 2011, y con Mozambique, Angola, México, Malawi, Colombia y Chile en el 2015. De estos nuevos tratados, sólo entró en vigor el primero de ellos, de alcance limitado ya que sólo dispone la creación de una Comisión conjunta, que estudiará las medidas específicas a adoptar en las áreas de interés común. Por su parte, Uruguay dispone de una multiplicidad de tratados, tanto los tradicionales de los años '90 como otros de redacción actual. Sus últimos TBIs fueron negociados con EE.UU. (2005), India (2008), Vietnam (2009), Chile (2010), Corea del Sur (2011) y Japón (2015). De ellos, entraron en vigor los correspondientes a EE.UU., Vietnam y Corea. Por último, Venezuela también suscribió varios acuerdos en los últimos años, con Irán (2006), Bielorrusia (2008), la Federación Rusa (2009) y Vietnam (2009), todos ellos en vigor.

Esta enumeración de tratados no significa que todos ellos hayan adoptado nuevos formatos; por el contrario, algunos de ellos conserven un formato de redacción clásico, por ejemplo, los negociados entre Venezuela y Rusia, y entre Uruguay y Chile.

En forma preliminar, se puede apreciar que algunos de estos acuerdos incluyen una terminología en sus preámbulos que responden a esta nueva orientación de las inversiones extranjeras. Así, en los acuerdos de Brasil con Colombia y México se reconoce "...la necesidad de promover y proteger las inversiones por su papel fundamental en la promoción del desarrollo sostenible, del crecimiento económico, de la reducción de la pobreza, de la creación de empleo, de la expansión de la capacidad productiva y del desarrollo humano." Con otra terminología, los acuerdos de Uruguay con Corea y EE.UU. señalan que los objetivos a alcanzar deben ser consistentes "...con la protección de la salud, seguridad y medio ambiente y la promoción de la protección al consumidor y de los derechos laborales reconocidos internacionalmente."

En materia de definiciones aplicables, la fraseología actual es en muchos casos más descriptiva, incluyendo notas interpretativas o comentarios adicionales para dar mayor precisión a los términos empleados (Uruguay-Japón, art. 1º, y Uruguay-Corea, art. 1º). En el acuerdo Brasil-México (art. 3º) se define qué actos económicos se consideran como "inversión", al mismo tiempo que se excluyen ciertas categorías de ese marco conceptual.⁸³ Esta misma forma de redacción se aprecia en el acuerdo Venezuela-Vietnam (art. 1º).

La formulación de los derechos acordados al inversor se mantiene en forma similar al formato clásico, aunque algunos de los nuevos acuerdos introducen varias limitaciones o aclaraciones. Por ejemplo, los acuerdos de Brasil con países latinoamericanos señalan específicamente que la regla de no discriminación no limita la facultad del Estado local de

⁸¹ Nota de propuesta del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de Argentina de fecha 10/07/2015 y Nota de respuesta de su contraparte de Indonesia de fecha 14/10/2015. Publicadas en el Boletín Oficial de la República Argentina el 04/12/2015, p. 117 y Anexo.

⁸² BAS VILIZIO, MAGDALENA. "Solución de controversias en los Tratados Bilaterales de Inversión: mapa de situación en América del Sur" *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Año 3, Nº 5 (2015), pp. 233-253 (243-244). Publicado en línea en <<http://www.revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/120>> (Acceso 07/01/2016).

⁸³ Por ejemplo, no se considera como "inversión" la adquisición por un particular de los títulos de deuda emitidos por el Gobierno, posible reflejo de la problemática argentina en la materia.

adoptar nueva legislación, siempre que no se oriente a perjudicar al inversor extranjero. Del mismo modo, la CNMF en estos convenios se reconoce con limitaciones, *v. gr.*, no siendo aplicable a reglas sobre solución de controversias incluidas en otros tratados, o concesiones otorgadas en acuerdos de integración regional. Por su parte, los acuerdos negociados por Uruguay incluyen anexos que detallan el alcance exacto de los derechos acordados, formato que alcanza su mayor desarrollo en el convenio con EE.UU. En contraposición, los acuerdos negociados por Venezuela replican el formato clásico, limitándose a establecer los derechos para los inversores, sin mayores precisiones.

Otro campo de interés para analizar en los nuevos acuerdos son los derechos que se reconocen para el Estado anfitrión. Los acuerdos negociados por Brasil son posiblemente los más avanzados en este aspecto, ya que mencionan diferentes límites y excepciones, con una redacción impensada en el formato tradicional del TBI. Entre ellos, al establecer que la compensación por pérdidas no puede ser superior (pero tampoco inferior) a la reconocida a los inversores locales o a inversores de un tercer Estado (Brasil-Colombia, art. 7º), así como la posibilidad de limitar las transferencias dinerarias cuando se declare una crisis en la balanza de pagos (Brasil-Colombia, art. 9º, inc. 4). Además de las medidas antes mencionadas, el Estado anfitrión puede adoptar medidas por cuestiones de seguridad, para preservar el orden público, para cumplir obligaciones derivadas de operaciones de mantenimiento de la paz y de seguridad internacionales, para proteger sus propios intereses esenciales de seguridad o para la aplicación de disposiciones de derecho penal (Brasil-México, art. 12).

La perspectiva respecto de las cláusulas de solución de controversias entre el inversor y el Estado anfitrión es ambivalente, ya que si bien aparecen algunas innovaciones, en otras partes se mantienen vigentes los esquemas clásicos.⁸⁴ Los acuerdos negociados por Uruguay con EE.UU. y Japón incluyen un muy detallado capítulo referente a esta materia. Para las controversias entre el inversor y el Estado anfitrión se prevé el arbitraje de acuerdo con las reglas del CIADI o de la CNUDMI, entre otras opciones a decisión del inversor. Una perspectiva similar se aprecia en los acuerdos de Venezuela con Rusia e Irán, que no mencionan al CIADI pero incorporan, respectivamente, las opciones del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo y al Tribunal Arbitral Internacional de la Cámara de Comercio de París.⁸⁵ En estos dos tratados las opciones para la solución de controversias también se ofrecen a la elección del inversor, no al Estado anfitrión. Asimismo, se puede destacar que el BIT Venezuela-Irán presenta una limitación de importancia: “No podrá ser sometida a arbitraje ninguna controversia que haya sido planteada ante la jurisdicción ordinaria de la Parte Contratante donde radica la inversión, o que haya sido decidida por la misma previamente a través de sentencia definitivamente firme.” El acuerdo del país sudamericano con Rusia no cuenta con esta disposición. Por su parte, los TBIs de Brasil con México y Colombia prevén como innovación la figura de un Ombudsman, entendido como un punto focal que pueda asistir al inversor extranjero en caso de dificultades. Asimismo, se prevé la conformación de un Comité Conjunto formado por representantes de ambos Estados, como parte de un proceso de prevención de controversias.

⁸⁴ Esta posición cautelosa contrasta con la gran cantidad de objeciones que se plantean desde los ámbitos académico y político contra estos mecanismos jurisdiccionales, y que ha llevado a algunos autores a sostener la necesidad de crear un tribunal internacional especializada en inversiones. Ver HARTEN, GUS VAN. “A Case for an International Investment Court”. Publicado en línea en <<http://ssrn.com/abstract=1153424>> (Acceso 06/01/2015).

⁸⁵ Venezuela denunció el Convenio de Washington el 24/01/2012, Rusia es sólo signatario desde 1992 e Irán no es signatario ni parte.

La particularidad más relevante es que estos TBIs no incluyen un mecanismo que autorice al inversor a accionar directamente contra el Estado anfitrión.⁸⁶ Por el contrario, es el Estado de la nacionalidad del inversor el que podrá plantear su reclamo en el mencionado Comité Conjunto, buscando un arreglo satisfactorio. Una vez agotado este procedimiento, se da el paso a un procedimiento de arbitraje entre los propios Estados parte.

La somera descripción arriba realizada permite entrever un panorama de cambios, aun lejos de las propuestas más extremas del Acuerdo Modelo, una propuesta académica compleja de trasladar de forma íntegra a las negociaciones interestatales. Sin embargo, los recientes acuerdos celebrados por los Estados del MERCOSUR empiezan a recorrer un camino de diferenciación con los TBIs tradicionales. Quizás sea prematuro aventurar si el Acuerdo Modelo inspiró tales disposiciones o si, por el contrario, los redactores del IISD plasmaron en dicho proyecto multilateral las reglas emergentes que comenzaban a destacarse de los previos esquemas regulatorios.⁸⁷

A pesar que no se sigan al pie de la letra sus propuestas de artículos, quizás con el tiempo el Acuerdo pueda ser reconocido como un instrumento de *soft law*, con recomendaciones o pautas que puedan orientar el trabajo de los Estados hacia futuros instrumentos jurídicamente vinculantes.⁸⁸ De la misma manera que durante décadas se aceptó el modelo de TBI con una fuerte preponderancia en los derechos e intereses de los inversores, en detrimento de sus similares para los Estados receptores, quizás una lenta pero constante evolución del derecho internacional de las inversiones extranjeras, a través de instrumentos no obligatorios, permita equilibrar el contenido de los futuros acuerdos. Como expresa Estrada Oyuela, con particular referencia a las problemáticas ambientales, pero que puede extrapolarse a la temática bajo estudio, el mecanismo de *soft law* “...tiene una gran importancia en un proceso de formación de normas jurídicas tendientes a remover conductas que antes la comunidad internacional aceptaba.”⁸⁹ Esta tendencia al cambio es confirmada por UNCTAD, a través de un estudio realizado en noviembre de 2015, que destaca el incremento en la cantidad de nuevos acuerdos que tenían en cuenta las propuestas del

⁸⁶ Una limitación que también comenzó a aplicar Australia a partir del año 2011, conforme FERNÁNDEZ MASÍA, ENRIQUE. “Arbitraje inversor-estado: de ‘bella durmiente’ a ‘león en la jungla’”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 23 (2013), pp. 20-23. Publicado en línea en <<http://www.reei.org/index.php/revista/num18>> (Acceso 06/01/2015).

⁸⁷ FACH GÓMEZ afirma que muchas de las disposiciones clave del Acuerdo fueron incorporadas a recientes tratados bilaterales y regionales de inversión, aunque con particular referencia a los acuerdos negociados por España señala que conservan, en su mayoría, una visión tradicional. Ver FACH GÓMEZ, KATYA. “Construyendo un nuevo Derecho Internacional de las inversiones: Las propuestas del Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N° 18 (2009). Publicado en línea en <<http://www.reei.org/index.php/revista/num18>> (Acceso 05/01/2015).

Sin embargo, es necesario reconocer que algunas disposiciones del Acuerdo Modelo, terminado de elaborar en 2005, se inspiran en instrumentos contemporáneos como los Modelos de TBI de EE.UU. y Canadá, ambos del año 2004. El modelo estadounidense fue actualizado en 2012.

⁸⁸ BJORKLUND, ANDREA K. “Assessing the effectiveness of soft law instruments”. En BJORKLUND, ANDREA K. and REINISCH, AUGUST (Eds.). *International Investment Law and Soft Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2012, pp. 51-81. Un análisis de las diferentes acepciones de la expresión “*soft law*” puede encontrarse en BARBERIS, JULIO A. *Formación del derecho internacional*. Buenos Aires: Abaco, 1994, p. 282-283.

⁸⁹ ESTRADA OYUELA, RAÚL A. “Notas sobre la evolución reciente del Derecho Ambiental Internacional”. En ESTRADA OYUELA, RAÚL A. y ZEBALLOS DE SISTO, MARÍA CRISTINA (Coord.). *Evolución reciente del Derecho Ambiental Internacional*. Buenos Aires: AZ Editora, 1993, pp. 3-15 (6).

“*Investment Policy Framework for Sustainable Development*”. Es decir, que de a poco los Estados adaptaban sus acuerdos teniendo en cuenta estas nuevas pautas de negociación.⁹⁰ Por último, cabe reiterar una apreciación formulada en páginas anteriores: la simple firma de tratados no alcanza para garantizar el ingreso de inversiones provenientes del extranjero, y mucho menos para asegurar que dichos flujos financieros se destinen al desarrollo sustentable. El COMITÉ DE EXPERTOS INTERGUBERNAMENTALES EN FINANCIAMIENTO DEL DESARROLLO SOSTENIBLE de las Naciones Unidas expresa: “La inversión extranjera directa (IED)... juega un rol crítico en el financiamiento del desarrollo sostenible. Sin embargo, los decisores políticos necesitan monitorear la calidad de la IED para maximizar su impacto en el desarrollo sostenible. Los Gobiernos deberían, cuando sea necesario, adoptar políticas que incentiven la vinculación entre las empresas multinacionales y las actividades productivas locales, apoyar la transferencia de tecnología, proveer a los trabajadores locales con oportunidades de capacitación, y reforzar la capacidad de la industria local para absorber efectivamente y aplicar las nuevas tecnologías.”⁹¹ A la advertencia antes señalada cabe agregar que una inversión que pueda volcarse al desarrollo sostenible necesariamente implica un plazo razonable de tiempo de permanencia en el país. El simple ingreso al territorio de capitales especulativos no conlleva la idea de desarrollo de la economía, a pesar que sus saldos financieros puedan mejorar provisoriamente. Se requiere, por lo tanto, de un esfuerzo normativo interno e internacional, de una correcta implementación de las reglas jurídicas y de una estabilidad basada en el cumplimiento de los compromisos, para que un Estado logre convertirse en un destino de interés para aquellas inversiones adecuadas para el desarrollo tan buscado.

⁹⁰ TUERK, ELISABETH. “Reforming the IIA regime: are we getting there? Lessons from recent treaty practice”. *UNCTAD Investment Policy Blog*, November 26, 2015. Publicado en línea en <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Blog/Index/46>> (Acceso 21/12/2015).

⁹¹ INTERGOVERNMENTAL COMMITTEE OF EXPERTS ON SUSTAINABLE DEVELOPMENT FINANCING. *Report (final draft)*, August 8th, 2014, par. 125. Publicado en línea en <<https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/4588FINAL%20REPORT%20ICESDF.pdf>> (Acceso 20/02/2015). Este Comité fue establecido por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2012, mediante su Resolución 66/288.