



Universidad de San Andrés

Departamento de Ciencias Sociales

Maestría en Política y Economía Internacionales

Trabajo de Investigación Final

Cohorte 2017-2018

***“Los Tratados Bilaterales de Inversión de Argentina y los
Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones de Brasil:
su rol frente a la soberanía nacional y a la inversión”***

Autor: Arancibia, Maximiliano

Director: Gómez Pulisich, Facundo M.

Buenos Aires, Argentina

2022



Universidad de San Andrés

Departamento de Ciencias Sociales

Maestría en Política y Economía Internacionales

Trabajo de Investigación Final

Cohorte 2017-2018

Título: “Los Tratados Bilaterales de Inversión de Argentina y los Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones de Brasil: su rol frente a la soberanía nacional y a la inversión”.

Autor: Arancibia, Maximiliano

Director: Gómez Pulisich, Facundo M.

Buenos Aires, Argentina

2022



Universidad de
San Andrés

Agradecimientos

En primer lugar, quiero agradecer a mi familia, a mi madre y padre, que siempre apoyaron de manera incondicional y, ciegamente todo proyecto en el cual decidí embarcarme. A mis hermanas que, aún sin saber en lo que estaba metido, con su apoyo y aliento, hicieron de esto un trayecto más confortable y realizable al fin.

A cada una de las personas que conforman *La Mafia*, elemento fundamental en esta aventura, quienes asumieron una suerte de motor propulsor y de apoyo logístico permanente, especialmente en aquellos momentos en que los resultados se veían lejanos y hasta imposibles.

A mis amigos, por apoyarme cotidianamente y desinteresadamente, que debieron soportar mis cambios de humor y conversaciones sobre estos temas, durante las distintas etapas de la maestría y del proyecto de investigación, hasta la fecha.

Mi agradecimiento a la Universidad de San Andrés, a la Coordinación de la Maestría en Política y Economía Internacionales, a las profesoras y profesores, que despertaron y reafirmaron mi interés en esta temática apasionante; y, a mis compañeros de curso, con quienes compartimos nuestras experiencias profesionales y personales durante el cursado.

Quiero expresar un especial agradecimiento a mi director de tesis, con quien a pesar de habernos conocido telefónicamente y en los inicios de una pandemia que sacudió al mundo, siempre se mostró predispuesto a colaborar y a orientarme en la concreción de este proyecto. Destaco su compromiso y visión crítica en el rol de tutor y su predisposición absoluta, asistiéndome incluso en días y horarios no laborables.

Por último, deseo manifestar mi gratitud para con todo el staff de la Biblioteca *Max von Buch*, que me facilitaron una infinidad de material bibliográfico y atendieron todas mis consultas de manera muy expedita y amable, a lo largo de estos años.

Gracias, a todas ellas y a aquellas personas que, sin ser mencionadas individualmente, transitaron junto a mí este camino de formación académica y me acompañaron en tal propósito, pero que por, sobre todo, me ayudaron a ser una mejor persona.



Universidad de
San Andrés

TABLA DE CONTENIDOS

	Página
Acrónimos	8
Introducción	10
- Estado de la cuestión	12
- Marco conceptual	15
- Metodología de investigación	19
SECCIÓN I - LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN Y EL RÉGIMEN DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS PROPUESTO POR EL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES	
A. Los Tratados Bilaterales de Inversión	
1. Origen, Naturaleza y Estructura de los Tratados Bilaterales de Inversión	21
a) <i>Origen</i>	21
b) <i>Sistema Jurídico Argentino</i>	25
c) <i>Naturaleza y Estructura</i>	29
2. Normas de fondo: contenido, ventajas e inconvenientes	33
a) <i>Trato nacional</i>	35
b) <i>Nación Más Favorecida</i>	37
c) <i>Expropiación</i>	38
3. La nueva generación de TBI: Qatar, Japón y Emiratos Árabes Unidos	41
B. El régimen de solución de controversias del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones – El arbitraje “inversor-Estado”	
1. Resolución de Disputas en los Tratados Bilaterales de Inversión	43
2. Jurisdicción del tribunal arbitral	47
3. Composición del tribunal arbitral	50
4. Derecho aplicable	53
5. Reconocimiento y ejecución del laudo arbitral	54
C. Conclusiones preliminares de la Primera Sección	59
SECCIÓN II - LOS ACUERDOS DE COOPERACIÓN Y FACILITACIÓN DE INVERSIONES DEL BRASIL Y SU RÉGIMEN DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS	
A. Los Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones	
1. Origen, Naturaleza y Estructura de los Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones	62
a) <i>Origen</i>	62

<i>b) Naturaleza y Estructura</i>	67
2. Normas de fondo: contenido, ventajas e inconvenientes	70
<i>a) Trato nacional</i>	70
<i>b) Nación Más Favorecida</i>	72
<i>c) Expropiación</i>	73
3. El régimen de inversiones en el Mercosur	74
B. El régimen de solución de controversias de los Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones	
1. Procedimientos de prevención: prevención y mitigación del riesgo	75
2. Órganos para la prevención y solución de controversias	78
<i>a) El Ombudsman</i>	78
<i>b) El Comité Conjunto</i>	80
3. Derecho aplicable.....	82
4. Normas de procedimiento	82
5. Decisión final	83
C. Conclusiones preliminares de la Segunda Sección	86
SECCIÓN III - CONCLUSIONES FINALES	88
Anexo I – Gráficos y Tablas	95
Gráfico 1 – Tabla de ingreso de inversión extranjera directa a países en desarrollo (1980-1989).....	96
Gráfico 2 – Mapa de los Estados Contratantes y otros signatarios del Convenio del CIADI (1966 - 2020)	97
Gráfico 3 – Listado de Tratados Bilaterales de Inversión firmados por la República Argentina (1990-2001)	98
Gráfico 4 – Flujo de inversión extranjera directa, Argentina y Brasil (1989-2020)	99
Gráfico 5 – Listado de casos en contra de la República Argentina – por aplicación del Convenio del CIADI y Reglas (1997 - 2020)	101
Gráfico 6 – Casos registrados por el CIADI en virtud del Convenio del CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario (1972 - 2020)	102
Gráfico 7 – Base del consentimiento invocada para establecer la jurisdicción del CIADI en los casos CIADI registrados (1972 - 2020)	103
Gráfico 8 – Procedimientos de anulación en virtud del Convenio del CIADI (1971 - 2020)	104

Gráfico 9 – Listado de Tratados Bilaterales firmados por Brasil (27), por orden cronológico (1994-2020)	105
Gráfico 10 – Procedimiento de Prevención de Disputas y Arbitraje (Estado-Estado) en los ACFIs	106
Gráfico 11 – Salida de Inversión Extranjera Directa de Brasil (1989-2020)	107
Gráfico 12 – Entradas de Inversión Extranjera Directa a nivel mundial (1970-2016)	108
BIBLIOGRAFÍA	109
- Referencias	109
- Normas nacionales	118
- Instrumentos internacionales	118
- Jurisprudencia internacional	120



Universidad de
San Andrés

Acrónimos

ACFI – Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones

All – Acuerdo Internacional de Inversión

CAMEX – Cámara de Comercio Exterior

CC – Comité Conjunto

CIADI - Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

CIJ – Corte Internacional de Justicia

FCN – Treaty of Friendship, Commerce and Navigation

IED – Inversión Extranjera Directa

OID – Ombudsman de Inversiones Directas

PF – Punto Focal

TBI – Tratado Bilateral de Inversión

TLC – Tratado de Libre Comercio



Palabras Clave

*Acuerdo – Arbitraje – Bilateral – Disputa – Inversión – Inversor – Tratado – Regulación
– Resolución – Soberanía –*



Universidad de
San Andrés

Introducción

El presente trabajo de investigación tiene como propósito abordar un análisis exploratorio del sistema de solución de controversias previsto en los Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones de Brasil (período del año 2015 a 2020) y, del modelo contenido en los Tratados Bilaterales de Inversión de Argentina (período del año 1990 a 2000).

Ello, a efectos de intentar un acercamiento al motivo por el cual Argentina y Brasil optan por modelos de inversiones diferentes, sobre la base de que el mecanismo propuesto en estos últimos instrumentos mencionados, podría representar una reducción de lo que se conoce como espacio regulatorio estatal, debilitando su capacidad regulatoria, en materia de políticas públicas, propia de los Estados soberanos.

Para ello, el presente trabajo de investigación encuentra motivación en las críticas doctrinarias efectuadas sobre el sistema de resolución de controversias contemplado en los tratados bilaterales de inversión argentinos, a la luz de los novedosos acuerdos de cooperación y facilitación de inversiones brasileños.

Posteriormente, se expone y analiza la propuesta brasileña, a efectos de indagar si ella puede presentarse como una alternativa innovadora comparativamente, en relación a la resolución de disputas relativas a inversiones.

En ese orden de ideas, el análisis estará estructurado en dos Secciones principales. En la primera de ellas, se realizará análisis descriptivo sobre el origen y la evolución histórica de los Acuerdos Internacionales de Inversión en general y, de los Tratados Bilaterales de Inversión en particular, específicamente los celebrados por Argentina. Por su parte, se abordará el sistema de solución de controversias incluido en dichos acuerdos bilaterales, consistente en el arbitraje “inversor-Estado”. Asimismo, simultáneamente, se realizará el estudio de casos en los cuales la Argentina reviste el carácter de demandada, ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, en el marco de los tratados bilaterales signados. Y, como último nivel, se expondrá la nueva generación de tratados bilaterales de inversión celebrados por Argentina.

En la segunda Sección se embarcará el análisis de los Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones brasileños. Partiendo del estudio de sus orígenes, fundamentos y desarrollo histórico, se efectuará un análisis profundizado de dichos

acuerdos y de sus términos específicamente. Seguidamente, se analizará el procedimiento de mitigación y prevención de controversias contenido en los acuerdos y, posteriormente el procedimiento de arbitraje “Estado-Estado”, implementado en estos tratados. La sección encontrará su cierre con la sintética exposición del Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-MERCOSUR.

Finalmente, se dispondrá un análisis comparativo de ambos sistemas, contrarrestándolos entre sí a través de un cuadro, con el objetivo de determinar la justificación de uno u otro sistema, en base a las posibles ventajas y desventajas de cada uno de ellos, los problemas que su respectiva instrumentación acarrea, y las opciones de superación en cada caso, teniendo en consideración los nuevos tratados celebrados por Argentina y la inclusión del Protocolo de Inversiones en el Mercosur.



Universidad de
San Andrés

Estado de la cuestión

El origen de los tratados bilaterales de inversión se remonta hacia 1965, cuando la necesidad de generar contratos de inversión fue apoyada por una iniciativa dentro del Banco Mundial para la creación del Sistema CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones). Dicho centro fue creado por el Convenio de Washington de 1965, sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, que estableció las bases y fundamentos para el establecimiento de la jurisdicción de los tribunales arbitrales *ad hoc*, sobre la base del consentimiento del Estado y el inversor extranjero¹. De hecho, hacia 1989, según la UNCTAD, había 385 tratados bilaterales de inversión, mientras que en 1995 hubo 1173 y, para el año 2000, había 1941 (aunque no todos estaban en vigor)².

En su mayoría, a la fecha dichos tratados se encuentran fundados en un modelo definido por el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones, dependiente del Grupo del Banco Mundial. Es así que, tienen como característica la existencia de cláusulas de protección específicas, que buscan dar mayores garantías a la inversión extranjera³ en los países receptores, a través, por ejemplo, del reconocimiento de la expropiación indirecta y del sistema de solución de controversias inversionista-Estado. Este modelo tradicional de acuerdos de inversión, donde se establecen fuertes cláusulas de protección para los inversores extranjeros y les permiten iniciar arbitrajes internacionales contra el Estado receptor sin recurrir previamente al sistema judicial local, ha tenido efectos negativos en los países anfitriones⁴. Esto se encuentra fuertemente ligado al dilema que enfrentan los países receptores ante la firma de un tratado donde el otorgamiento de mayores incentivos a la inversión extranjera directa

¹ Vinuesa, Raúl. *Tendencias y perspectivas en la solución de controversias entre Estados extranjeros e inversores*, en *Diálogos sobre Justicia Internacional*. Bernardo Sepúlveda (Coord.), Trillas, México (2009).

² UNCTAD (2002). *Quantitative data on bilateral investment treaties and double taxation treaties*, available at: www.unctad.org/templates/WebFlyer.asp?intItemID=3150&ang=1.

³ Ortino, Federico. *The Investment Treaty System as Judicial Review*. King's College London Dickson Poon School of Law Legal Studies Research Paper Series, paper no. 2014-23, London (2014).

⁴ Vieira Martins, José H. *Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI) de Brasil y Últimos Avances*. Investment Treaty News, International Institute for Sustainable Development (IISD). Análisis, Junio 12, 2017.

puede implicar, a posteriori, una debilitación no deseada en la capacidad de actuación en materia de políticas públicas⁵ y, hasta ocasionar una “parálisis regulatoria”⁶.

En la actualidad, en general existen diversas inquietudes⁷ entorno al sistema vigente, referentes a la interpretación del derecho, la falta de uniformidad, coherencia, previsibilidad y revisión de las decisiones arbitrales en el marco del arbitraje “Inversor-Estado”. Asimismo, se ha cuestionado la falta de imparcialidad e independencia⁸ de los árbitros y la transparencia⁹ de los mecanismos de comunicación de información y recusación¹⁰, previstos en numerosos tratados y reglamentos de arbitraje. A su vez, existen fuertes reparos respecto de la duración de dichos procesos y el costo¹¹ que tales insumen, especialmente para el Estado soberano.

En consonancia con ello, una de las principales críticas a los acuerdos de promoción y protección de inversiones es que no encuadran dentro del marco constitucional¹² de la República Argentina y, que además privilegian los derechos de los inversionistas extranjeros frente al derecho del Estado anfitrión a regular en búsqueda del interés público¹³. Y, asimismo, se cuestiona que dichos tratados no han sido efectivos en la atracción de inversión extranjera directa¹⁴, como fuese esperado.

⁵ Stanley, Leonardo. *Acuerdos bilaterales de inversión y demandas ante tribunales internacionales: la experiencia argentina reciente*. Unidad de Inversiones y Estrategias Empresariales de la División de Desarrollo Productivo y Empresarial de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Serie Desarrollo Productivo, N° 158 (2004). https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4550/S0408641_es.pdf;jsessionid=5806C1C7102F905D0D0E60249096EED7?sequence=1

⁶ Ruiz García, Martín. *El arbitraje internacional de inversión y su impacto sobre el espacio regulatorio de países en vía de desarrollo*. Revista Latinoamericana de Derecho Internacional (LADI) Nro. 8, (2019).

⁷ International Bar Association (IBA) - Subcommittee on Investment Treaty Arbitration. *Consistency, efficiency and transparency in investment treaty arbitration report 2018*. Disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/investment_treaty_report_2018_full.pdf

⁸ Baltag, Crina. *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues / Edited by Crina Baltag*. Alphen Aan Den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, 2017. Chapter 11. Página 305.

⁹ Kaufmann-Kohler, Gabrielle. *In search of transparency and consistency: ICSID reform proposal*. TDM 5 (2005), Issue: Vol. 2 - issue 5 Published: November 2005. Disponible en: <https://lk-k.com/wp-content/uploads/In-Search-of-Transparency-and-Consistency-ICSID-Reform-Proposals.pdf>

¹⁰ Puede ser observado en los casos llevados en contra la República Argentina: *Aguas del Aconquija* (2001), *Siemens* (2005), *Suez* (2007), decisiones por aplicación del Artículo 57 del Convenio CIADI – Recusación de Árbitros.

¹¹ Op. Cit. 8.

¹² Rosatti, Horacio D. Los Tratados Bilaterales de Inversión, el Arbitraje Internacional Obligatorio y el Sistema Jurídico Argentino. *Revista Jurídica Argentina La Ley*. Año, vol. y nro.: 15/10/03-LL-F-pp. 1283. Buenos Aires, 2003.

¹³ Herreros, Sebastián. *Facilitación de inversiones: una puerta hacia la convergencia entre la Alianza del Pacífico y el MERCOSUR*. Puentes – ICTSD Centro Internacional para el Comercio y el Desarrollo Sostenible. Volume 19, Number 3-5 June 2018. Ginebra, Suiza (2018).

¹⁴ Bellak, Christian. *How Bilateral Investment Treaties Impact on Foreign Direct Investment: A Meta-Analysis of Public Policy*. Version for 2013 MAER Network Colloquium (2013).

En tal contexto, en 2015 Brasil ha planteado el desarrollo de un nuevo modelo de acuerdos de inversión¹⁵, reemplazando el paradigma de protección de las inversiones por un paradigma basado en la cooperación y facilitación de las inversiones. Tal figura ha sido denominada como “Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones”. En tal oportunidad, el Gobierno de Brasil se ha preocupado principalmente por proteger el espacio regulatorio frente a los compromisos de inversión¹⁶. Dicho modelo, enfatiza en: 1) la creación de mecanismos tales como defensores del pueblo o comités conjuntos, para monitorear las relaciones de inversión y evitar controversias, y 2) la creación de acuerdos abiertos o convenios marco que puedan ser adaptados a lo largo del tiempo para satisfacer las necesidades de desarrollo de los Estados partes a través de programas de trabajo temático. Asimismo, se basa en tres pilares: a) mitigación los riesgos (mecanismos de prevención de controversias fundados en diálogos y consultas bilaterales, antes de la instalación de un procedimiento de arbitraje); b) gobernanza institucional; c) agendas temáticas para la cooperación y la facilitación de las inversiones¹⁷.

Por su parte, en respuesta a tal circunstancia evidenciada, determinados sectores de la doctrina y foros multilaterales sostienen la necesidad de implementar mecanismos de prevención de controversias en el ámbito de inversiones (conciliación y mediación) y, el rol que ocupan las interpretaciones vinculantes entre las partes de los tratados (Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, 2019).

En conclusión, conforme sostiene Ghiotto¹⁸, los Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones proponen cambios sustanciales al sistema vigente para los Tratados Bilaterales de Inversión. En especial, reduce el ámbito comprendido en el concepto de inversiones, excluye la denominada expropiación indirecta, efectúa mejoras en el mecanismo de resolución de disputas y sugiere la prevención de las mismas, enfatiza

¹⁵ Puig, Sergio; Shaffer, Gregory. Imperfect Alternatives: Institutional Choice and the Reform of Investment Law. *American Journal of International Law* 112, no. 3 (July 2018): 361-409.

¹⁶ Morosini, F. *Haciendo que el Derecho a Regular en el Derecho de las Inversiones Trabaje para el Desarrollo: Reflexiones de las experiencias de Sudáfrica y Brasil*. International Institute for Sustainable Development (IISD) (2018). Extraído de: <https://www.iisd.org/itn/2018/07/30/making-the-right-to-regulate-in-investment-law-and-policy-work-for-development-reflections-from-the-south-african-and-brazilian-experiences-fabio-morosini/>

¹⁷ Secretaria Especial de Comércio Exterior e Assuntos Internacionais. <http://www.mdic.gov.br/arquivos/Presentacion-General-ACFI-ES.pdf>

¹⁸ Arroyo Picard, Alberto y Ghiotto, Luciana. Brasil y la nueva generación de Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones: un análisis del Tratado con México. *Relaciones Internacionales* N° 52/2017 – (39-54) ISSN 1515-3371, 2017.

la mirada sobre las obligaciones de los inversores ¹⁹; y limita el alcance de cláusulas como las de trato nacional y el de no discriminación, entre otros.

Marco conceptual

Respecto del marco conceptual, tratándose de un estudio de tipo descriptivo, cualitativo-comparativo, corresponde efectuar la conceptualización de los términos que siguen la suerte de horizonte teórico y, así efectuar una delimitación del abanico conceptual para poder circunscribir el campo de investigación.

En primer lugar, deben ser establecidos los límites conceptuales del término soberanía y, paralelamente, los de la noción de espacio regulatorio estatal. Consecuentemente, desde una óptica del derecho internacional, acorde a lo planteado por Brotons²⁰, tradicionalmente, para la existencia del Estado, deben concurrir tres elementos, que son constitutivos, según los principios del Derecho Internacional: un territorio, una población y un gobierno o poder público ejercido sobre esa población y en ese territorio (sobre el que proyecta su soberanía o jurisdicción), cuya nota característica es la de su soberanía. A continuación, define a la misma como “el conjunto de competencias atribuidas al Estado por el Derecho Internacional, ejercitables en un plano de independencia e igualdad respecto de los otros Estados”²¹. Agregando que, “todo convenio por el que un Estado se compromete a hacer o no hacer una cosa trae consigo una restricción al ejercicio de sus derechos soberanos en el sentido de imprimirle una dirección determinada, pero la facultad de asumir compromisos internacionales, lejos de ser un abandono de soberanía, es un atributo de la misma”²² (Corte de La Haya en el asunto *SS Wimbledon* (CPJI, 1923).

Por su parte, Moncayo, Vinuesa y Gutiérrez Posse, al realizar un análisis histórico del origen del Derecho Internacional, refieren a Jean Bodin, quien en concreto sostiene que “la manifestación esencial de la soberanía es el poder para crear la ley”²³.

Mientras que, desde la ciencia política se entiende por espacio regulatorio estatal a la capacidad de legislar e implementar regulaciones libremente en determinadas esferas

¹⁹ Bonomo, Diego. *Una agenda para facilitar y promover la inversión brasileña en el exterior*. Puentes – ICTSD Centro Internacional para el Comercio y el Desarrollo Sostenible. Volume 19, Number 3-5 June 2018. Ginebra, Suiza (2018).

²⁰ Brotóns, Antonio R. *Derecho Internacional*. Antonio Remiro Brotóns ... [et Al.]. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007. Página 97.

²¹ Ibid. página 127.

²² Ibid. página 128.

²³ Moncayo; Vinuesa; Gutiérrez Posse. *Manual de Derecho Internacional Público*. 3° Reimpresión, Víctor P. de Zavalía S.A., Buenos Aires (1990).

de políticas públicas²⁴. Representa una función tanto de las disposiciones sustantivas, que determinan las obligaciones estatales con respecto a la Inversión Extranjera Directa (IED), como de las disposiciones procesales relacionadas con los mecanismos de resolución de disputas Inversor-Estado, que describen las consecuencias de violar las reglas sustantivas.

Luego, corresponde determinar que, en sentido amplio, conforme a estos autores²⁵, se ha definido al tratado como el *acuerdo de voluntades entre dos o más sujetos del derecho internacional que tiende a crear modificar o extinguir derechos de este ordenamiento*. Mientras que, en sentido restringido y al solo efecto de la aplicación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, tratado es todo acuerdo entre Estados, celebrado por escrito y regido por el derecho internacional.

Ahora bien, conforme señala Vinuesa, desde 1990 diversos países de Latinoamérica – entre ellos Argentina- han formado parte de acuerdos bilaterales con países desarrollados con la idea de promocionar, incentivar y atraer inversión extranjera privada directa y como un modo de incentivar el crecimiento económico.

Así es que, dentro del contenido básico que se repite en prácticamente todos los tratados bilaterales de inversión²⁶, se encuentra una cláusula que habilita al inversor a demandar, frente al supuesto incumplimiento por parte del Estado receptor de la inversión de sus obligaciones emanadas de ese acuerdo, a recurrir o bien ante la jurisdicción nacional o bien a recurrir a una jurisdicción arbitral internacional (en el presente estudio solo será de interés el análisis de aquellos casos que determinen la jurisdicción del CIADI).

Dichos acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones, abarcan un cúmulo de obligaciones y compromisos asumidos por el Estado argentino, entre los que se encuentran las figuras de trato nacional, trato de nación más favorecida y, de trato justo y equitativo. Junto a ellas, se articulan cláusulas para casos de expropiación, y la destacada expropiación indirecta.

Al abordar los tratados bilaterales de inversión argentinos, serán de especial y único interés aquellos en los cuales se haya establecido la jurisdicción del Centro Internacional

²⁴ Thompson, Alexander, Tomer Broude, and Yoram Z. Haftel. *Once Bitten, Twice Shy? Investment Disputes, State Sovereignty, and Change in Treaty Design*. International Organization 73, no. 4 (2019): 861.

²⁵ Ibid.

²⁶ Op. Cit. 1.

de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, concluido en Washington en 1965), para la solución de disputas relativas a las inversiones comprendidas en el acuerdo.

Al hacer referencia al mecanismo de solución de diferencias, se deja establecido que se trata del modelo "Inversor-Estado", es decir, el sistema arbitral de resolución de controversias dispuesto a favor de los inversores extranjeros, en los referidos instrumentos bilaterales celebrados entre el Estado receptor de inversión y el Estado de la nacionalidad del inversor.

Asimismo, al determinar la jurisdicción del CIADI, cabe mencionar lo normado por el Artículo 25.1 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, que expresa que: "La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado".

Por otro lado, cabe mencionar que la doctrina arbitral se mantiene reacia en cuanto al establecimiento y delimitación de un concepto único al hablar de inversor y de inversión²⁷. Por tal motivo, el presente estudio tendrá como propósito en su primera etapa de investigación acercarse a tal conceptualización, mediante la observación de los laudos arbitrales destacados, en los que se ha visto comprometida la responsabilidad estatal de la República Argentina, que han ofrecido diversas conceptualizaciones de dichos términos.

Respecto de la figura del inversor extranjero, como un sujeto del derecho internacional público, Paolillo²⁸ sostiene que el individuo es beneficiario de numerosas normas del Derecho Internacional, pero esta circunstancia por sí sola no lo convierte en sujeto de dicho orden jurídico, para que ello ocurra es necesario que, además de conferirle derechos, el orden jurídico internacional le proporcione medios para asegurar el respeto

²⁷ Devashish, Krishan. *A Notion of ICSID Investment*. WEILER, Todd (Ed.), Investment Treaty Arbitration and International Law, Volumen 1, Juris Publishing, Inc., New York, 2008.

²⁸ Paolillo, Felipe H. *Derecho Internacional Público*. Tomo II - Obra dirigida por Eduardo, Jiménez de Aréchaga - Autores Heber Arbuét Vignali; Eduardo Jiménez de Aréchaga; Roberto Puceiro Ripoll. Uruguay (2008).

de los mismos. El individuo debe disponer, además de derechos sustantivos, de los medios jurídicos de le permitan hacer valer aquellos.

Por su parte, de acuerdo con González Napolitano²⁹, existe una postura a favor y otra en contra de la subjetividad internacional del inversor extranjero. El punto de partida de estas dos posiciones doctrinarias radica en si el inversor tiene derecho internacional a ser tratado de determinada manera, o si el derecho le pertenece al Estado de su nacionalidad, de modo que es el Estado el que tiene el derecho a que su nacional sea tratado de determinada manera por los Estados en los cuales realice su inversión.

La teoría de la derivación o subrogación, entiende que los tratados de protección de las inversiones solo contienen obligaciones interestatales. Es decir, que los inversores extranjeros son los beneficiarios de los tratados y en la mayoría de los casos tienen legitimación procesal para acceder al arbitraje internacional, pero no poseen derechos sustanciales (se trata de una delegación del derecho del Estado al ejercicio de la protección diplomática de sus inversores).

La teoría a favor de la subjetividad internacional o teoría directa, puede sintetizarse en que los inversores tienen derechos directos otorgados por los tratados de inversión. En virtud de ello, somete una acción basada en la reivindicación de un derecho propio, más que un derecho del Estado de su nacionalidad. Además, si bien aquellos poseen una personalidad internacional limitada, gozan del derecho procesal de accionar en el plano internacional por su propia cuenta, lo que los convierte a cada uno de ellos en un centro de imputación de normas internacionales.

Respecto de los Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones de Brasil³⁰, los mismos se encuentran fundamentados a partir de informaciones obtenidas junto a las principales organizaciones internacionales, de estudios acerca de los *benchmarkings* más actuales y, especialmente, de amplias consultas al sector privado brasileño. El ACFI, cuyos principales elementos han sido aprobados en Brasil por el Consejo de Ministros de la Cámara de Comercio Exterior (CAMEX)³¹, constituye una propuesta

²⁹ González Napolitano, Álvarez, and Álvarez, Omar Alberto. *Lecciones De Derecho Internacional Público / Silvina S. González Napolitano (coordinadora); Omar Alberto Álvarez ... [et Al.]*. 1a ed. Buenos Aires: Erreius, 2015.

³⁰ Presentación General del Modelo Brasileño de Acuerdos de Inversión. Ministerio de Desarrollo, Industria y Comercio Exterior.

³¹ Órgano integrante del Consejo de Gobierno de la Presidencia de la República, la CAMEX se dedica a la formulación, aprobación, ejecución y coordinación de las políticas, de las directrices y de las acciones relativas al comercio exterior de bienes y de servicios. Componen la CAMEX el Ministro de Desarrollo, Industria y Comercio Exterior - el encargado de presidirla - y por los Ministros de Estado de la Casa

alternativa a los TBIs y busca satisfacer, de forma concreta, pragmática y proactiva, las necesidades de los inversionistas, respetando, al mismo tiempo, la estrategia de desarrollo y el espacio normativo de los países receptores de las inversiones.

Metodología de la investigación

La presente investigación será abordada desde un enfoque exploratorio, descriptivo y cualitativo, para intentar comprender un fenómeno mediante la recolección de datos y su posterior contrastación.

En tal sentido, se pretende dar comienzo a través de un abordaje de tipo exploratorio, que permita identificar conceptos o variables promisorias, establecer prioridades para investigaciones que en un futuro puedan sustanciarse y, por otro lado, alistar el terreno para investigaciones con alcances descriptivos, correlacionales o explicativos, conforme lo propuesto por Hernández Sampieri³².

Siguiendo ese orden de ideas, con sustento en lo referido por Schmitter, existe una variedad de temas para los cuales es posible conceptualizar las variables que podrían contribuir a una explicación, pero sin asignar a sus relaciones ningún tipo de estatus provisional del tipo causa y efecto, correspondiéndoles un abordaje de descubrimiento a través de la exploración³³. Asimismo, esto lleva a decidir no indagar en variables de tipo netamente económico, que representen los desencadenantes de posibles efectos. Consecuentemente, no se efectuará la postulación, ni el testeo de hipótesis de carácter explicativo (causa-efecto).

Para ello, se propone la siguiente pregunta de investigación, a modo de puntapié inicial: ¿Por qué motivo Argentina y Brasil celebran acuerdos de inversión distintos?, que sirva de guía en el proceso de indagación. Es decir, cuál podría resultar la justificación de que estos Estados elijan entre una u otra alternativa (esquema de TBI o ACFI), como instrumentos jurídicos de regulación de la inversión.

Civil; de Relaciones Exteriores; de Hacienda; de Agricultura, Ganadería y Abastecimiento; de Planificación, Presupuesto y Gestión; y Desarrollo Agrario.

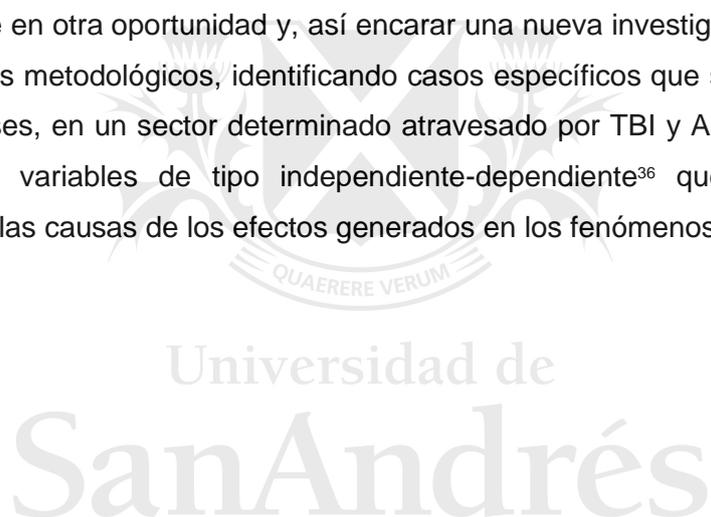
³² Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, R. y Baptista Lucio, M. del P. Metodología de la investigación. México: McGraw Hill, (2014).

³³ Schmitter, P. The design of social and political research. En della Porta, D. y Keating, M. (eds.) Approaches and Methodologies in the Social Sciences. A Pluralist Perspective. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

Además, la investigación tendrá carácter cualitativo, en cuanto pretende obtener datos³⁴ de situaciones o procesos, en el marco de un caso (TBI - ACFI), sin dejar de lado el soporte dado por la información cuantitativa disponible.

En lo que respecta a la recolección de datos se realizará a través de una combinación de fuentes primarias y secundarias³⁵. Se tendrán especialmente en cuenta las bases y los catálogos propuestos por la UNCTAD, las bases de datos relativas a la solución de diferencias dentro del CIADI, el registro de tratados y acuerdos de Naciones Unidas, del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la República Argentina y, del Ministerio de Relaciones Exteriores de Brasil. Asimismo, se efectuará la recolección de información, a través de fuentes de tipo jurídicas y de literatura propia de la ciencia política y relaciones internacionales.

Por último, sin perjuicio de lo acá referido, cabe mencionar que el presente trabajo podría ajustarse en otra oportunidad y, así encarar una nueva investigación futura bajo otros parámetros metodológicos, identificando casos específicos que se correspondan con ambos países, en un sector determinado atravesado por TBI y ACFI, mediante la estipulación de variables de tipo independiente-dependiente³⁶ que permitan una aproximación a las causas de los efectos generados en los fenómenos analizados³⁷.



Universidad de
San Andrés

³⁴ Op. Cit. 32.

³⁵ Saltamacchia, Homero. *El proyecto de investigación: su estructura y redacción: su estructura y redacción*. Puerto Rico (1997).

³⁶ Johnson, J. y Joslyn, R. *Political Science Research Methods*. Los Ángeles: CQ Press (2012).

³⁷ Goertz, G. y Mahoney, J. *A Tale of Two Cultures: Qualitative and Quantitative Research in the Social Sciences*. Princeton, Princeton University Press (2012).

Sección I

A. Los Tratados Bilaterales de Inversión en Argentina

1. Origen, Naturaleza y Estructura

a) Origen

Hacia finales del año 1940 y comienzos del 1960, concurren una serie de iniciativas no gubernamentales, para la creación de un régimen multilateral de regulación de la inversión extranjera y la propiedad extranjera. La primera de ellas fue la propuesta de la Asociación Internacional de Derecho, mediante la redacción del Proyecto de Estatuto del Tribunal Arbitral de Inversiones Extranjeras³⁸, publicado en 1948. Sin embargo, no tuvo resultados positivos, debido a que no fue adoptado por los Estados.

En segundo lugar, la Cámara Internacional de Comercio, impulsó la formulación del Código Internacional de Trato Justo para las Inversiones Extranjeras³⁹, publicado en el año 1949. Este intento fue recibido con cierta reticencia por parte de los Estados, por lo cual tampoco fue aceptado efectivamente.

Una tercera iniciativa fue la Alemana-Británica, consistente en el Proyecto de Convención sobre Inversiones en el Extranjero⁴⁰, de 1959 (originalmente llamada Convención para la Protección Mutua de los Derechos de Propiedad Privada en Países Extranjeros, 1957).

Por último, un cuarto intento fue el del Proyecto de Convención sobre Responsabilidad Internacional de Estados por daños a Extranjeros⁴¹, de 1961. Esta iniciativa se dio en el marco de un intento de codificación del derecho internacional sobre la responsabilidad del Estado, realizada por Louis Sohn y Richard Baxter (*Harvard Draft*), a petición de la Secretaría General de Naciones Unidas.

³⁸ International Code of Fair Treatment for Foreign Investments. International investment instruments: a compendium. Volume III, Regional integration, bilateral and non-governmental instruments. New York; Geneva: UN, 1996. Página 259. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/237234?ln=es>

³⁹ Ibid. Página 273.

⁴⁰ International Code of Fair Treatment for Foreign Investments. International investment instruments: a compendium. Volume V, Regional integration, bilateral and non-governmental instruments. New York; Geneva: UN, 2000. Página 295. Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/dite2vol5_en.pdf

⁴¹ Sohn, Louis B., and R. R. Baxter. Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens: II. Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens. *The American Journal of International Law*, 55, no. 3 (1961): 548–84. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/2195879>.

Si bien, muchos de estos proyectos no fueron receptados favorablemente en su momento, sirvieron para sentar las incipientes bases conceptuales, de lo que posteriormente llegaría a conformarse como el sistema de protección y promoción de inversiones extranjeras. Es decir, la preocupación por la responsabilidad de los Estados ante un daño a un extranjero viró hacia la idea global de protección de la inversión extranjera con el objeto de promover el desarrollo económico.

En efecto, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, numerosos Estados soberanos⁴² celebraron tratados bilaterales denominados de “*Amistad, Comercio y Navegación*” (FCN, por sus siglas en inglés: Treaty of Friendship, Commerce and Navigation)⁴³. Estos acuerdos fueron diseñados principalmente para la promoción del comercio entre los firmantes, y sirvieron como instrumento para la reconstrucción europea de la posguerra.

No obstante ello, del análisis de sus términos⁴⁴ se observa un papel preponderante de la figura de protección de derechos de propiedad y de intereses comerciales de extranjeros, destacándose el propósito de la contribución entre los dos Estados, mediante inversiones beneficiosas mutuamente para ambos. Es decir, que entre su articulado incluían principalmente disposiciones sobre los derechos de los ciudadanos y las empresas y, una amplia gama de cuestiones relativas a la cooperación económica y política bilaterales⁴⁵.

Como corolario de dicho desenlace histórico, se conoce que en 1959 la República Federal de Alemania fue la primera en celebrar un tratado para la promoción y protección de inversiones junto con Pakistán. En dicho acuerdo, se preveía un

⁴² Conforme la Colección de Tratados de Naciones Unidas, fueron 22 Estados los que celebraron este tipo de acuerdos. United Nations Treaty Series Online. Disponible en: https://treaties.un.org/Pages/UNTSONline.aspx?id=2&clang=_en

⁴³ Newcombe, A.; Paradell, L. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment (2009)*. The Netherlands: Kluwer Law International BV. Vol. 2009, 2009. Página 22.

⁴⁴ United Nations - Treaty Series. Treaty of friendship, commerce and navigation between the United States of America and the Federal Republic of Germany. Registration Number 3943. UNTS Volume Number 273 (p.3). Preamble: “*The United States of America and the Federal Republic of Germany desirous of strengthening the bonds of friendship existing between them and of encouraging closer economic and cultural relations between their peoples, and being cognizant of the contributions which may be made toward these ends by arrangements promoting mutually advantageous commercial intercourse, encouraging mutually beneficial investments, and establishing mutual rights and privileges, have resolved to conclude a Treaty of Friendship, Commerce and Navigation, based in general upon the principles of national and of unconditional most-favored-nation treatment reciprocally accorded, and for that purpose have appointed as their Plenipotentiaries*”. Disponible en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20273/volume-273-I-3943-English.pdf>

⁴⁵ Key Terms and Concepts in IIAs: A Glossary. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements. *United Nations Publication*, Sales No. E. 04.II.D.31, ISBN 92-1-112636-3, ISSN 1810-3987. New York and Geneva, 2004.

mecanismo de solución de disputas Estado-Estado, ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en caso de acuerdo de ambos Estados, o en su defecto, alternativamente ante un tribunal arbitral tripartito (tres árbitros), a requerimiento de cualquiera de las partes (conforme lo dispuesto en el Artículo 11 de dicho instrumento)⁴⁶.

En general, los tratados bilaterales del período de 1960 estuvieron basados en el Proyecto de Convención sobre la Protección de la Propiedad Extranjera de la OECD, de 1962-1967⁴⁷. Asimismo, se caracterizaban por ser impulsados por Estados de capital exportador para proteger los intereses económicos de sus nacionales en el extranjero.

Además, cabe mencionarse que varios de los principales Estados en desarrollo no celebraron acuerdos bilaterales de inversión hasta mucho más tarde. Resulta de relevancia en este trabajo de investigación, remarcar que uno de ellos fue Brasil, quien celebró inicialmente cuatro tratados bilaterales en 1994, con Portugal, Chile⁴⁸, Suiza y Reino Unido (tratados estos que nunca entraron en vigor).

⁴⁶ United Nations - Treaty Series. Treaty between The Federal Republic of Germany and Pakistan for The Promotion and Protection of Investments, Bonn, 25 November, 1959. The United Nations Treaty Collection, Registro No. 6575.

“Artículo 11: (1) In the event of disputes as to the interpretation or application of the present Treaty, the Parties shall enter into consultation for the purpose of finding a solution in a spirit of friendship.

(2) If no such solution is forthcoming, the dispute shall be submitted

(a) to the International Court of Justice if both Parties so agree or

(b) if they do not so agree to an arbitration tribunal upon the request of either Party.

(3) (a) The tribunal referred to in paragraph (2) (b) above shall be formed in respect of each specific case and it shall consist of three arbitrators. Each Party shall appoint one arbitrator and the two members so appointed shall appoint a chair man who shall be a national of a third country.

(b) Each Party shall appoint its arbitrator within two months after a request to this effect has been made by either Party. If either Party fails to comply with this obligation the arbitrator shall be appointed upon the request of the other Party by the President of the International Court of Justice.

(c) If within one month from the date of their appointment the arbitrators are unable to agree on the chairman of the arbitration tribunal such chairman shall upon the request of either Party be appointed by the President of the International Court of Justice.

(d) If the President of the International Court of Justice is prevented from acting upon a request under sub-paragraph (b) or sub-paragraph (c) of the present paragraph or if the President is a national of either Party the Vice-President shall make the appointment. If the Vice-President is prevented or if he is a national of either Party the appointment shall be made by the seniormost member of the International Court of Justice who is not a national of either Party.

(e) Unless the Parties otherwise decide, the arbitration tribunal shall determine its own rules of procedure.

(f) The arbitration tribunal shall take its decisions by a majority of votes. Such decisions shall be binding upon the Parties and shall be carried out by them”. Disponible en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20457/volume-457-I-6575-English.pdf>

⁴⁷ Draft Convention on the Protection of Foreign Property. OECD Publications N° 15637, Francia, 1962. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/39286571.pdf>

⁴⁸ Puede observarse el modelo de TBI: Acuerdo entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República Federativa de Brasil para la promoción y protección recíproca de inversiones. Disponible en: http://www.sice.oas.org/BITS/Chibra_s.asp

En la década de 1990⁴⁹ se evidenció un crecimiento exponencial a nivel global, en la cantidad de acuerdos celebrados, yendo de 385 tratados bilaterales en 1980 a 1857, a finales de los 90⁵⁰. De esta cifra, aproximadamente un 45 %, fueron concertados entre países desarrollados, por un lado, y países en desarrollo o economías en transición, por el otro ⁵¹.

Newcombe destaca que este acontecimiento responde a dos causas⁵². La primera de ellas se circunscribe a que, por aquel momento, existía una tendencia de los gobiernos de los Estados desarrollados y en desarrollo hacia la privatización, el liberalismo económico y el flujo internacional más libre de bienes, servicios e inversiones. La promoción de la inversión privada y la producción de exportación, era vista como exitosa ante los resultados obtenidos por algunas economías asiáticas, que desacreditaban las políticas de sustitución de importaciones, modelo de desarrollo económico dominante en la era inmediatamente posterior a la Segunda Guerra Mundial. Consecuentemente, los acuerdos internacionales de inversiones, eran considerados como un instrumento favorable para el incremento de flujo de inversiones extranjeras.

La segunda causa que favoreció al auge de estos acuerdos de inversión fue la falta de alternativas a la inversión extranjera directa por parte de los Estados en desarrollo. Además, los préstamos y la ayuda internacionales, escasearon cada vez más. La recesión económica de principios de la década de 1980 en los estados desarrollados obligó a los Estados en desarrollo a considerar la inversión extranjera directa como un medio para alentar el desarrollo económico. Los acuerdos internacionales de inversión proliferaron en simultáneo con el flujo de inversión en los países en desarrollo (Ver Gráfico N° 1 en Anexo).

Sobre la base de tales antecedentes, el sistema que conocemos actualmente con plena vigencia, surgió en el marco de una propuesta patrocinada por el Banco Internacional

⁴⁹ Ley N° 23.697 (25-09-1989). Ley de Emergencia Económica. Ver facultades otorgadas al P.E.J.N. en referencia a la suscripción de convenios internacionales, para la radicación de capitales extranjeros, entre otros objetivos.

⁵⁰ UNCTAD Press Release. *Bilateral Investment Treaties Quintupled During the 1990s*. 15 Dec. 2000, TAD/INF/2877. The press release notes. 2000. Ver nota 287.

⁵¹ UNCTAD. *World Investment Report 2000: Cross-border Mergers and Acquisitions and Development (New York and Geneva: United Nations), United Nations publication, Sales No. E.00.II.D.20, p. 6, (2000); UNCTAD. Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s (New York and Geneva: United Nations), United Nations publication, Sales No. E.98.II.D.8, p. 9, (1998).*

⁵² Newcombe, A.; Paradell, L. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. The Netherlands: Kluwer Law International BV. Vol. 2009, (2009). Página 48.

de Reconstrucción y Fomento -Banco Mundial, fundamentado en sus competencias y objetivos⁵³ (Ver Gráfico N° 2 en Anexo).

Asimismo, este régimen de arbitraje internacional contenido en los tratados de inversión descansa sobre dos pilares fundamentales, a saber, la Convención de Washington de 1965⁵⁴ (por medio de la cual se crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones –CIADI)⁵⁵ y, los acuerdos internacionales de inversión que incluyen el mecanismo de arbitraje “inversor-Estado”.

Por su parte, el origen de dicho esquema fue motivado por tres principales razones, conforme lo plantea Kaufmann-Kholer⁵⁶:

La primera de ellas consiste en la necesidad de atraer inversión extranjera al Estado receptor, a efectos de promover el desarrollo económico de este.

En segundo lugar, efectuar una “despolitización” o purga de intermediadores políticos y diplomáticos. Es decir, no contar con intermediaciones de los Estados soberanos, en relación a la solución de las disputas que surgieran en el marco de los acuerdos de inversiones.

Mientras que, la tercera razón está representada por la necesidad de proporcionar una alternativa neutral a los tribunales locales, que son percibidos como incapaces para abordar cuestiones relativas a inversiones y de derecho internacional.

b) El Sistema Jurídico Argentino

Originalmente la República Argentina adoptó una postura reacia al sistema propuesto por el Convenio del CIADI, incluso coincidiendo en diversos aspectos con la posición brasileña – la cual será abordada en la segunda Sección del presente trabajo.

⁵³ Artículo 1 del Convenio Constitutivo del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento.

⁵⁴ United Nations - Treaty Series. Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States. Registration Number 8359. UNTS Volume Number 575 (p.159). Disponible en: <https://treaties.un.org/pages/showDetails.aspx?objid=080000028012a925>

⁵⁵ El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones se establece por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio del CIADI). El Convenio fue elaborado por los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento. El 18 de marzo de 1965, los Directores Ejecutivos sometieron el Convenio, con un Informe adjunto, a los gobiernos miembros del Banco Mundial para su consideración con vistas a la firma y ratificación del Convenio. El Convenio entró en vigor el 14 de octubre de 1966, cuando fue ratificado por 20 países (extracto primer párrafo de *Introducción* del Convenio).

⁵⁶ Kaufmann-Kohler, Gabrielle., and Michele. Potestà. *Investor-State Dispute Settlement and National Courts: Current Framework and Reform Options* / by Gabrielle Kaufmann-Kohler, Michele Potestà. 1st Ed. 2020. ed. Special Issue, Cham: Springer International Publishing AG, Geneva, Switzerland, 2020. Página 14.

Una muestra de ello fue la posición tomada por el Estado argentino en el año 1964 – representado por el Embajador Julio Barboza-, en el marco de las reuniones consultivas y de trabajo del proyecto preliminar de Convenio sobre Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados. La misma fue sostenida expresamente en los siguientes términos:

“El Sr. Barboza encontró, por varias razones, gran dificultad en aceptar el principio que inspiraba al proyecto de Convenio. La sensibilidad nacional no podría aceptar la delegación a organizaciones internacionales de poderes pertenecientes a las instituciones nacionales. Los inversionistas extranjeros en la Argentina disponían de suficientes garantías que hacían innecesario el acudir a otros organismos. No podía admitirse que sobre esas garantías recayese ni la sombra de una duda, como sería el caso de aprobarse el acuerdo sugerido. Existían también dificultades de orden legal. Conviniendo con la opinión expresada por el delegado del Brasil, el exponente señaló que se produciría una discriminación injusta si se exceptuara a algunas personas del principio de igualdad general ante la ley. Desde el punto de vista teórico, no existían precedentes firmemente establecidos para la utilización del arbitraje entre un individuo y un Estado. Si bien era cierto que la personalidad del individuo en el derecho internacional había tenido un reconocimiento cada vez mayor, especialmente en el campo de los derechos humanos, distaba mucho de haber llegado a una equiparación con otras personas internacionales.

A pesar de la urgente necesidad de las inversiones, el proyecto de Convenio envolvía una cesión de los poderes del Estado respecto a personas y cosas situadas dentro de su territorio nacional. Argentina no estaba dispuesta a menoscabar su jurisdicción y entendía que la disminución de la soberanía nacional no constituía un método aceptable para mejorar el clima de inversión”⁵⁷.

⁵⁷ History of the ICSID Convention, Volume IV, Part 2. ICSID Publication. Washington, D. C., 1969. Página 878-938. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/History%20of%20the%20ICSID%20Convention/Histoy%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20IV.pdf>

Tal posición fue sostenida en el tiempo por la fuerte influencia de las doctrinas Drago⁵⁸ y Calvo⁵⁹, en general en la región y, particularmente en Argentina.

Ahora bien, Argentina se hizo eco de dicha proliferación de tratados bilaterales de inversión señalada *supra*. Es así que, hacia la década de los 90' se celebraron una serie concatenada de acuerdos bilaterales con diversos Estados extranjeros, con el objeto de promover el ingreso de inversión extranjera directa y proteger a dichas inversiones e inversores, como sus denominaciones lo indican.

En dicho contexto, entre los años 1990 y 2000 (período de tiempo objeto de estudio), se firmaron la cantidad aproximada de cincuenta y cinco convenios bilaterales de tal tipo (con disposiciones de arbitraje internacional *ad hoc*), de acuerdo con los registros llevados por la Dirección General de Tratados del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina⁶⁰ y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (Ver Gráfico N° 3 en Anexo). Cabe hacerse mención que el primero de aquella camada, fue el acuerdo celebrado con la República Italiana (concluido en 1990 y, entrado en vigor en 1993).

En ese marco de acontecimientos, con fecha 19 de octubre de 1994, la Argentina ratificó el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (conocido como Convención de Washington de 1965⁶¹)⁶².

Universidad de
San Andrés

⁵⁸ Lilian del Castillo, la define como aquella doctrina (expresada por Luis María Drago, Ministro de Relaciones Exteriores de Argentina) que concretamente enunció el principio de rechazo del cobro compulsivo de deudas. Relata que, dicho ministro en una nota dirigida el 29 de diciembre de 1902 al ministro argentino en Washington, expresó que, en opinión del gobierno argentino, "el cobro compulsivo de los empréstitos supone la ocupación territorial para hacerlo efectivo y esa ocupación está en pugna con los principios establecidos por los países americanos y en particular por la Doctrina Monroe"; agregando que "el principio que quisiera ver reconocido es el de que la deuda pública no puede dar lugar a la intervención armada ni menos a la ocupación material del suelo de las naciones americanas por una potencia europea". Ver en Gutiérrez Posse, Hortensia. *Derecho Internacional Público*. Revista Jurídica de Buenos Aires, AbeledoPerrot. Buenos Aires, 2012. Página 128.

⁵⁹ Vinuesa, explica que la doctrina Calvo (nombre que porta en referencia a su creador, Carlos Calvo, diplomático argentino y jurista) surgió de la posición que asumen los Estados latinoamericanos consolidada en la Conferencia de Paz de la Haya de 1907, referida a una situación particular frente a la protección diplomática y un condicionamiento de la protección diplomática al agotamiento de los recursos internos. Es decir, que fue inicialmente programada como un condicionamiento para la activación del derecho de extranjeros a recurrir a la protección del Estado con el que mantienen un vínculo efectivo de nacionalidad, al previo agotamiento de los recursos internos del Estado presuntamente violador de sus derechos. Op. Cit. 1.

⁶⁰ Biblioteca Digital de Tratados - Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. Disponible en: <https://tratados.cancilleria.gob.ar/busqueda.php?consulta=si&modo=c>

⁶¹ Op. cit. en 17.

⁶² Mediante Ley N° 24.353 (B.O. 2/9/94), el Convenio fue aprobado internamente por el Congreso de la Nación Argentina. Entrado en vigor para la República Argentina el 18 de noviembre de 1994. <https://treaties.un.org/pages/showDetails.aspx?objid=080000028012a925>

Nótese que la Argentina ha otorgado consentimiento pleno a dicho Convenio y, a la fecha, no ha efectuado notificación alguna, en el marco de lo dispuesto por el Artículo 25, inciso 4 de dicho Convenio⁶³, ni reserva⁶⁴ del mismo.

El Convenio y los tratados bilaterales de inversión, son tratados internacionales y poseen, en las condiciones de su vigencia internacional, jerarquía superior a las leyes nacionales. Esa prioridad de rango integra el orden jurídico argentino con sustento en los artículos 31 y 75, inciso 22, primer párrafo de la Constitución Nacional Argentina⁶⁵.

Sin embargo, parte de la doctrina nacional observa que el régimen de arbitraje internacional de inversiones, enmarcado en el Convenio de Washington, es inconstitucional. El principal detentor de esta teoría (conocida como doctrina Rosatti) es el otrora Procurador del Tesoro de la Nación⁶⁶ (25 de mayo de 2003 – 24 de julio de 2004) y actual vocal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Horacio Rosatti, quien en resumen sostiene lo siguiente al respecto:

“El sistema de arbitraje al estilo CIADI, que se dispara a partir de determinados presupuestos contemplados en los TBIs constituye un mecanismo hermético (una vez que se ingresa en él ya no es posible salir de él) y autorreferencial (se trata de un dispositivo que se interpreta a sí mismo) que inhibe toda pretensión de control ‘contenidista’ –por vía de un tribunal nacional- entre el texto, la interpretación y la aplicación de un tratado y normas de jerarquía superior vigentes en el país.

La imposibilidad de ejercer el control judicial local de inconstitucionalidad no es para la República Argentina una cuestión procesal sino sustancial, en la medida en que traduce una inhibitoria para ponderar la vigencia de los siguientes principios de derecho público a cuya observancia condiciona la Constitución Nacional la validez de los tratados internacionales de comercio: la forma representativa, republicana y federal de gobierno (art. 1 y cc. de la C.N.), el principio de juridicidad y el de reserva (art. 19 de la C.N.), el

⁶³ Artículo 25 (4): *“Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes [...]”*

⁶⁴ Para un análisis profundo y detallado del instituto de la “Reserva” en el Derecho Internacional, véase: Brotóns, Antonio R. *Derecho Internacional*. Antonio Remiro Brotóns ... [et Al.]. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007. Página 426-455.

⁶⁵ Graciarena, María Carolina. *La Inmunidad De Ejecución Del Estado Frente a Los Laudos Del CIADI / María Carolina Graciarena; Prólogo De Hortensia D.T. Guitérrez Posse*. Buenos Aires]: LexisNexis, 2007. Página 106.

⁶⁶ Organismo desconcentrado del Poder Ejecutivo Nacional, con competencia en causas que tramiten ante tribunales judiciales o arbitrales, extranjeros o internacionales, y representante de la República Argentina ante dichos tribunales. Decreto 1.755/2008 (B.O. 28/10/2008).

principio de igualdad (arts. 15, 16, 75 inc. 23 y cc. de la C.N.), el carácter no absoluto de los derechos y la pauta de razonabilidad para su reglamentación (arts. 14, 28, 99 inc. 2 y cc. de la C.N.) y el debido proceso legal (art. 18 y cc. de la C.N.)⁶⁷.

Dicha posición fue reiterada, asimismo, por quienes ostentaron igual cargo en otra oportunidad, argumentando en contra de la constitucionalidad de los tratados bilaterales de inversión y, especialmente del sistema propuesto por el Convenio del CIADI⁶⁸.

A pesar de tales corrientes doctrinarias y, conforme fue referido anteriormente, “entre 1990⁶⁹ y 2001, Argentina firmó 58 TBIs, de los cuales 55 entraron en vigor. El fin del programa de TBI de Argentina en 2001 coincidió con el pico de la peor crisis económica en la historia del país – y su respectiva caída en el flujo de IED-, y la proliferación de demandas de arbitraje internacional presentadas en su contra”⁷⁰ (Ver Gráfico N° 4 en Anexo), por aplicación del Convenio del CIADI.

b) Naturaleza y Estructura

Los TBIs se encuentran estructurados sobre la base de un idéntico patrón. El cual incluye un título, un preámbulo y la enumeración de sus cláusulas operativas. En cuanto a sus objetivos, muchos incorporan la idea de promover el desarrollo a través de la inversión entre sus fines o propósitos, como parte de sus declaraciones preambulares o como cláusulas declarativas específicas que articulan principios generales⁷¹.

⁶⁷ Rosatti, Horacio D. Los Tratados Bilaterales de Inversión, el Arbitraje Internacional Obligatorio y el Sistema Jurídico Argentino. *Revista Jurídica Argentina La Ley*. Año, vol. y nro.: 15/10/03-LL-F-pp. 1283. Buenos Aires, 2003. Página 13.

⁶⁸ Sommer, Christian G. Implicancias de los tratados sobre inversión extranjera y los laudos arbitrales del CIADI en el sistema constitucional argentino: Una necesaria “interfaz” entre inversión extranjera y derechos humanos. *Revista Ars Boni et Aequi*, Vol. 9, Núm. 1. Chile, (2013). Página 32.

⁶⁹ En consonancia con ello, véase el Artículo 11 del PROTOCOLO ANEXO TBI ARGENTINA US: “Las Partes constatan con satisfacción que la República Argentina está empeñada en un proceso de privatización de varios sectores de la economía, incluidos servicios públicos”.

⁷⁰ Pérez Aznar, Facundo. El Reciente TBI entre Argentina y Qatar y los Desafíos de las Negociaciones de Inversión. *Investment Treaty News*, Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible. ISSN 2519-8831 (ed. en español), Número 2, Tomo 8, Junio de 2017. Página 15. Disponible en: https://www.iisd.org/itn/es/2017/06/12/recent-argentina-qatar-bit-challenges-investment-negotiations-facundo-perez-aznar/#_ednref5 .Pérez Aznar, F. *Bilateral investment treaty overview — Argentina*. Investment Claims. (2016).

Véase, además: Pérez Aznar, Facundo. *El Régimen De Protección De Inversiones Extranjeras: La trampa de los TBI*. Página 12. Suplementos. Publicado 19 de Julio de 2015. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/cash/17-8647-2015-07-19.html>

⁷¹ Key Terms and Concepts in IIAs: A Glossary. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements. United Nations Publication, Sales No. E. 04.II.D.31, ISBN 92-1-112636-3, ISSN 1810-3987. New York and Geneva, 2004. Página 38.

En referencia al primer elemento, suele consignarse como “Tratado o Acuerdo entre (una parte contratante) y (otra parte contratante) sobre promoción y protección recíproca de inversiones”.

Respecto del preámbulo, contiene una declaración de propósitos, deseos, reconocimientos y acuerdos.

En relación al cuerpo del tratado, incluye:

- 1- Disposiciones sobre el alcance de cobertura, mediante la definición de a quienes se entiende como inversores y por inversiones, protegidas por el tratado.
- 2- Cláusulas de protección sustantiva, concedida a los inversores e inversiones definidas inicialmente.
- 3- Determinación de los mecanismos de solución de disputas. Tanto entre las partes contratantes, como entre una parte no signataria y un inversor nacional de la otra parte.
- 4- Disposiciones sobre reglas más favorables a inversores (cláusula de preservación de derechos).
- 5- Disposiciones finales referentes a la entrada en vigor del tratado y su terminación.

Cabe mencionarse que la mayoría de los acuerdos de inversión excluye las cuestiones fiscales entre sus cláusulas (que se reservan para su tratamiento exclusivo en los tratados de doble imposición).

En general, Los TBIs presentan ciertas características comunes, específicamente en lo relativo a su ámbito de aplicación material y personal, a los llamados estándares de protección y a ciertas disposiciones jurisdiccionales.

En cuanto al alcance de aplicación del tratado bilateral, los acuerdos proveen una definición de qué se entenderá por inversión protegida bajo su amparo, junto con un listado no taxativo de posibles inversiones comprendidas en los mismos – debido a que este no se encuentra definido en el Convenio del CIADI.

Con algunas variaciones, los TBIs cubren un extenso espectro de inversiones en sus articulados, tanto directas como indirectas. Esto lo vemos plasmado en el caso del Artículo 1⁷² del Tratado Bilateral entre Argentina y Estados Unidos de 1991:

⁷² United Nations - Treaty Series. Disponible en: https://treaties.un.org/Pages/UNTSONline.aspx?id=3&clang=_en

“1. A los fines del presente Tratado:

a) "inversión" significa todo tipo de inversión, tales como el capital social, las deudas y los contratos de servicio y de inversión, que se haga en el territorio de una Parte y que directa o indirectamente sea propiedad o esté controlada por nacionales o sociedades de la otra Parte, y comprende, entre otros:

i) derechos de propiedad tangible e intangible, así como derechos tales como hipotecas, privilegios y prendas;

ii) sociedades, acciones, participaciones u otros intereses en sociedades o intereses en sus activos;

iii) títulos de crédito o derechos sobre alguna operación que tenga valor económico y que esté directamente relacionada con una inversión;

iv) derechos de propiedad intelectual, que comprendan, entre otros, los relativos a: — obras artísticas y literarias, incluidas las grabaciones de sonido, — inventos en todos los ámbitos del esfuerzo humano, — diseños industriales, — obras de estampado de semiconductores, — secretos comerciales, conocimientos técnicos e información comercial confidencial, y — marcas registradas, marcas de servicio y nombres comerciales, y

v) todo derecho conferido por ley o por contrato y cualesquiera licencias y permisos conferidos conforme a la ley [...].”

Además de la conceptualización del término inversión, los TBIs especifican determinados requisitos que deben sustentar quienes pretendan invocar la calidad de “inversores” o “nacionales”.

En tal sentido, existen previsiones respecto de la nacionalidad, radicación, lugar de constitución societaria, incorporación, entre otros. Así lo detalla el Artículo 1⁷³ del Tratado Bilateral entre Argentina y el Reino de los Países Bajos de 1992:

“b) el término "inversor" comprende con relación a cada Parte Contratante:

(i) las personas físicas que posean la nacionalidad de esa Parte Contratante, de conformidad con su legislación;

⁷³ United Nations - Treaty Series. Registration Number 39754. UNTS Volume Number 2233 (p.167). Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Argentine Republic. Disponible en: https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=080000028007a3af&clang=_en

(ii) sin perjuicio de las disposiciones del apartado (iii), las personas jurídicas constituidas de acuerdo con la legislación de esta Parte Contratante y con actividades económicas reales conforme con las leyes vigentes en cualquier parte del territorio de esa Parte Contratante en la cual está situado un lugar de administración efectiva; y

(iii) las personas jurídicas situadas en cualquier país que estén controladas, directa o indirectamente, por nacionales de esa Parte Contratante”.

Por su parte, el tratado bilateral de Argentina con Francia de 1991, restringe el alcance del concepto de inversor, al expresar en su Artículo 1⁷⁴ que:

El término "inversores" designa:

“a) las personas físicas que, de acuerdo a la legislación de una de las Partes Contratantes, son consideradas como sus nacionales;

b) las personas jurídicas constituidas en el territorio de una de las Parte~ Contratantes de conformidad a la legislación de ésta y que tengan su sede social en ella;

c) las personas jurídicas efectivamente controladas directa o indirectamente por los nacionales de una de las Partes Contratantes o por personas jurídicas que tengan su sede social en el territorio de una de las Partes Contratantes y constituidas de conformidad a la legislación de la misma”.

Algunos tratados definen específicamente, entre otros conceptos, qué se entiende por territorio y ganancia, a los efectos de aplicación de sus cláusulas. Nuevamente el caso del acuerdo entre Argentina y Estados Unidos resulta ejemplificativo:

“[...] d) "ganancia" significa una cantidad derivada de una inversión, o vinculada a ella, incluidos los beneficios, los dividendos, los intereses, las plusvalías, los pagos de regalías, los honorarios cobrados por administración, asistencia técnica u otros conceptos, y las rentas en especie.

f) "territorio" significa el territorio de la República Argentina o de los Estados Unidos, incluyendo el mar territorial establecido de acuerdo con el Derecho Internacional, según lo expresado por la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982. Este Tratado también se aplica a los mares y el lecho marino adyacente al mar territorial en los cuales la República Argentina o los Estados Unidos tiene derechos soberanos o

⁷⁴ United Nations - Treaty Series. Registration Number 30174. UNTS Volume Number 1728. Agreement on the reciprocal promotion and protection of investments. Disponible en: https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=08000002800b48df&clang=_en

*jurisdicción de acuerdo con el Derecho Internacional, según lo recogido por la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar*⁷⁵.

La amplitud utilizada en la conceptualización de dichos términos en la letra de los tratados, en muchos supuestos ha llevado a la diversificación de interpretaciones efectuadas por los tribunales constituidos en cada caso particular. La interpretación de los conceptos de inversión e inversor, llevada a cabo en esta instancia, es la que abre la puerta en primer lugar a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones.

Consecuentemente, los tribunales arbitrales han establecido ciertos criterios al momento de establecer su jurisdicción, en referencia a la noción de “inversión”. Esto, en la práctica, es comúnmente denominado como “Test de Salini” – por su alusión al caso *Salini v. Marruecos*⁷⁶. De ese modo, puede ser descrito bajo los siguientes parámetros a verificarse en cada caso⁷⁷: a) un compromiso de recursos para la economía del Estado receptor; b) cierta duración de este compromiso; c) la asunción de riesgos y la expectativa de obtener una ganancia y; d) una contribución al desarrollo económico del Estado receptor.

2. Normas de fondo

De acuerdo con lo sostenido por Bottini⁷⁸, en la actualidad, el derecho internacional de las inversiones está constituido en lo fundamental por normas de naturaleza convencional y ciertas normas de la costumbre internacional de alcance limitado.

Estas normas de fondo se ven representadas por los principios y cláusulas, de carácter sustantivo, empleadas en el cuerpo de los tratados bilaterales de inversión, a través de los cuales se regulan tanto las obligaciones como los derechos de las partes implicadas -especialmente derechos y privilegios a favor de los inversores extranjeros, en relación al Estado receptor.

A propósito, resulta de interés mencionar que el lenguaje empleado en los tratados de inversión, para instrumentar aquellos principios, en muchas ocasiones ha traído

⁷⁵ Op. cit. 71.

⁷⁶ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco (ICSID Case No. ARB/00/4)*. Decision on Jurisdiction of 23 July 2001, para. 52. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/00/4>

⁷⁷ Baltag, Crina. *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues / Edited by Crina Baltag*. Alphen Aan Den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, 2017. Página 236.

⁷⁸ Lecciones de Derecho Internacional público. Coordinado Por Silvina Sandra González Napolitano. Capítulo 44. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Errepar, 2015. Página 935.

aparejados inconvenientes al momento de interpretarse sus términos, ya sea por su imprecisión o amplitud. Ello por cuanto, los tribunales arbitrales se encuentran ante la libertad de elegir discrecionalmente entre diversos significados de una misma acepción, tornándose esto en una mayor conflictividad para las partes.

En este sentido ha concluido, de modo crítico, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, al expresar que:

*“La primera lección es que el aumento de las controversias sobre inversiones ha puesto a prueba la sabiduría de negociar AIIIs (Acuerdos Internacionales de Inversión) con disposiciones extremadamente amplias e imprecisas. Cuanto más amplio e impreciso es un texto en particular, es más probable que dé lugar a interpretaciones diferentes e incluso contradictorias. Esto aumentará no solo la probabilidad de que surja una disputa entre el inversionista y el país anfitrión, sino también la posibilidad de delegar en el tribunal arbitral la tarea de identificar el significado que debe tener la disposición en disputa. Claramente, uno de los objetivos de los AIIIs es fomentar la previsibilidad y la certeza para los inversores, pero también para los países receptores y, en este sentido, contar con disposiciones sobre inversiones redactadas de forma amplia e imprecisa no sirve a los intereses de ninguna de esas partes”*⁷⁹.

Tal modalidad puede encontrar su justificación en el hecho de que los Estados buscan protegerse de los reclamos de inversores extranjeros, pero, al mismo tiempo necesitan proteger en iguales términos a sus propios nacionales que invierten en otro Estado. Esto, da lugar a un lenguaje “maleable” dentro de los tratados de inversión, con el doble propósito de ser utilizado en ambos escenarios⁸⁰. Particularmente, los TBIs acordados durante la década de 1990, se caracterizan por haber adoptado este formato más laxo y amplio en sus términos (también conocidos como de *Primera Generación*).

Por su parte, el conjunto de aquellas normas establecidas en los tratados bilaterales de inversión, conforman lo que se conoce en la materia como “estándar mínimo internacional de protección”. En relación al nacimiento de este último concepto, se remonta a los primeros⁸¹ antecedentes o iniciativas de regulación de la inversión extranjera hacia el período 1940-1960, conforme lo descrito detalladamente en el

⁷⁹ Investor–State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking. UNCTAD. UNITED NATIONS PUBLICATION. UNCTAD/ITE/IIA/2007/3. Sales No. E.07. II. D.10. New York and Geneva, 2007. Página 93.

⁸⁰ Baltag, Crina. *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues / Edited by Crina Baltag*. Alphen Aan Den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, 2017. Página 491.

⁸¹ Veáse, además, sobre los orígenes de la fórmula *Hull*, en: Mendelson, M.H. "Usage of Hull Formula (in Compensation Cases of Expropriation of Alien Property.) (letter)." *The American Journal of International Law* 79, no. 4 (1985). Página 1037 a 1043.

apartado relativo a los orígenes de los tratados bilaterales de inversión del presente trabajo de investigación. Asimismo, para un estudio profundizado de dichos instrumentos, puede acudir al Compendio de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)⁸².

Es posible detectar reglas generales del derecho convencional que reconocieron estándares comunes otorgados por los Estados anfitriones a los inversores extranjeros en su propia capacidad, para la promoción y protección de inversiones. Estos estándares comunes incluyen básicamente: trato justo y equitativo, no discriminación, trato nacional, trato de nación más favorecida, expropiación con inmediata, adecuada y efectiva indemnización⁸³. Comúnmente, dichos estándares de protección se encuentran clasificados, de acuerdo a su naturaleza jurídica y objeto de protección -aunque como resultado de la hermenéutica efectuada por los tribunales arbitrales y de las posiciones vertidas por ambas partes en disputa – Estados e inversores-, existen supuestos de solapamiento y hasta fusión conceptual de aquellos. En el siguiente apartado, serán analizados aquellos estándares de protección que revisten relevancia, en comparación con los contemplados en los ACFIs brasileños.

a) Trato Nacional

La cláusula sobre trato nacional es un elemento obligado en la letra de los TBIs en general y, particularmente, en los argentinos. Esta refiere a que el Estado huésped otorgue tratamiento al inversor extranjero, de igual modo y en las mismas condiciones que el otorgado a un inversor nacional.

Específicamente, el propósito de la cláusula es obligar al estado anfitrión a no hacer ninguna diferencia negativa entre inversores extranjeros y nacionales al promulgar y aplicar sus reglas y regulaciones y, así promover la posición del inversor extranjero al nivel otorgado a los nacionales⁸⁴.

En la doctrina⁸⁵ existe consenso en cuanto se necesitarían cuatro niveles de análisis para verificar haber respetado el estándar en cuestión. En primer lugar, debe

⁸² Op. cit. 37.

⁸³ Vinuesa, Raúl E. *Jurisdictional Objections to ICSID Arbitration under Bilateral Investment Treaties* / Raúl Emilio Vinuesa. Köln]: Carl Heymanns, 2005.

⁸⁴ Dolzer, Rudolf., and Christoph. Schreuer. *Principles of International Investment Law* / Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer. 2nd ed. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2012. Página 198.

⁸⁵ Ibid. Página 202.

determinarse si el inversor extranjero y el inversor nacional se encuentran en un entorno comparable o, en una situación similar o en circunstancias similares.

En segundo lugar, debe corroborarse si el trato otorgado al inversor extranjero es al menos tan favorable como el trato otorgado a los inversores nacionales.

En tercer lugar, en el caso de un trato menos favorable, debe determinarse si la diferenciación estaba justificada.

Por último, en cuarto lugar, debe verificarse la relevancia de la intención discriminatoria. Es decir, el efecto práctico que la medida puede haber causado concretamente en relación al inversor extranjero.

Llegado a este punto, el tribunal del caso Siemens⁸⁶, arriba a la conclusión de que:

“El Tribunal coincide en que la intención no es decisiva ni esencial para una constatación de discriminación, y que el impacto de la medida en la inversión sería el factor determinante para determinar si ha resultado en un trato no discriminatorio”.

En definitiva, el trato nacional puede interpretarse como la igualdad formal entre las inversiones extranjeras y nacionales. Pero las diferencias reales e importantes entre los niveles de desarrollo de los países no deben pasarse por alto porque la implementación real del trato nacional puede requerir más que la igualdad formal. La cláusula puede limitar su aplicabilidad al establecimiento de inversión extranjera en el país anfitrión, o puede extenderse a períodos antes y después del establecimiento de la inversión extranjera⁸⁷.

Por último, cabe resaltarse que en algunos casos se han planteado reservas a la aplicación de tal cláusula. Tal es así, el supuesto del Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, que en el Protocolo anexo a dicho tratado, los Estados Unidos enumeran una serie de excepciones:

“2. De conformidad con lo establecido en el párrafo 1 del Artículo II, los Estados Unidos se reservan el derecho a establecer o mantener ciertas excepciones limitadas al trato nacional en los sectores siguientes: transporte aéreo; navegación de alta mar y cabotaje;

⁸⁶ Siemens A.G. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/8). Award of the Tribunal of February 6, 2007. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0790.pdf>

⁸⁷ Ales, Mercedes; Granato, Leonardo and Oddone, Carlos Nahuel. *Argentina Facing International Claims Over Foreign Investments*. Law and Business Review of the Americas N° 14 N° 3: 481-494. 2008. <https://www.proquest.com/scholarly-journals/argentina-facing-international-claims-over/docview/1315740948/se-2?accountid=28034>.

banca; seguros; energía y producción de energía; despacho de aduanas; propiedad y gestión de estaciones emisoras o de servicio público de radio y televisión; propiedad de bienes raíces; propiedad de acciones en la "Communications Satellite Corporation"; provisión de servicio público de teléfonos y servicios telegráficos; prestación de servicios de cable submarino; utilización de terrenos y recursos naturales.

3. De conformidad con lo establecido en el párrafo 1 del Artículo II, los Estados Unidos se reservan el derecho de establecer o mantener excepciones limitadas al tratamiento nacional con respecto a ciertos programas que involucran garantías, préstamos y seguros gubernamentales⁸⁸.

b) Nación Más Favorecida

En referencia a esta cláusula, los TBIs en análisis fueron bastante receptivos de ella y, algunos supuestos suscitaron conflictos de interpretación a cargo de los tribunales arbitrales. Por medio de su inclusión se intenta garantizar al inversor foráneo que recibirá el mismo trato que recibiría el inversor de otro Estado extranjero.

Consiste en “una disposición convencional en virtud de la cual una parte —la concedente— contrae la obligación de otorgar a la otra —la beneficiaria— o a las personas y cosas que guardan con ella una determinada relación, un trato no menos favorable que el que confiere al tercero de la misma naturaleza más favorecido o a las personas y cosas que guardan con él idéntica relación⁸⁹”.

Es decir que, en virtud de la cláusula de la NMF, cada Estado parte está obligado a otorgar a los inversores de otro Estado contratante un trato tan favorable como el concedido a sus propios inversores o a los inversores de cualquier tercer país. Al igual que el trato nacional, el trato de nación más favorecida puede extenderse a las condiciones previas a la entrada o limitarse a las que afectan al establecimiento posterior a la entrada de la inversión⁹⁰.

En concreto, el simple objetivo de las cláusulas NMF en los tratados es garantizar que las partes pertinentes se traten entre sí de una manera al menos tan favorable como

⁸⁸ Protocolo Anexo. Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

⁸⁹ Brotóns, Antonio R. *Derecho Internacional*. Antonio Remiro Brotóns ... [et Al.]. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007. Página 591.

⁹⁰ Op. cit. 86.

tratan a terceros. Consecuentemente, el efecto normal de una cláusula NMF en un TBI es ampliar los derechos del inversor⁹¹.

Por su parte, conforme fuera mencionado anteriormente, la interpretación relativa a la aplicabilidad de esta cláusula ha llevado a un profundo debate⁹². En el caso *Maffezini*⁹³, el tribunal, luego de un análisis evolutivo y comparativo de antecedentes jurídicos, concluye que:

“[...] si un tratado con un tercero contiene disposiciones para la solución de controversias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquellos del tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula de la nación más favorecida pues son plenamente compatibles con el principio ejusdem generis. Naturalmente que el tratado con el tercero tiene que referirse a la misma materia del tratado básico, sea ésta la protección de inversiones extranjeras o la promoción del comercio, puesto que las disposiciones sobre solución de controversias se aplicarán en el contexto de estas materias; de otro modo se incurriría en contravención de dicho principio. Esta aplicación de la cláusula de la nación más favorecida tiene, sin embargo, algunos límites derivados de consideraciones de política pública”.

c) Expropiación

Los TBIs argentinos también contienen cláusulas relativas a medidas de expropiación. Dichas disposiciones tácitamente otorgan el derecho de expropiar al Estado receptor de la inversión. Pero, para ejercer este derecho, se deben observar determinadas pautas y condiciones que hacen, en general al cumplimiento del debido proceso legal y a un trato no discriminatorio.

La legalidad de la expropiación está condicionada a determinados requisitos, preestablecidos en los acuerdos de inversión, que pueden ser agrupados en cuatro principales⁹⁴:

⁹¹ Dolzer, Rudolf., and Christoph. Schreuer. *Principles of International Investment Law / Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer*. 2nd ed. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2012. Página 206.

⁹² Véase, además: National Grid plc v. The Argentine Republic, UNCITRAL. Decision on Jurisdiction of June 20, 2006. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/732>

⁹³ Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7). Decision on Jurisdiction (January 25, 2000). Párrafo 56. Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC565_Sp.pdf

⁹⁴ Dolzer, Rudolf., and Christoph. Schreuer. *Principles of International Investment Law / Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer*. 2nd ed. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2012. Página 99.

- 1) La medida debe obedecer a una cuestión de utilidad pública;
- 2) La medida no debe ser arbitraria ni discriminatoria;
- 3) El procedimiento de expropiación debe ser ejecutado observándose el debido proceso; y
- 4) La medida debe ir acompañada de una pronta, adecuada y efectiva compensación económica. Además, debe garantizarse la transferibilidad de los fondos otorgados en tal carácter.

Estos elementos pueden verse representados, por ejemplo, en el caso del Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones⁹⁵ de 1991, que en su Artículo 5 dispone:

“Las Partes Contratantes se abstendrán de adoptar, de manera directa o indirecta, medidas de expropiación o de nacionalización o cualquier otra medida equivalente que tenga un efecto similar de desposesión, salvo por causa de utilidad pública y con la condición que estas medidas no sean discriminatorias ni contrarias a un compromiso particular.

Las medidas mencionadas que podrían ser adoptadas deberán dar lugar al pago de una compensación pronta y adecuada, cuyo monto calculado sobre el valor real de las inversiones afectadas deberá ser evaluado con relación a una situación económica normal y anterior a cualquier amenaza de desposesión.

Esta compensación, su monto y sus modalidades de pago serán fijados a más tardar a la fecha de la desposesión. Esta compensación será efectivamente realizable, pagada sin demora y libremente transferible. Y producirá intereses calculados a una tasa apropiada hasta la fecha de su pago”.

Tal tipo de medidas, cobra especial relevancia por cuanto tienen un efecto negativo directo sobre la inversión propiamente dicha – propiedad del inversor. Es decir, se despoja al inversor de aquello que le permite sustentar tal rol en el sistema.

Ahora bien, en la generalidad de TBIs, se contemplan tanto supuestos de expropiación directa como indirecta. Tales pueden ser definidas como aquella medida estatal que se concrete en un traslado del título de dominio o propiedad efectivamente (expropiación

⁹⁵ Artículo 5. Acuerdo Entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones.

directa) o, la medida que, sin decantar en un acto traslativo efectivo, igualmente surta efecto real de desposesión en los términos de la directa (expropiación indirecta), ya sea por afectación, interferencia, privación o destrucción de la propiedad.

Es decir, “la expropiación puede ser tanto directa, cuando existe una transferencia formal del título de propiedad y/o una apropiación física del bien, o indirecta, usualmente cuando se suceden medidas del Estado que tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa”⁹⁶.

De este modo, las posibilidades comprendidas dentro del concepto de expropiación son múltiples, lo que ha llevado a una variedad de interpretaciones por parte de los tribunales arbitrales.

En ese orden de ideas, vemos como en el caso *Aguas del Aconquija*⁹⁷, el tribunal efectuó una valoración abarcativa del término expropiación, tomando como base otros antecedentes arbitrales, al sostener:

“[...] no es poco frecuente en casos de expropiación indirecta que el inversor sufra una privación sustancial del valor de su inversión. Muchos tribunales han prestado atención a la disminución del valor de la inversión a fin de determinar si la medida objetada es expropiatoria. La doctrina mayoritaria al parecer señala una distinción entre sólo una privación parcial del valor (y no una expropiación) y una privación total o casi total del valor (expropiación)”.

Y,

“Cuando, como en el presente caso, no ha habido incautación ni desposesión, como tales, y la cuestión radica en si se han registrado medidas equivalentes a una expropiación que han tenido un efecto similar a la desposesión de los derechos y expectativas de las Demandantes, es preciso analizar si las medidas objetadas han o habrán de i) privar radicalmente a las Demandantes del goce y uso económico de su inversión - Tecmed, ii) destruir efectivamente los beneficios de la propiedad de las Demandantes -CME, iii) privar al propietario de los beneficios y la utilidad económica de

⁹⁶ González Napolitano, Álvarez, and Álvarez, Omar Alberto. *Lecciones De Derecho Internacional Público / Silvina S. González Napolitano (coordinadora); Omar Alberto Álvarez ... [et Al.]*. 1a ed. Buenos Aires: Erreius, 2015. página 946.

⁹⁷ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, (ICSID Case No. ARB/97/3) (formerly *Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic*). Award of the Tribunal (August 20, 2007). Parágrafos 7.5.11/ 7.5.24.

sus derechos contractuales - Santa Elena, iv) tornar inútiles los derechos de propiedad de las Demandantes - Starrett Housing, o tener un efecto semejante de desposesión”.

3. La nueva generación de TBI: Qatar, Japón y Emiratos Árabes Unidos

No obstante, el objeto de investigación de la presente sección, se encuentra circunscripta al período referido inicialmente (1990 - 2000), vale hacer mención al giro efectuado por la República Argentina en referencia al régimen de inversiones hacia el año 2016.

En tal sentido, sin ingresar en el análisis pormenorizado de los tratados bilaterales de inversión celebrados desde esa fecha en adelante, puede destacarse la tendencia a la modernización de dichos instrumentos, sobre la base de determinados ejes que no estuvieron presentes en los del período acá en estudio.

Dicho ello, podrían enumerarse algunos de esos ejes, conforme al siguiente orden:

En primer lugar, cabe destacar la inclusión del concepto de desarrollo sostenible, en la letra del preámbulo del tratado entre la Argentina y el Estado de Qatar del año 2016, bajo la expresión “Alentando el desarrollo sostenible de las Partes Contratantes”. En el caso del TBI entre Argentina y Japón y, Argentina con Los Emiratos Árabes Unidos (ambos del año 2018), sucede lo mismo, diferenciándose el sentido al remarcar el objeto de fomentar el desarrollo sostenible.

Asimismo, el tratado incluye un detalle no menor en referencia al objeto del presente trabajo de investigación, por cuanto contempla el “derecho inherente a regular” de las Partes “a través de las medidas necesarias para lograr objetivos políticos legítimos, como la protección de la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, la moral pública, y la protección social y del consumidor” (Artículo 10). Mientras que, el de Japón, no contiene una disposición expresa sobre el derecho a regular, sí contempla la salvedad de que una modificación en la regulación de una de las Partes, no constituye por sí misma una violación estándar mínimo de trato (Artículo 14).

Siguiendo esa línea de innovación, el instrumento incorpora la noción de responsabilidad social empresarial (Artículo 12), llamando al esfuerzo de los inversores para llevar a la práctica, en sus inversiones, los lineamientos de responsabilidad social empresarial internacionalmente reconocidos en sus políticas y prácticas empresariales. Lo mismo, en el caso del TBI con Japón, antes mencionado, que en su artículo 17 recepta dicha noción, pero con la salvedad de que esos lineamientos y principios de

responsabilidad social empresarial que hayan sido suscritos o son apoyados por la Parte contratante. Idea esta que tampoco se encontraba amparada en los TBIs del 1990-2000.

Finalmente, en lo que respecta a la resolución de disputas, ambos instrumentos incluyen la novedosa participación de la Corte Permanente de Arbitraje, bajo el rol de organización administradora del procedimiento arbitral. Además, también fue incorporada la posibilidad de recusación de los árbitros que integren el tribunal arbitral conformado, cuestión esta particularmente controvertida en los TBI de la franja 90-2000 (todo ello se encuentra receptado en los Artículos 14.c y 16.2 y, 24.3 y 26.6, de los acuerdos con Qatar y Japón respectivamente).



Universidad de
San Andrés

B. El régimen de solución de controversias del CIADI

1. Resolución de Disputas en los Tratados Bilaterales de Inversión

Las disposiciones sobre solución de controversias de los TBIs estipulan los mecanismos mediante los cuales se tratarán las controversias que surgieran entre los Estados contratantes (Estado-Estado) o entre un inversor extranjero y un Estado receptor (inversor-Estado). En relación al primer supuesto mencionado, la resolución de tales disputas, comúnmente se encuentra prorrogada a la jurisdicción de la CIJ. A propósito, corresponde mencionarse que, el único caso de inversión extranjera que dicha Corte ha abordado en el fondo de la cuestión, fue el de *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* de 1989, por presunto incumplimiento del tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre Italia y los Estados Unidos de América, de 1948, y de su Acuerdo Complementario⁹⁸. Nótese además que, desde la creación de la Corte en 1945, solo se han presentado ante ella un total de seis casos relacionados con inversiones extranjeras (*Anglo-Iranian Co. (1952)*; *Certain Norwegian Loans (1957)*; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (1970)*; *Pulp Mills on the River Uruguay (2010)*; *Ahmadou Sadio Diallo (2012)*).

Los primeros acuerdos de inversión no preveían un derecho de acción directa a favor de los inversores, por ejemplo, el tratado de Alemania y Pakistán de 1959. O, en algunos casos, como el del tratado de US-URSS de 1989, en el cual se limitaba el acceso al arbitraje solo en específicos supuestos de incumplimiento contractual como ser el de expropiación.

Sin embargo, la generalidad de los acuerdos internacionales de inversión contemporáneos provee de medios directos para recurrir al arbitraje internacional, a todo aquel inversor que considere lesionados sus derechos, respecto de la inversión efectuada en el país receptor.

Los TBIs cuentan con cláusulas relativas a las controversias que se susciten entre las partes (una Parte y un nacional o sociedad de la otra Parte), las cuales establecen las condiciones que previamente deben cumplirse para iniciarse el arbitraje.

En relación a ello, Pérez Aznar explica que cualquier controversia sobre la interpretación y aplicación de tratado deberá, en la medida de lo posible, ser resuelta mediante

⁹⁸ *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (United States of America v. Italy), International Court of Justice, Judgment, July 20, 1989, ICJ Reports 1989. United Nations ST/LEG/SER.F/1. Nueva York, 1992. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/public/files/summaries/summaries-1948-1991-es.pdf>

consultas amistosas entre las partes a través de los canales diplomáticos y, en caso de que no pudieran ser solucionadas, se establece la posibilidad de que sean sometidas a un tribunal arbitral⁹⁹.

De este modo, normalmente se incluye un período de consultas y negociación entre las partes contratantes, de tres a seis meses. Un ejemplo del último supuesto (en caso de una controversia Estado- Estado) está representado por el Convenio entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Popular China para la Promoción y Protección recíprocas de Inversiones, de 1992, cuyo Artículo 7 expresa:

“1. Las controversias que surgieran entre las Partes Contratantes relativas a la interpretación o aplicación del presente Convenio deberán solucionarse, en lo posible, por la vía diplomática.

*2. Si dentro de un plazo de seis meses, la controversia no pudiera ser dirimida de esta manera, ésta será sometida a un tribunal arbitral ad-hoc, a solicitud de cualquiera de las Partes Contratantes”*¹⁰⁰.

O, el presupuesto estipulado por el Artículo 9 del Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección recíproca de Inversiones en el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), de 1994, que establece:

“Solución de Controversias entre un Inversor y la Parte Contratante Receptora de la Inversión:

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

*2. Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, será sometida a alguno de los siguientes procedimientos, a pedido del inversor [...]”*¹⁰¹.

En la práctica, en este período no se requieren formalidades, pero usualmente se desarrolla mediante cartas dirigidas a la autoridad de aplicación del tratado informando sobre la controversia acaecida (la denominada “trigger letter”). Generalmente, vencido

⁹⁹ González Napolitano, Álvarez, and Álvarez, Omar Alberto. *Lecciones De Derecho Internacional Público / Silvina S. González Napolitano (coordinadora); Omar Alberto Álvarez ... [et Al.]*. 1a ed. Buenos Aires: Erreius, 2015.

¹⁰⁰ Artículo 7, Convenio entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Popular China para la Promoción y Protección recíprocas de Inversiones, Beijing, 1992.

¹⁰¹ Artículo 9, Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección recíproca de Inversiones en el MERCOSUR, Colonia del Sacramento, 1994 (Aprobado mediante Ley N° 24.891, 1997).

el plazo de negociación establecido en cada caso, el procedimiento de arbitraje puede ser iniciado.

No obstante ello, en otros casos, se requiere al inversor que en primer término debe acudir a los tribunales locales y, solamente en el supuesto de que los juzgados locales no resuelvan en un periodo de tiempo o, aunque resuelto el caso, la disputa aún subsista, aquel estaría habilitado a acudir por la vía del arbitraje.

En algunas versiones de acuerdos de inversión, la posibilidad de someter una controversia al arbitraje internacional queda sujeta a que el inversor primero haya solicitado una reparación por ante una corte o tribunal nacional del país receptor. Esto, en consecuencia, implica que los recursos locales hayan sido agotados por el reclamante o, que haya transcurrido una cantidad de tiempo específica durante tal propósito.

Por otro lado, existen aquellos acuerdos que prevén la preclusión. Es decir, que, si bien no requieren la condición de agotamiento de recursos internos, establecen que, si se recurrió a ellos, quedará excluida la posibilidad de someter la controversia a la instancia del arbitraje internacional en una etapa posterior. Conocidas como cláusulas *Fork in the Road* (“bifurcación de vías”), estas implican que la elección de un inversor de someter la disputa ante un tribunal local o acudir al arbitraje internacional se considera definitiva con exclusión de la otra opción, es decir, ambas son excluyentes entre sí.

Aquel inversor que lleve su reclamo ante un tribunal local del Estado receptor, posteriormente se verá impedido a instar el procedimiento de arbitraje internacional. Sobre este punto los tribunales del CIADI, recurren reiteradamente a lo argumentado en el caso *Maffezini*¹⁰². Al igual que, a lo sustanciado en *Vivendi*¹⁰³, en relación a la interpretación del Artículo 8 del Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones:

¹⁰² Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7). Decision on Jurisdiction (January 25, 2000). Párrafo 63. Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC565_Sp.pdf

¹⁰³ Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/97/3). Award of the Tribunal (November 21, 2000). Párrafo 53. Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C159/DC548_Sp.pdf

“[...] Una vez que un inversor haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro de esos procedimientos será definitiva”¹⁰⁴.

Resulta necesario aclarar que, esta cláusula sería aplicable en aquel caso en el cual la misma disputa (es decir, mismo objeto y causa de la acción), entre las mismas partes, ha sido ingresada ante cortes locales del Estado receptor de inversión y, luego presentada por ante un tribunal arbitral internacional. En consonancia con ello, y a fin de determinar la aplicabilidad de este tipo de disposiciones, se han expedido los tribunales arbitrales en los casos *Enron*¹⁰⁵, *CMS*¹⁰⁶ y *Azurix*¹⁰⁷, todos ellos contra el Estado argentino.

Por último, los acuerdos de inversión ofrecen al inversor una variedad de tipos de arbitraje institucional para la resolución de disputas (Ver Gráfico N° 8 en Anexo). El principal de ellos, contenido en la mayoría de los tratados de inversión, es el provisto por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). En tal sentido, para que sea viable este procedimiento, tanto el Estado receptor como el Estado del inversor, deben ser parte del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, adoptado en Washington en 1965. Si solo uno de los Estados es parte del Convenio, podría someterse la controversia al Mecanismo Complementario del Centro (adoptado en 1978) (Ver Gráfico N° 7 en Anexo).

Otra forma de arbitraje institucional mencionada en los tratados de inversión es aquel efectuado de acuerdo con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional¹⁰⁸ (CNUDMI) o, de cualquier otra institución

¹⁰⁴ Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones. <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201728/volume-1728-I-30174-Other.pdf>

¹⁰⁵ *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/3). Decision on Jurisdiction of January 14, 2004. Párrafo 97. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/01/3>

¹⁰⁶ *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/8). Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction of July 17, 2003. Párrafo 80. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/01/8>

¹⁰⁷ *Azurix Corp. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/12). Decision on Jurisdiction of December 8, 2003. Párrafo 88. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/01/12>

¹⁰⁸ El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI fue adoptado el 15 de diciembre de 1976, mediante la Resolución 31/98 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

arbitral o de acuerdo con cualquier otra norma de arbitraje, según pudieran acordar entre sí las partes en la controversia¹⁰⁹.

2. Jurisdicción del tribunal arbitral

En relación a la jurisdicción del Tribunal de arbitraje del CIADI (o Centro), los Directores Ejecutivos del Centro aportan una interpretación en sentido amplio al decir que:

“El término “jurisdicción del Centro” se usa en el convenio como una expresión adecuada para indicar los límites dentro de los cuales se aplicarán las disposiciones del Convenio y se facilitarán los servicios del Centro para procedimientos de conciliación y arbitraje”¹¹⁰.

A su turno, el Artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio), aborda la cuestión netamente substantiva de la jurisdicción, (mientras que los Artículos 28 (3) y 36 (3) se ocupan del procedimiento de determinación de la jurisdicción del Centro) reglamentando las condiciones para su acceso, al determinar que:

“La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”¹¹¹.

Cabe destacarse que, en tal sentido el arbitraje del Centro tiene dos elementos esenciales que delimitan su jurisdicción, a saber, se trata de un procedimiento eminentemente consensual y, además, especializado¹¹².

En referencia al primero de ellos, de acuerdo con la letra del Artículo 25 y, en consonancia con lo referido expresamente por los Directores Ejecutivos del Centro, *“El consentimiento de las partes es la piedra angular en que descansa la jurisdicción del*

¹⁰⁹ Art. VII, inc. 3, iv): “de cualquier otra institución arbitral o de acuerdo con cualquier otra norma de arbitraje, según pudieran acordar entre sí las partes en la controversia”. Op. Cit. 71.

¹¹⁰ Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, ICSID. Sección V, p. 43, párrs. 22

¹¹¹ Artículo 25 Convenio CIADI.

¹¹² Álvarez Ávila, Gabriela. *“Las Características del Arbitraje del CIADI”*. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. II, 2002, pp. 205-229. Página 211

Centro”¹¹³. Es así que, debe ser prestado en formato escrito, tanto por el Estado receptor y por el inversor del otro Estado contratante, sin que exista la posibilidad de ser revocado unilateralmente (Ver Gráfico N° 8 en Anexo). Asimismo, el consentimiento de las partes debe existir al momento de presentación de la solicitud de arbitraje ante el Centro, de acuerdo con lo establecido por el Artículo 36, inciso 2 del mismo cuerpo normativo:

*“La solicitud deberá contener los datos referentes al asunto objeto de la diferencia, a la identidad de las partes y al consentimiento de éstas al arbitraje, de conformidad con las reglas de procedimiento a seguir para iniciar la conciliación y el arbitraje”*¹¹⁴.

Sin embargo, el Convenio no determina el momento específico en el cual debe darse el consentimiento, ni tampoco exige que el mismo sea otorgado mediante un instrumento conjunto entre las partes de la controversia¹¹⁵. En la práctica, los tribunales arbitrales del CIADI, han aceptado como válido la oferta de consentimiento expresada por el Estado contratante mediante el TBI y, la aceptación por parte del inversor, a través de la instrucción o requerimiento del procedimiento de arbitraje¹¹⁶. Así, llegó a sostenerlo el Tribunal en el caso *El Paso*¹¹⁷:

“El Centro solo puede tener jurisdicción si existe mutuo consentimiento. Ha quedado ahora establecido sin lugar a dudas que la referencia general al arbitraje del CIADI en un TBI puede considerarse como el consentimiento prestado por escrito por el Estado, según se requiere en el Artículo 25 para dar jurisdicción al Centro, y que la presentación de una solicitud por el inversionista se considera como el consentimiento prestado por este último”.

Por su parte, de acuerdo con la letra de determinados TBIs, el momento de interpretación del consentimiento resulta crucial. Vemos el caso del TBI con España de 1991, que dispone en su artículo II, inciso 2:

¹¹³ Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, ICSID. Sección V, p. 43, párrs. 23 a 25. <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>

¹¹⁴ Artículo 36 (2) Convenio CIADI.

¹¹⁵ Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/13). Decision on Preliminary Objections, 27 of July 2006, para. 35. <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/03/13>

¹¹⁶ Sempra Energy International v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/16). Decision on Jurisdiction, 11 May, 2005, para. 140. <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/02/16>

¹¹⁷ El Paso Energy International Company v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/15). Decision on Jurisdiction of April 27, 2006, para. 35.

“El presente Acuerdo se aplicará también a las inversiones de capital efectuadas antes de la entrada en vigor del mismo por los inversores de una Parte conforme a las disposiciones legales de la otra Parte en el territorio de esta última. Sin embargo, el presente Acuerdo no se aplicará a las controversias o reclamaciones que se hubieran originado antes de su entrada en vigor”¹¹⁸.

Asimismo, adquiere importancia en qué momento del tiempo la disputa se ha sustanciado concretamente, lo cual difiere del momento de origen de los hechos o del acontecimiento, que llevaron a ella.

Respecto del otro elemento de carácter previo y esencial para dar curso a la jurisdicción del Centro, el Artículo 25 establece las condiciones relativas a la naturaleza jurídica de la diferencia *ratione materiae* y, de las partes *ratione personae*. En relación a la materia, la norma de aplicación excluye de la jurisdicción del Centro a meros conflictos de intereses, circunscribiéndola a cuestiones de derecho que surgieran directamente de una inversión¹¹⁹. Interpretándose por tal, a aquella cuestión relacionada a la existencia u alcance de un derecho o de una obligación de orden legal; o a la naturaleza de la reparación, como consecuencia de un incumplimiento de orden jurídico. Originalmente propuesto como un medio de exclusión de cuestiones morales, políticas o comerciales.

Ninguno de tales conceptos vertidos –“diferencia de naturaleza jurídica” e “inversión”- se encuentran definidos en el Convenio. Sin perjuicio de ello, al tratarse el término de disputa o diferencia, algunos tribunales del CIADI, como por ejemplo en el caso *Siemens*¹²⁰, han adoptado la definición propuesta por la CIJ, al establecer que debe haber “un desacuerdo sobre una cuestión de hecho o derecho, en un conflicto de puntos de vista o intereses jurídicos entre las partes”¹²¹. A la vez que, al referirse al concepto de inversión, el preámbulo del Convenio deja delimitado que:

¹¹⁸ Acuerdo Para La Promoción y la Protección Recíproca De Inversiones Entre La República Argentina Y El Reino De España.

¹¹⁹ Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/17). Decision on Jurisdiction (May 16, 2006). <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/03/17>

Continental Casualty Company v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/9) Decision on Jurisdiction of February 22, 2006. <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/03/9>

¹²⁰ Siemens A.G. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/8). Decision on Jurisdiction of August 3, 2004, par. 159. <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/02/8>

¹²¹ Case concerning East Timor, 1995 ICJ Reports, p. 89. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/case/84>

*“Los Estados Contratantes [...] Considerando la necesidad de la cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado”*¹²².

Mientras que, la condición referente a la persona, apunta a que por un lado debe encontrarse un Estado contratante (en los términos de los Artículos 68 y 71, referidos al depósito del instrumento de ratificación, aceptación o aprobación y, a la denuncia del Convenio, respectivamente) y, por el otro, un nacional (inversor extranjero) del otro Estado contratante¹²³.

3. Composición del tribunal arbitral

La Sección 2 del Capítulo IV del Convenio, se encarga de determinar las condiciones para la constitución del tribunal de arbitraje. En tal sentido, la constitución del aquel, está gobernada por dos principios motrices a lo largo de lo normado en dicha Sección¹²⁴.

El primero de ellos es el principio de libertad de elección de las partes, dado que estas últimas tienen autonomía tanto para decidir sobre la cantidad de miembros que constituyen el tribunal, la forma de composición del mismo, como para optar por el método de designación de los árbitros mediante acuerdo entre ellas. Sin embargo, a pesar de la libertad de acción de las partes al respecto, existen ciertas limitaciones establecidas en el Convenio. En primer lugar, el Artículo 37, (2), (a) dispone que:

*“El Tribunal se compondrá de un árbitro único o de un número impar de árbitros, nombrados según lo acuerden las partes”*¹²⁵.

Seguidamente, el Artículo 39 establece que:

“La mayoría de los árbitros no podrá tener la nacionalidad del Estado Contratante parte en la diferencia, ni la del Estado a que pertenezca el nacional del otro Estado

¹²² Preámbulo Convenio CIADI.

¹²³ *Sempra Energy International v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/16)*. Decision on Jurisdiction, 11 May, 2005, par. 54. <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/02/16>

¹²⁴ Schreuer, Christoph., Loretta. Malintoppi, August. Reinisch, Anthony C. Sinclair, International Centre for Settlement of Investment Disputes, and World Bank Group. *The ICSID Convention: A Commentary: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States / Christoph H. Schreuer ; With Loretta Malintoppi, August Reinisch, Anthony Sinclair*. 2nd ed. Cambridge [England]; New York: Cambridge University Press, 2009.

¹²⁵ Artículo 37 Convenio CIADI.

*Contratante. La limitación anterior no será aplicable cuando ambas partes, de común acuerdo, designen el árbitro único o cada uno de los miembros del Tribunal”*¹²⁶.

Y, por último, el Artículo 40, (2) que requiere que:

*“Todo árbitro que no sea nombrado de la Lista de Árbitros deberá reunir las cualidades expresadas en el apartado (1) del Artículo 14”*¹²⁷¹²⁸.

Por otro lado, el segundo principio consiste en el de no frustración, ante la falta de cooperación, renuencia o imposibilidad de una o ambas partes, al momento de constitución del tribunal. Es decir, que el procedimiento de arbitraje no se vea frustrado por alguna de esas causales. A propósito de ello, los Directores Ejecutivos del Centro, en su Informe acerca del Convenio, sostienen que:

*“Aunque el convenio concede a las partes amplia libertad respecto a la constitución de las Comisiones y Tribunales, garantiza que la falta de acuerdo entre las partes sobre ello o la renuencia de una de las partes a cooperar no frustre el procedimiento (Artículos 29-30 y 37-38, respectivamente)”*¹²⁹.

En la práctica, a efectos de evitar futuras anulaciones del laudo¹³⁰ (Ver Gráfico N° 9 en Anexo), por la incorrecta constitución del tribunal de arbitraje¹³¹, este suele implementar en su primera sesión de presentación ante las partes, la constancia de que fue constituido correctamente, de acuerdo con el Convenio y las Reglas de Arbitraje, y que aquellas prestan consentimiento y validación de dicha constitución¹³².

San Andrés

¹²⁶ Artículo 39 Convenio CIADI.

¹²⁷ Artículo 14: (1) Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Árbitros (Capítulo 1, Sección IV del Convenio).

¹²⁸ Artículo 40 Convenio CIADI.

¹²⁹ ICSID Reports 30. Párrafo 35

¹³⁰ Azurix Corp. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/12). Decision on the Application for Annulment (September 1, 2009). Ver Apartados 274 A 284 Sobre Artículo 51, 1, A. Siemens V Argentina, Award 6 Feb 2007

¹³¹ Artículo 52: (1) Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General fundado en una o más de las siguientes causas: (a) que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente. Convenio CIADI.

¹³² Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica (ICSID Case No. ARB/96/1). Award of the Tribunal (February 17, 2000), párrafo 8. Versión en su idioma original: “8. At that Session, counsel for both parties confirmed that the Tribunal had been properly constituted in accordance with the ICSID Convention and the Arbitration Rules”. Ver en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C152/DC539_En.pdf

Por último, constituido el tribunal, cabe mencionarse que el Capítulo VII del Convenio establece los lineamientos referentes al lugar donde se sustanciará el procedimiento de arbitraje (o de conciliación, según el caso).

La directriz general se encuentra establecida en el Artículo 62, el cual dispone la tramitación de los procedimientos ante la sede¹³³ del Centro, cuya ubicación obedece a lo establecido por el Artículo 2 del Convenio¹³⁴. En tal sentido, aquella norma expresa que:

“Los procedimientos de conciliación y arbitraje se tramitarán, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo siguiente, en la sede del Centro”¹³⁵.

A su vez, el Artículo 63 establece las excepciones a la regla antes referida, bajo el imperio de la discrecionalidad de las partes, al disponer que estas últimas podrán acordar que el procedimiento se sustancie en otra institución fuera de la sede del Centro, bajo determinadas condiciones, según los siguientes términos:

“Si las partes se pusieran de acuerdo, los procedimientos de conciliación y arbitraje podrán tramitarse:

(a) en la sede de la Corte Permanente de Arbitraje o en la de cualquier otra institución apropiada, pública o privada, con la que el Centro hubiere llegado a un acuerdo a tal efecto; o

(b) en cualquier otro lugar que la Comisión o Tribunal apruebe¹³⁶, previa consulta con el Secretario General”¹³⁷.

¹³³ 1818 H Street, N.W., Washington D.C., 20433, U.S.A. International Bank for Reconstruction and Development.

¹³⁴ Artículo 2: La sede del Centro será la oficina principal del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (en lo sucesivo llamado el Banco). La sede podrá trasladarse a otro lugar por decisión del Consejo Administrativo adoptada por una mayoría de dos terceras partes de sus miembros. Convenio CIADI

¹³⁵ Artículo 62 Convenio CIADI

¹³⁶ Regla 13: Sesiones de la Comisión: “(3) La Comisión se reunirá en la sede del Centro o en otro lugar que las partes hubieren acordado de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 63 del Convenio. Si las partes convinieren en que el procedimiento se tramite en un lugar que no sea el Centro o en una institución con la que el Centro hubiere hecho los arreglos necesarios, las partes consultarán al Secretario General y solicitarán la aprobación de la Comisión. A falta de dicha aprobación, la Comisión se reunirá en la sede del Centro”. Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Conciliación, adoptadas por el Consejo Administrativo del Centro de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 6(1)(c) del Convenio del CIADI. Disponible en:

<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>

¹³⁷ Artículo 63 Convenio CIADI

4. Derecho aplicable

Turyn, al analizar esta cuestión sostiene que, a fin de resolver determinadas controversias y por el tipo de operaciones y actores involucrados, los tribunales arbitrales se encuentran facultados expresamente por los tratados que controlan la materia a decidir, no sólo conforme a las normas internacionales sino también a otras normas, usualmente de derecho interno del Estado receptor de la inversión. La fuente de este “reenvío” es la propia norma internacional, operación usual en el Derecho Internacional Público¹³⁸.

La naturaleza jurídica de las controversias relativas a inversiones se caracteriza por su complejidad, dada la multiplicidad de negocios de índole jurídico, entorno a ellas. En tal sentido, en principio resulta aplicable el derecho local, del Estado receptor de la inversión en cuestión (entiéndase que puede estar representando por el Estado Nacional, Provincial o Municipal), en el marco de un contrato entre aquel y el inversor. Además, debe considerarse que generalmente el acuerdo entre estas partes, puede estar configurado a través de un contrato administrativo de licitación, concesión de servicio, locación, entre otros, mediante el cual se instrumenta la inversión.

En consonancia con ello, respecto de la cuestión de fondo contractual, resultan de aplicación normas de derecho administrativo, derecho tributario, derecho comercial, derecho civil, derecho laboral, derecho societario, derechos reales, derecho internacional privado, entre otros, del ordenamiento nacional del Estado receptor. Además, al momento de resolver la diferencia, debe tenerse en cuenta lo acordado por y entre las partes, en dichos instrumentos.

Tal situación podemos observarla por ejemplo en el Artículo 8, inciso 4, del TBI de Argentina con Francia, a establecer que:

“El órgano arbitral decidirá en base a las disposiciones del presente Acuerdo, al derecho de la Parte Contratante que sea parte en la controversia -incluidas las normas relativas a conflictos de leyes- y a los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión como así también a los principios del Derecho Internacional en la materia”¹³⁹.

¹³⁸ Gutiérrez Posse, Hortensia. *Derecho Internacional Público*. Revista Jurídica de Buenos Aires, AbeledoPerrot. Buenos Aires, 2012. Página 187.

¹³⁹ Artículo 8, (4) del Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones.

Por su parte, el Artículo 42 del Convenio, al referirse a las facultades y funciones del tribunal, establece que:

*"[...] 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"*¹⁴⁰.

En consonancia con lo allí dispuesto, la letra del Convenio se rige por las reglas de interpretación de los tratados establecidas en los Artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁴¹.

5. Reconocimiento y Ejecución del laudo arbitral

En el marco de la Sección 6 del Capítulo IV del Convenio, se encuentran determinados los parámetros bajo los cuales se efectúa el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral final emitido por el Tribunal.

En particular, el Artículo 53 aborda las cuestiones atinentes al efecto de laudo final sobre las partes, determinando que:

¹⁴⁰ Artículo 42 (1) Convenio CIADI.

¹⁴¹ Artículo 31. Regla general de interpretación:

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones:

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado:

c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes. 4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

Artículo 32. Medios de interpretación complementarios:

Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o

b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entered into force January 27, Viena, 1980. Disponible en: https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

“El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio. A los fines previstos en esta Sección, el término “laudo” incluirá cualquier decisión que aclare, revise o anule el laudo, según los Artículos 50, 51 o 52”¹⁴².

Del análisis de la norma, se desprenden tres puntos a considerar, a saber:

1- El carácter definitivo del laudo, es decir que, una vez proveído, las partes no podrían instar otro procedimiento por la misma disputa, ni tampoco hacerlo en otro foro.

2- La imposibilidad de revisión por parte de un órgano externo y ajeno al Centro. Denotándose la calidad de exhaustivo del mismo sistema y, de estar circunscripto al caso particular.

3- La fuerza vinculante del laudo, en tanto que el incumplimiento o no acatamiento por una de las partes, podría constituir un incumplimiento de una obligación legal¹⁴³.

Sobre ello, los Directores Ejecutivos del Centro subrayan que “el arbitraje se encamina a una decisión vinculante de la diferencia por parte del Tribunal”¹⁴⁴. Lo cual reafirman al decir específicamente que “Los recursos autorizados son el de revisión (Artículo 51) y el de anulación (Artículo 52). Además, la parte puede pedir al Tribunal que hubiere omitido resolver cualquier punto sometido a su conocimiento, que complemente el laudo (Artículo 49 (2)), y puede también solicitar la aclaración del laudo (Artículo 50)”¹⁴⁵.

La obligatoriedad y vinculación del laudo se desprende de la propia naturaleza del procedimiento arbitral, toda vez que el arbitraje se basa en el acuerdo y consentimiento de las partes de someterse a tal, comprometiéndose ambas al acatamiento de la decisión del tribunal. De hecho, el consentimiento representa un elemento basal del procedimiento arbitral del CIADI. Como corolario de ello, el otrora Secretario General

¹⁴² Artículo 63 Convenio CIADI.

¹⁴³ Schreuer, Christoph., Loretta. Malintoppi, August. Reinisch, Anthony C. Sinclair, International Centre for Settlement of Investment Disputes, and World Bank Group. *The ICSID Convention: A Commentary: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States / Christoph H. Schreuer; With Loretta Malintoppi, August Reinisch, Anthony Sinclair*. 2nd ed. Cambridge [England]; New York: Cambridge University Press, 2009. Página 1097, párrafo 2.

¹⁴⁴ Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, ICSID. Párrafo 37, última parte. <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>

¹⁴⁵ Ibid. Sección V, p. 48, párr. 41.

del Centro, sostiene que tales características encuentran fundamento en la máxima *pacta sunt servanda*¹⁴⁶.

A su turno, el Artículo 54¹⁴⁷, se encarga propiamente de disponer la obligación general de reconocimiento y ejecución del laudo, por y ante los tribunales locales de los Estados parte del Convenio. En consecuencia, establece una serie de requisitos que hacen al reconocimiento y a la ejecución del laudo.

En primer lugar, de la norma se desprende que los Estados contratantes deben designar al tribunal y/o autoridad de aplicación encargados de tramitar el reconocimiento y ejecución del laudo (llegado el caso). En segundo lugar, la parte interesada en instar este procedimiento deberá presentar una copia del laudo, debidamente certificada por el Secretario General del Centro, ante esa autoridad previamente indicada por el Estado parte. En relación a esta condición, cabe hacerse mención de que el Convenio no distingue entre reconocimiento y ejecución contra un inversor, por un lado, y contra el Estado receptor, por otro lado.

Por último, el artículo no dispone un mecanismo especial a efectos de la ejecución del laudo, sino que aclara el derecho aplicable será aquel correspondiente a la ejecución de sentencias, vigente en el territorio del Estado donde se busca la ejecución. Conforme a los siguientes términos:

*“El laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda”*¹⁴⁸.

A propósito de este acápite, los Directores Ejecutivos del Centro reafirman que la norma citada “exige a todos los Estados Contratantes que reconozcan el carácter vinculante

¹⁴⁶ Broches, A. “The Additional Facility of: the International Centre for Settlement of Investment Disputes” (ICSID), ICCA 4 Yearbook, Commercial Arbitration, Vol. IV, 1979, pp. 373-379 (1979).

¹⁴⁷ Artículo 54: (1) *Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran.*

(2) *La parte que inste el reconocimiento o ejecución del laudo en los territorios de un Estado Contratante deberá presentar, ante los tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad designados por los Estados Contratantes a este efecto, una copia del mismo, debidamente certificada por el Secretario General. La designación de tales tribunales o autoridades y cualquier cambio ulterior que a este respecto se introduzca será notificada por los Estados Contratantes al Secretario General.*

(3) *El laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda.*

¹⁴⁸ Ibid.

del laudo y que hagan cumplir las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratase de una sentencia firme de uno de sus tribunales locales”¹⁴⁹.

Estas disposiciones sobre ejecución representan una característica distintiva del Convenio, en relación con otros instrumentos de resolución internacional de disputas. Conforme a ello, el Convenio cuenta con un sistema propio de ejecución de laudos, que es independiente del Convenio de Nueva York de 1958¹⁵⁰ y, de normas internacionales y locales al respecto¹⁵¹.

A pesar de lo analizado, en el supuesto de que el Estado sujeto de ejecución del laudo ignore su obligación de ejecutarlo a través de su autoridad de aplicación, puede abrirse una puerta a la vía de protección diplomática. En ese sentido, el Artículo 27 del Convenio habilita al Estado parte a otorgar protección diplomática a su nacional-inversor, al enunciar que:

*“Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo”*¹⁵².

Y, en última instancia, ante la inobservancia de la obligación de ejecutar el laudo, la disputa puede ser llevada por ante la CIJ¹⁵³, de acuerdo con lo normado por el Artículo 64¹⁵⁴ del Convenio.

Finalmente, en referencia a la ejecución del laudo, el Artículo 55 recuerda el principio de inmunidad del Estado, al establecer que:

¹⁴⁹ Op. Cit. 142. Sección V, p. 48, párr. 42.

¹⁵⁰ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. Registration Number 4739. UNTS Volume Number 330 (p.3). Disponible en: <https://treaties.un.org/pages/showDetails.aspx?objid=080000028002a36b>

¹⁵¹ Op. Cit. 141. Página 1118, párrafo 3.

¹⁵² Artículo 27, (1) – Convenio CIADI.

¹⁵³ Baltag, Crina (2017). *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues*. Edited by Crina Baltag. Alphen Aan Den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, 2017. Print. Página 417.

¹⁵⁴ Artículo 64. Diferencias entre Estados Contratantes: Toda diferencia que surja entre Estados Contratantes sobre la interpretación o aplicación de este Convenio y que no se resuelva mediante negociación se remitirá, a instancia de una u otra parte en la diferencia, a la Corte Internacional de Justicia, salvo que dichos Estados acuerden acudir a otro modo de arreglo. Convenio CIADI.

“Nada de lo dispuesto en el Artículo 54 se interpretará como derogatorio de las leyes vigentes en cualquier Estado Contratante relativas a la inmunidad en materia de ejecución de dicho Estado o de otro Estado extranjero”¹⁵⁵.



Universidad de
San Andrés

¹⁵⁵ Artículo 55 Convenio CIADI.

C. Conclusiones preliminares de la Primera Parte

En la presente Sección, se analizó la evolución de los diversos instrumentos internacionales de protección de las inversiones a lo largo de la historia, verificándose el viraje sustanciado en la preocupación original por la responsabilidad de los Estados, hacia la idea global de protección de la inversión extranjera con el objeto de promover el desarrollo económico. Luego, se efectuó especial énfasis en los TBI celebrados por Argentina durante la década de 1990. Asimismo, la exploración del mecanismo de solución de controversias inversor-Estado y, el análisis de las cláusulas de resolución de disputas contemplados en los TBIs, junto con el análisis simultáneo de los casos de CIADI llevados contra Argentina, permitieron identificar determinados parámetros que se contraponen respecto del modelo alternativo brasileño.

En ese orden de ideas, se verificaron los posibles argumentos sobre los cuales se sustenta el empleo de tales instrumentos, como un canal de atracción de inversión extranjera directa (de la mano de la justificación de corrientes económicas propulsoras de flujos de inversión desde Estados desarrollados hacia subdesarrollados). A la vez que, instrumentos caracterizados por ser impulsados por Estados de capital exportador para proteger los intereses de sus nacionales en el extranjero. Pudo apreciarse, además, que el objetivo primordial de los países en desarrollo – como es el caso argentino- al buscar inversiones extranjeras, es el promover su desarrollo económico, términos generales. Con ese fin, concluyen TBIs en varios niveles, porque creen que, en conjunto, estos instrumentos les ayudan a atraer inversión extranjera directa y beneficiarse de ella. Sin embargo, conforme fuera enunciado en el apartado metodológico del presente trabajo, el mismo no tuvo como propósito descubrir la causa de los efectos; en este supuesto, descubrir la relación de causalidad necesaria entre la cantidad de TBIs signados y los consiguientes flujos de inversión extranjera recibida.

Entre los argumentos que sostienen el sistema de inversiones internacionales, se destacan la idea de despolitización de los mecanismos de resoluciones de controversias entre Estados e inversores (buscando la solución de ellas a través de un organismo internacional *ad hoc* - CIADI) y, además, la percepción de que los tribunales y cortes locales no poseen el conocimiento técnico adecuado para entender en cuestiones relativas a las inversiones. Sumado a que, encuentra justificación en la necesidad de proporcionar una alternativa neutral a los tribunales locales (propuesta ajena a las intermediaciones de los Estados soberanos).

Por otro lado, del análisis de las posiciones doctrinarias en desacuerdo con estos instrumentos y a sus mecanismos de resolución de controversias, se identifica que el

fundamento de su oposición radica en la supuesta inconstitucionalidad de los TBIs y, por lo tanto, también del procedimiento de arbitraje inversor-Estado. Además, sostienen que todo este sistema representa una delegación de soberanía nacional a un organismo internacional no estatal, ajeno a las cortes nacionales encargadas de impartir justicia dentro del territorio argentino. Y, con ello, consecuentemente, el Estado argentino se ve inmerso en un escenario de pérdida de capacidad soberana, al momento de regular sus políticas de estado (menoscabo de su jurisdicción y disminución de su espacio regulatorio estatal).

Por último, al desarrollar cada uno de los apartados a lo largo de esta Sección Primera, es imposible identificar los inconvenientes aparejados al sistema, a través de los casos de CIADI, que fueron siendo analizados respectivamente. De este modo, en primer término, puede concluirse que los TBIs objeto de estudio, contienen cláusulas muchas veces ambiguas e imprecisas que se corresponden con estándares internacionales modelos-tipo, que conlleva a infinidad de apreciaciones sobre un mismo concepto contenido en el tratado, al llegar a la decisión de un tribunal arbitral. Lo que, en segundo término, representa la falta de uniformidad e imprevisibilidad del sistema. Simultáneamente, dicha ambigüedad o maleabilidad de los términos, puede verse justificada en que los Estados buscan protegerse de las demandas de inversores extranjeros, pero en igual sentido, requieren proteger a sus propios nacionales.

Nótese que, de la evaluación de los textos de los tratados en cuestión y de los laudos analizados, se desprende conclusivamente que el sistema de solución de disputas acá investigado, carece de una instancia de revisión del laudo arbitral por parte de un órgano de apelación o tribunal superior permanente, con competencias de revocación amplias y, dentro del cual existan garantías autónomas de accesibilidad al mismo.

Finalmente, a modo de conclusivo de esta Sección, se realizó el análisis sintético respecto de la nueva generación de TBI, representada por los acuerdos celebrados entre Argentina con Qatar, Japón y Emiratos Árabes Unidos.

En ellos se refleja un avance hacia cláusulas con mayores precisiones conceptuales, la implementación de la agenda de desarrollo sostenible, la inclusión del derecho a regular a favor de los Estados contratantes, la incorporación de la noción de responsabilidad social empresarial por parte de los inversores y, la participación de la Corte Permanente de Arbitraje, como posible institución a cargo de administrar la sustanciación de las disputas arbitrales.



Universidad de
San Andrés

Sección II

A. Los Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones Brasileños

1. Origen, Naturaleza y Estructura

a) Origen

La República Federativa de Brasil no fue parte de esa tendencia global, referida en la primera parte del presente trabajo de investigación, en cuanto a la adopción de mecanismos de arbitraje inversor-Estado para la resolución de disputas mediante acuerdos bilaterales de inversión.

El primer antecedente sobre regulación de inversiones, que podría identificarse en el país, se remonta al año 1960, fecha en la cual Brasil formaba parte del Acuerdo sobre Garantía de Inversiones (su denominación en portugués: *Acordo sobre Garantia de Investimentos*)¹⁵⁶ con los Estados Unidos de América. Sin embargo, tal acuerdo excluía cuestiones relativas a la protección de inversores extranjeros, ocupándose exclusivamente de garantizar riesgos políticos¹⁵⁷.

Posteriormente, en la década de 1990, Brasil celebró catorce Acuerdos de Promoción y Protección de Inversiones (su denominación en portugués: *Acordo de Promoção e Proteção de Investimentos - APPI*), que incluían disposiciones sobre arbitraje inversor-Estado. Sin embargo, ninguno fue ratificado por Brasil (Ver Gráfico N° 5 en Anexo). Más aún, Brasil no fue signatario ni ratificó la Convención de Washington de 1965 – por medio de la cual se crea el CIADI.

Desde el inicio de las negociaciones y reuniones consultivas en el marco del proyecto de Convenio del CIADI, Brasil se mostró reticente a ese sistema propuesto.

Tal postura se ve fielmente representada en las palabras de Francisco da Cunha Ribeiro –delegado del Estado Brasileño, por la Superintendencia de Moneda y Crédito, junto con Odilon de Camargo Penteado, por la Embajada de Brasil en Chile-, en la Reunión Consultiva de Expertos Jurídicos, celebrada en Santiago de Chile en junio de 1964, quien expresó oportunamente que:

¹⁵⁶ Magalhães, José Carlos de. *Acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos*. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 6, n. 20, p. 53-65, 2009.

¹⁵⁷ Nusdeo, Ana Maria de Oliveira. *A experiência do Decreto n' 57.943 como acordo de garantia de investimentos entre Brasil-EUA*. In: Amaral Junior, Alberto do Sanchez, Michelle Ratton (Coord.). *Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007. p. 303-321. p. 320. Op. cit. *infra* 8.

“El Centro propuesto posee ciertas características que lo diferencian de los principios que han inspirado tradicionalmente el arbitraje internacional, institución jurídica diseñada para la solución pacífica de controversias entre naciones. Además, el proyecto de convención planteaba problemas constitucionales, ya que implicaba una cierta reducción del alcance de los procesos jurídicos nacionales. La ley constitucional brasileña garantizaba al poder judicial el monopolio de la administración de justicia (ver Art. 141, párrafo 4, de la Constitución brasileña) y por lo tanto resultaría inadmisibles la creación dentro del territorio de la nación un organismo autorizado para dictar decisiones en el campo del derecho. Y, si tal tarea fuera delegada en una organización internacional, la violación de este precepto constitucional sería aún más flagrante.

*Otro aspecto del problema que suscita dudas es que, a pesar del carácter facultativo del proyecto de convención, se concede a los inversores extranjeros una posición de privilegio jurídico, en violación del principio de plena y absoluta igualdad ante la ley”*¹⁵⁸.

Asimismo, en ese ámbito, Brasil objetó la forma de composición del Consejo Administrativo del Centro, argumentando la falta de independencia de sus miembros, por su vinculación directa con las autoridades centrales del Banco (Artículo 4 del Convenio), y cuestionó cierto sesgo de discrecionalidad en sus facultades (Artículo 6 del Convenio). Por su parte realizó sugerencias para limitar el número de personas designadas en las “Listas” (Artículo 13, inciso 2) por el Presidente del Banco Mundial (quien es *ex officio* Presidente del Consejo Administrativo, conforme lo dispuesto por el Artículo 5 del Convenio).

Además, cuestionó la inmunidad del Centro a la luz de lo dispuesto por el Artículo 20, como así también sugirió enmiendas en relación a cuestiones de su jurisdicción, revisión, reconocimiento y ejecución del laudo, entre otras¹⁵⁹. Todo lo cual, se encuentra plasmado en los registros de dichas reuniones.

Por otro lado, el entonces consejero legal del Ministerio de Relaciones Exteriores de Brasil, emitió una opinión¹⁶⁰ por medio de la cual objetó la adopción por parte de Brasil, del Convenio del CIADI, enumerando los ejes críticos, en cuanto aquel:

¹⁵⁸ History of the ICSID Convention, Volume II, Part 1. Washington, D. C., 1968. ICSID Publication. Página 306.
Disponible en:
<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/History%20of%20the%20ICSID%20Convention/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20II-1.pdf>

¹⁵⁹ History of the ICSID Convention, Volume II, Part 2. Washington, D. C., 1968. ICSID Publication. Página 878-938.
Disponible en:
<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/History%20of%20the%20ICSID%20Convention/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20II-2.pdf>

¹⁶⁰ Guido F.s. Soares. *Órgãos das soluções extrajudiciarias de litígios*. Direito Internacional Público. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1985. Página 81.

- 1- Viola las garantías consagradas en la Constitución brasileña;
- 2- Es innecesario, ya que el gobierno brasileño por más de 150 años ha resuelto consistentemente importantes reclamos planteados por extranjeros, a través de canales diplomáticos o procedimientos judiciales;
- 3- Contradice el derecho brasileño, forzando a los extranjeros a renunciar a su derecho de protección diplomática; y
- 4- Implicaría que los tribunales brasileños carecen de independencia necesaria para conocer y decidir respecto de reclamos efectuados por extranjeros en contra del Estado brasileño.

Finalmente, el representante de Itamaraty declaró que:

“No creemos que el reconocimiento de las deficiencias estructurales y el malestar circunstancial de la economía brasileña –que claramente la coloca en el rol de economías dominadas- deba ser motivo para que nuestro gobierno acceda, desde el punto de vista político y legal, a la creación de un tribunal arbitral para resolver conflictos económicos entre privados y gobiernos, dentro de la estructura del Banco Mundial, donde ya hemos sentido claramente el predominio de los intereses de los países desarrollados”¹⁶¹.

Una de las principales razones fue que dada la existencia de organismos internacionales como la Organización de Naciones Unidas (ONU), el Banco Mundial no sería el organismo más adecuado para institucionalizar el procedimiento de arbitraje para resolver disputas entre Estados e inversores "supuestamente desprotegidos"¹⁶².

De este modo, ha quedado demostrada la posición que históricamente sostuvo Brasil frente a la implementación de los mecanismos de arbitraje internacional inversor-Estado, a través de un organismo internacional creado a tal efecto.

Pese a tal postura adoptada al respecto, en la década de 1990 Brasil concluyó catorce TBIs, en su mayoría con países desarrollados – impulsado por tales economías desarrolladas interesadas en invertir en territorio brasileño y, en proteger a sus nacionales. Todos ellos contenían disposiciones respecto a: a) definición de inversión, inversor y territorio; b) admisión de inversión; c) promoción de inversiones; d) normas

¹⁶¹ Kalicki Jean y Medeiros Suzana. *Investment Arbitration in Brazil: Revisiting Brazil's Traditional Reluctance Towards ICSID, BITs and Investor-State Arbitration*. Revista de Arbitragem e Mediação (Arbitration and Mediation Law Review) Vol. 4, N° 14, 2007. Página 69.

¹⁶² Rocha, Augusto de Rezende. *Parecer DAJ/138: criação de órgão de arbitragem internacional, BIRD*. Washington: BIRD, 1964. item 17, II.

de protección de inversiones; e) nacionalización, expropiación e indemnización; f) libre transferencia de fondos y repatriación de inversiones; g) solución de controversias entre Estados partes; h) solución de controversias entre inversor y Estado; y i) validez y denuncia del tratado (Ver Gráfico N° 5 en Anexo).

Sin embargo, ninguno recibió la aprobación por parte del Congreso Nacional. Cabe destacarse, además, que seis de ellos fueron ingresados para su promulgación, pero luego fueron retirados principalmente por contemplar mecanismos de arbitraje inversor-Estado.

Las principales objeciones y argumentos en contra de tal sistema, para su no aprobación, fueron ¹⁶³: a) no prevé el agotamiento de los recursos internos y la renuncia a este requisito representaría un precedente importante para el país; b) la reivindicación de reclamos directamente de particulares contra el Estado colocaría en el mismo nivel a dos sujetos que tradicionalmente actuaron en distintos planos legales; c) generaría sospechas infundadas contra el Poder Judicial brasileño; d) el arbitraje inversor-Estado violaría la soberanía nacional y el principio constitucional de no exclusión del acceso a los tribunales judiciales; y e) el arbitraje, como opción unilateral del inversor, viola los principios básicos según los cuales el arbitraje normalmente requiere un acuerdo bilateral.

A pesar de dicha resistencia, las variaciones de la economía doméstica e internacional, que propulsaron la radicación de empresas brasileñas en el extranjero -especialmente en el continente africano-, dieron lugar a la reelaboración de la estrategia nacional original que se venía adoptando¹⁶⁴, frente a la regulación de inversiones por vía de los TBI –al adquirir tanto el rol de importador, como de exportador de inversión. Revistiendo así, intereses tanto *defensivos* como *ofensivos*¹⁶⁵. Tal influencia fue liderada por la industria brasileña interesada en proteger sus inversiones en los países de destino (América del Sur y, luego África).

¹⁶³ Marega Flávio. *O Mecanismo Arbitral de Solução de Controvérsias Investidor Estrangeiro-Estado nos Acordos Internacionais sobre Investimentos: Implicações para o Brasil*. Instituto Rio Branco, 2005. En Op.cit. supra 4.

¹⁶⁴ Morosini, Fabio; Ely Caetano Junior Xavier, "Foreign Direct Investment Regulation in Brazil: From Resistance to Investment Bilateral Treaties to the Emergence of a New Regulatory Model". *Brazilian Journal of International Law* 12, no. 2 (2015): 421-448. Página 422.

¹⁶⁵ Actis, Esteban. "Brasil Frente Al Orden Internacional Liberal (2011-2013). Los Límites De La Posición Reformista a La Luz Del Régimen Internacional De Inversiones / Brazil in the Liberal International Order (2011-2013). The Limits of the Reformist Position in the Light". *Mural Internacional* 6, no. 1 (2015): Mural Internacional, 2015-09-09, Vol.6 (1).

En ese escenario, se creó un grupo de trabajo interministerial en el ámbito de la Cámara de Comercio Exterior de Brasil (CAMEX) ¹⁶⁶, para revisar la posición adoptada por Brasil y proponer ciertos lineamientos que faciliten y promuevan la celebración de acuerdos de inversión, y que estos finalmente fueran aprobados por el Congreso Nacional. Con tal propósito se iniciaron negociaciones con países en desarrollo, excluyendo específicamente de sus términos la inclusión de cuestiones como el arbitraje inversor-Estado, la expropiación indirecta y las inversiones de cartera financiera (bonos, acciones, entre otros)¹⁶⁷.

Consecuentemente, surgió un nuevo modelo alternativo de tratados de inversión, caracterizado por la singularidad de sus términos y contenido, denominados Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFIs).

En ese orden de ideas, la implementación de este modelo podría verse graficada en cuatro etapas a partir del año 2015¹⁶⁸. La primera comprende los acuerdos celebrados en el año 2015, con Mozambique, Angola, México y Malawi (Marzo, Abril, Mayo y Junio, respectivamente). En ellos se verifica la prevalencia de la instancia de prevención de disputas. Asimismo, prevén de forma genérica el arbitraje Estado-Estado. A los que se suman, los acuerdos llevados a cabo con otros países latinoamericanos, entre ellos: Colombia (Octubre de 2015), Chile (Noviembre de 2015).

Mientras que, componen la segunda etapa los ACFIs con Etiopía, Surinam y Guyana, en el año 2018. La tercera etapa puede verse representada por los acuerdos con Emiratos Árabes Unidos, Marruecos y Ecuador en el año 2019.

Finalmente, la cuarta etapa comprende solamente un ACFI. Ello por cuanto, en el año 2020 Brasil firmó un nuevo Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones, en este caso con India. Este último, fue el primer instrumento en establecer un régimen de inversiones entre Brasil y un país asiático y, ayudaría a fortalecer aún más la cooperación económica bilateral. Nótese que, las empresas brasileñas, invierten en los

¹⁶⁶ En 2012, mediante Resolución CAMEX No. 30/2012, se creó el Grupo Técnico de Estudios Estratégicos de Comercio Exterior (GTEX), encargado de realizar estudios y preparar propuestas sobre políticas de comercio exterior con países y regiones específicos para agilizar el flujo de comercio e inversión. Disponible en: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-externior/pt-br/assuntos/camex/estrategia-comercial/acordos-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-acfi>

¹⁶⁷ Freitas da Silva, Ana Rachel. *A Evolucao da Solucao de Controversias nos ACFIs*. Brazilian Journal of International Law 16, no. 2, 2019. Página 9. Disponible en: <https://heinonline-org.eza.udesa.edu.ar/HOL/Page?handle=hein.journals/brazintl16&id=330&collection=journals&index=journals/brazintl#>

¹⁶⁸ Puede consultarse la base de acuerdos relativos a inversiones en: <https://investmentpolicy.unctad.org/country-navigator/30/brazil>

sectores indios de motores eléctricos, acero, automatización bancaria y comercial y minería¹⁶⁹ (Ver Gráfico N° 5 en Anexo).

b) Naturaleza y Estructura

Los ACFIs se destacan, por cuanto enfatizan en:

1) la creación de órganos tales como defensores del pueblo – *ombudsmen*- o Comités conjuntos, para monitorear los mecanismos en las relaciones de inversión y prevenir controversias; y

2) la creación de acuerdos abiertos o convenios marco que puedan ser adaptados a lo largo del tiempo para satisfacer las necesidades de desarrollo de los Estados partes, a través de programas de trabajo temático (elementos vertidos en el sitio web del *Ombudsman de Investimentos Diretos (OID)*).

Asimismo, este modelo alternativo de acuerdos se asienta sobre tres pilares modulares:

a) mitigación de riesgos (mecanismos de prevención de controversias fundados en diálogos y consultas bilaterales, con carácter previo a la instrumentación de un procedimiento de arbitraje) y solución de controversias;

b) gobernanza institucional a través de órganos permanentes de control e interacción; y

c) agendas temáticas para la cooperación y la facilitación de las inversiones¹⁷⁰.

Por otro lado, respecto de su estructura, si bien los distintos acuerdos que se fueron celebrando tienen algunas variaciones en el contenido y orden de sus apartados, en general responden al mismo esquema.

En primer lugar, todos ellos poseen un preámbulo mediante el cual ambas partes manifiestan sus propósitos y deseos, reconocen las necesidades y declaran su compromiso a través de la celebración de dicho acuerdo.

En este punto, corresponde destacarse la especial mención a la autonomía estatal legislativa para regular en materia de políticas públicas – soberanía nacional-

¹⁶⁹ Ministério das Relações Exteriores. Nota à Imprensa N° 10/2020. Disponible en: https://www.gov.br/mre/pt-br/canais_atendimento/imprensa/notas-a-imprensa/2020/assinatura-de-acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-o-brasil-e-a-india

¹⁷⁰ Lineamientos ACFIs (versión en español). Sec. Esp. de Comercio Exterior e Assuntos Internacionais. Disponible en: <http://www.mdic.gov.br/arquivos/Presentacion-General-ACFI-ES.pdf>

específicamente incluida en su letra. Dicho elemento se encuentra plasmado en los siguientes términos:

*“Reafirmando su autonomía legislativa y espacio para las políticas públicas”*¹⁷¹;

Y

*“Reconociendo el derecho de las Partes a adoptar regulaciones relativas a las inversiones realizadas en su territorio, para lograr objetivos legítimos de política pública”*¹⁷².

Luego, la Primera parte o Sección I de los ACFIs se encarga de las normas relativas al ámbito de aplicación, mecanismos de ejecución y definiciones. Respecto de este último apartado, corresponde hacerse una distinción entre el acuerdo con Angola, Mozambique y Chile.

El Artículo 3¹⁷³ del ACFI con Angola, efectúa una remisión directa a las normas del derecho interno, al disponer que:

“Para efectos de este Acuerdo, las definiciones sobre inversión, inversionista y otras definiciones inherentes a esta materia serán reguladas por los respectivos ordenamientos jurídicos de las Partes”.

A su turno, el ACFI con Mozambique se encarga de dar definiciones de *inversión* e *inversor*, en su Artículo 3¹⁷⁴, disponiendo que:

“Inversión significa cualquier tipo de bien o derecho de propiedad directa o indirecta o controlado por un inversionista de una de las Partes en el territorio de la otra Parte, con el propósito de establecer relaciones económicas duraderas y destinado a la producción de bienes y servicios, en particular:

¹⁷¹ Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre el Gobierno de La República Federativa de Brasil y el Gobierno de La República de Mozambique. Registro Ministério das Relações Exteriores. Disponible en: https://www.gov.br/mre/pt-br/canais_atendimento/imprensa/notas-a-imprensa/acordo-brasil-mocambique-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-acfi-maputo-30-de-marco-de-2015

¹⁷² Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa de Brasil y la República de Chile. Registro Ministério das Relações Exteriores. Disponible en: https://www.gov.br/mre/es/canales_servicio/prensa/notas-a-la-prensa/acuerdo-de-cooperacion-y-facilitacion-de-inversiones-entre-la-republica-federativa-del-brasil-y-la-republica-de-chile-santiago-23-de-noviembre-de-2015

¹⁷³ Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa de Brasil y el Gobierno de La República de Angola. Registro Ministério das Relações Exteriores. Disponible en: https://www.gov.br/mre/pt-br/canais_atendimento/imprensa/notas-a-imprensa/acordo-brasil-angola-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-acfi-luanda-1-de-abril-de-2015

¹⁷⁴ Op.cit 169.

- i. una sociedad, empresa, participación en el capital social u otros tipos de intereses en una sociedad o empresa;*
- ii. bienes muebles e inmuebles, así como cualesquiera otros derechos patrimoniales, tales como hipoteca, prenda, garantía, usufructo y similares;*
- iii. el monto invertido bajo derechos de concesión empresarial otorgados por ley, decisiones administrativas o bajo contrato, incluyendo concesiones para la búsqueda, desarrollo, extracción o explotación de recursos naturales”.*

Y luego dispone que *inversor* de una Parte significa:

- “i. cualquier persona natural que sea nacional de cada una de las Partes de acuerdo con su legislación;*
- ii. cualquier persona jurídica u otra organización estructurada de conformidad con la ley aplicable en el territorio de la Parte en la que se establezca la inversión; o*
- iii. cualquier entidad legal no estructurada de acuerdo con la ley de esa Parte, pero controlada por un inversionista como se define en el subpárrafo i. y ii; y*
- iv. cualquier persona jurídica que tenga su sede en el territorio de esa Parte y tenga allí el centro de sus actividades económicas; y*
- v. cualquier persona natural o jurídica, según se establece en los párrafos anteriores, que realice una inversión en la otra Parte, debidamente autorizada, cuando la legislación de cada Parte así lo determine”.*

Y, en igual sentido el ACFI con Chile, define lo que se entiende por inversión en iguales términos, pero en su Artículo 1.4.1¹⁷⁵ excluye expresamente lo que no quedará comprendido en aquel concepto al decir que:

“Inversión no incluye:

- a) las operaciones de deuda pública;*
- b) una orden o sentencia presentada en una acción judicial o administrativa;*
- c) las inversiones de portafolio; y*
- d) las reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por parte de un inversionista en el territorio de una Parte a un nacional o una empresa en el territorio de la otra Parte, o el otorgamiento de crédito en relación con una transacción comercial”.*

¹⁷⁵ Artículo 8, primer párrafo. Op. Cit. 170.

Por otro lado, la Sección II¹⁷⁶ se encarga de la Gestión o Gobernanza Institucional – elemento distintivo de estos acuerdos- detallando las funciones asignadas a los órganos que la conforman. Los cuales serán explorados más adelante. A su vez, la Parte II o Sección II en el acuerdo con Chile, aborda el “Tratamiento otorgado a los inversionistas y sus inversiones”, entendiéndose por tal la inclusión detallada de los estándares de protección (o normas sustantivas) concedidos a los inversores y sus inversiones.

La Sección III se encarga de las Agendas Temáticas de Cooperación y Facilitación de Inversiones¹⁷⁷, llevadas a cabo por el Comité Conjunto, abordando aquellos temas relevantes para la promoción e incremento de inversiones bilaterales, en cada caso particular.

Por último, la Sección IV trata las cuestiones relativas a la mitigación de riesgos y la prevención de disputas, cuyo análisis será realizado en los siguientes apartados.

2. Normas de fondo

En relación a las normas de fondo o sustantivas, los ACFIs consagran, entre su articulado, algunos principios del derecho internacional de inversiones.

Como lo señala parte de la doctrina “bajo el principio transversal de la no discriminación el ACFI incluye, aunque con algunas acotaciones, el principio de Trato Nacional e incluso el de Nación Más Favorecida. Estos principios, que aparecen en todos los TBI y los TLC han sido muy criticados porque, entre otros elementos, limitan la capacidad regulatoria del Estado receptor, además que han sido utilizados por los tribunales arbitrales para fallar en contra de los Estados”¹⁷⁸.

En efecto, entre las diferentes versiones de ACFIs brasileños, se detecta la regulación de estos principios, los cuales serán analizados de manera sintética a continuación.

a) Trato Nacional

¹⁷⁶ En el Acuerdo con Chile, este apartado se encuentra en la Sección III, junto con la de Prevención de Diferencias.

¹⁷⁷ La Agenda Temática de Cooperación y Facilitación se encuentra anexada al tratado, y versa sobre: Pagos y transferencias; Visados; Legislación ambiental y reglamentos técnicos; y Cooperación en legislación sectorial e intercambios institucionales.

¹⁷⁸ Arroyo Picard, Alberto y Ghiotto, Luciana. *Brasil y la nueva generación de Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones: un análisis del Tratado con México*. Relaciones Internacionales N° 52/2017 – (39-54) ISSN 1515-3371, 2017. Página 45.

El Artículo 5¹⁷⁹ del ACFI con Chile, en sus dos primeros párrafos, distingue entre el trato otorgado tanto a los inversores, como a las inversiones de aquellos, al disponer que:

“Sujeto a sus leyes y regulaciones vigentes al momento en que la inversión es realizada, cada Parte otorgará a los inversores de la otra Parte, un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversores”. Y,

“Sujeto a sus leyes y regulaciones vigentes al momento en que la inversión es realizada, cada Parte otorgará a las inversiones de inversores de la otra Parte, un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a las inversiones de sus propios inversores”.

Cubierto el principio de trato nacional con estos primeros apartados, a continuación, la misma norma en su párrafo final establece que:

“Este Artículo no se interpretará en el sentido de obligar a las Partes a compensar desventajas competitivas intrínsecas que resulten del carácter de extranjero de los inversores y sus inversiones”.

Con esta aclaración pareciera anticiparse a reclamos basados en el propio carácter de extranjero de los inversores, sobre la base de la experiencia del arbitraje de inversiones sustanciado en el marco de TBI.

Asimismo, en el mismo artículo se hace mención de cómo se interpretará el concepto de “circunstancias similares” referido, aclarando que:

“que el tratamiento sea acordado en “circunstancias similares”, depende de la totalidad de las circunstancias, incluso que el tratamiento relevante distinga entre inversionistas o inversiones sobre la base de objetivos legítimos de interés público”.

Por su parte, el ACFI con México, al encargarse de este principio, establece en su Artículo 5¹⁸⁰ que:

“Lo dispuesto en este Artículo no impide la adopción y aplicación de nuevos requisitos o restricciones legales a los inversionistas y sus inversiones siempre y cuando no sean discriminatorios. Se considerará que un trato es menos favorable si modifica las

¹⁷⁹ Artículo 5. Op. Cit. 170.

¹⁸⁰ Acuerdo de Cooperación y Facilitación de las Inversiones entre la República Federativa de Brasil y los Estados Unidos Mexicanos. Registro Ministério das Relações Exteriores. Disponible en: https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-externo/pt-br/arquivos/Mexico-ACFI-Investmentos-ass-a_002a_.pdf

condiciones de competencia a favor de sus propios inversionistas y sus inversiones en comparación con los inversores de la otra Parte y sus inversiones”.

Con este agregado, la norma “hace explícito que se pueden modificar con posterioridad al tratado las reglas y requisitos a los inversionistas, siempre que se apliquen sin discriminación entre inversores extranjeros y nacionales”¹⁸¹.

b) Trato de Nación Más Favorecida

En referencia al Trato de Nación Más Favorecida, los acuerdos celebrados con Mozambique y Angola, contienen disposiciones sintéticas al respecto. Mientras que en el caso de Chile, Colombia y México lo contemplan de un modo más detallado.

Tal es así que el Artículo 5, párrafo 2, del ACFI con México expresamente dice:

“Sin perjuicio de las excepciones establecidas por su legislación en la fecha en que el presente Acuerdo entre en vigor, una Parte otorgará a los inversionistas de la otra Parte y a sus inversiones un trato no menos favorable que el que otorgue a los inversores de un Estado no Parte y a sus inversiones. Se considerará que un trato es menos favorable si modifica las condiciones de competencia a favor de los inversores de un Estado no Parte y sus inversiones, en comparación con los inversores de la otra Parte y sus inversiones”¹⁸².

En este sentido adhiero a la sostenido por Arroyo Picard y Ghiotto, al expresar que “el ACFI hace referencia explícita a las excepciones marcadas por la ley nacional brasileña, pero no dice que actuales o futuras, por lo que sigue limitando la flexibilidad futura de la política exterior brasileña, así como concesiones mayores a socios estratégicos”¹⁸³.

Por último, el ACFI con Chile, en su respectiva norma, efectúa aclaraciones de interpretación de este principio, excluyendo algunos supuestos de aplicación del mismo. En igual sentido se pronuncia el ACFI con México (Artículo 5, párrafo 3).

En consonancia con él, se establece que el Artículo de mención (Artículo 6, párrafo 3) no se interpretará como una obligación de una Parte para dar a un inversor de la otra Parte o a sus inversiones el beneficio de cualquier tratamiento, preferencia o privilegio que surja de:

¹⁸¹ Op. Cit. 176. Página 44.

¹⁸² Artículo 5. Op. Cit. 178.

¹⁸³ Op. Cit. 176. Página 46.

“i) disposiciones relacionadas con la solución de controversias en materia de inversiones contenidas en un acuerdo internacional de inversión, incluido un acuerdo que contenga un capítulo de inversiones; o

ii) cualquier acuerdo comercial internacional, incluso acuerdos tales como los que crean una organización de integración económica regional, zona de libre comercio, unión aduanera o mercado común del cual una Parte sea miembro antes de la entrada en vigor del Acuerdo”.

Tampoco se interpretará como *“la posibilidad de invocar, en cualquier mecanismo de solución de controversias estándares de trato contenidos en un acuerdo internacional de inversiones o en un acuerdo que contenga un capítulo de inversiones del cual una de las Partes de este Acuerdo sea parte antes de la entrada en vigor del Acuerdo”*¹⁸⁴.

Conforme a lo establecido en esta norma, se verifica que expresa y estratégicamente se excluye la posibilidad de que se sustancie un arbitraje en el marco del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, con el Estado Brasileño – o la otra Parte del acuerdo-, como parte requerida en tal jurisdicción (entre otras) por el reclamo de un inversor de extranjero. Tal salvedad es representativa de la posición históricamente adoptada por Brasil respecto del arbitraje inversor-Estado, conforme fue desarrollada en la primera parte de esta sección.

c) Expropiación

En cuanto a la problemática de la expropiación en el sistema del derecho internacional de inversiones – en referencia al régimen tradicional de TBI-, en general los ACFIs, contienen normas específicas y detalladas que regulan el procedimiento a seguir en caso de llevarse a cabo una expropiación.

En particular, los acuerdos con Mozambique y Angola, al abordar esta cuestión no discriminan entre una expropiación directa de una indirecta, pudiendo interpretarse como una inclusión tácita de la indirecta. Mientras que, por su parte, el acuerdo con Chile, taxativamente prevé la expropiación directa entre sus términos:

*“Este artículo sólo prevé la expropiación directa, en donde una inversión es nacionalizada o de otra manera expropiada directamente mediante la transferencia formal del título o del derecho de dominio”*¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Op. Cit. 170.

¹⁸⁵ Artículo 7. Op. Cit. 170.

Ahora bien, todos coinciden en cuanto a los requisitos aplicables a un supuesto de expropiación, garantizándole así los derechos del inversor. De acuerdo con ello, el Artículo 7 del ACFI con Chile, establece en primer lugar que ninguna de las Partes expropiará ni nacionalizará las inversiones de un inversor de la otra Parte, salvo que sea por una causa de utilidad pública o de interés público y; siempre y cuando se cumplan los requisitos para que opere una expropiación. Es decir, que sea: a) de forma no discriminatoria; b) mediante el pago de una indemnización, de acuerdo con los párrafos 2 a 3; y c) de conformidad con el principio del debido proceso legal.

Sumado a esto, la norma dispone que la indemnización debe ser pagada sin demoras, ser equivalente al valor justo de mercado de la inversión en cuestión y, ser libremente pagable y transferible.

Finalmente, la norma culmina haciendo otra aclaración, en relación a que dicho artículo “no se aplica a la expedición de licencias obligatorias otorgadas en relación a derechos de propiedad intelectual, o a la revocación, limitación o creación de dichos derechos en la medida que dicha expedición, revocación, limitación o creación sea compatible con el Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio”¹⁸⁶.

3. El régimen de inversiones en el Mercosur

Los primeros antecedentes referentes al tratamiento multilateral de las inversiones en el bloque del Mercosur, se corresponden en primera instancia con la Decisión N° 11/1993 del Consejo Mercado Común, por medio de la cual se aprueba el Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el Mercosur.

Posteriormente, a través de la Decisión N° 11/1994 del Consejo Mercado Común se adoptó el Protocolo sobre Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados No Partes del Mercosur.

Luego, en el año 2010, mediante Decisión N° 30/2010 del Consejo Mercado Común se estableció la derogación de las Decisiones Nros. 11/93 y 11/94 referidas y sus respectivos Acuerdos. Asimismo, mediante dicha norma se aprobaron las Directrices para la celebración de un Acuerdo de Inversiones en el Mercosur.

¹⁸⁶ Ibid.

Como resultado de ello, mediante Decisión N° 3/2017 del Consejo Mercado Común de fecha 7 de abril de 2017, en el marco del Foro Económico Mundial que se celebró en Buenos Aires, se adoptó el Protocolo de Cooperación y Facilitación de las Inversiones Intra-Mercosur. Este tiene como objeto principal promover la cooperación entre los Estados Partes con el fin de facilitar la inversión directa que viabilice el desarrollo sustentable de los Estados Partes (Artículo 1).

El Protocolo Intra-Mercosur representa un fiel reflejo de las disposiciones contenidas en los ACFI, “sigue muy cercanamente la estructura y el contenido de los ACFI, con mínimas diferencias”. En ese orden de ideas, el Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones en cuestión “es una prueba del liderazgo regional de Brasil en esta temática”.

Resulta de especial relevancia hacer mención del elemento de “Gobernanza Institucional” contemplado en este instrumento, que también está presente en los ACFI. De dicha noción se desprende, por un lado, la administración del Protocolo a cargo de los Estados Partes por medio de la Comisión (Artículo 17) y, por el otro lado, surge la figura del Punto Focal, encargado de apoyar y guiar a los inversores desde su ingreso al territorio receptor (Artículo 18).

Otra cuestión relacionada a la gobernanza institucional, también reiterada en los ACFI, es la concerniente al desarrollo de una Agenda para la cooperación y facilitación de inversiones en el marco del Protocolo, en aquellos temas de relevancia para la promoción y el incremento de la inversión mutua entre los Estados Partes del mismo. Dicha agenda quedaría a cargo de la Comisión conjunta de Estados (Artículo 25).

En cuanto a la resolución de disputas, vuelve a repetirse la estructura abarcativa de una etapa de prevención y mitigación de disputas y, una etapa posterior de solución de controversias (bajo el esquema Estado-Estado), con sus respectivos procedimientos según lo estipulado en los artículos 23 y 24 del Protocolo.

B. El régimen de solución de controversias de los Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones

1. Procedimientos de prevención: mitigación del riesgo

Como viene siendo expuesto, el modelo brasileño privilegia las instancias de mitigación y prevención, en detrimento de la resolución de controversias. La gobernanza del acuerdo por parte de sus órganos y el papel de estos en la prevención de disputas pueden considerarse como los elementos diferenciales de este tipo de acuerdo de inversión¹⁸⁷.

En primer lugar, los ACFIs cuentan con un sistema reforzado de prevención de disputas, mediante un mecanismo de Gobernanza Institucional, compuesto por los Puntos Focales u *Ombudsmen* y el Comité Conjunto, como etapas previas para acceder al arbitraje (Estado-Estado), que en realidad tienen como propósito el desalentar la instancia del arbitraje y posicionarlo como *ultima ratio*. Estos dos ejes representan el núcleo institucional del modelo.

El Punto Focal (PF), u ombudsman, tiene el rol de actuar como facilitador en la relación entre el inversor y el gobierno del país receptor, sirviendo como canal de diálogo para evitar la configuración de situaciones que pudieran derivar en controversia, ante el Estado receptor. El ombudsman, por tanto, actúa en la primera fase preventiva del conflicto, realizando esfuerzos para mitigar los riesgos, en coordinación con las partes en cuestión (relación Estado - Inversor). Si la diferencia suscitada no encuentra un canal de convergencia entre el inversor y el PF del Estado receptor, existe la opción de acudir ante el Comité Conjunto, que analizará el reclamo a través de la participación del Estado de origen del inversor¹⁸⁸ (relación Estado - Estado). El inversor presenta un reclamo, a través de su Estado de origen, al Comité Conjunto, el cual debe evaluar el caso y, mediante consultas y negociaciones, buscar una solución amistosa entre Estados. Toda la documentación y reuniones desarrolladas en esta etapa, tienen el carácter de confidenciales, a excepción del Informe resumido final emitido por el Comité Conjunto.

¹⁸⁷ Monebhurrin, Nitish. "Novelty in International Investment Law: The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments as a Different International Investment Agreement Model". *Journal of International Dispute Settlement*. Vol. 8, 2017, p. 79-100.

¹⁸⁸ Gabriel, Vivian Daniele Rocha. *Arbitragem no direito tributário internacional e no direito internacional dos investimentos: uma manifestação do direito transnacional*. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 13, n. 3, 2016 p. 95-115. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26728.pdf>

Solamente, en el supuesto de que tal solución no resulte, queda vigente la opción de arbitraje entre Estados¹⁸⁹. Una vez cumplidas estas etapas, por lo tanto, cualquiera de las Partes podrá presentar su demanda al tribunal arbitral, en controversias que puedan ser entre Estados (Ver Gráfico N° 10 en Anexo). Es decir que, la etapa de consultas y negociaciones para la prevención de controversias reviste el carácter de obligatorio y de previo agotamiento para acceder al procedimiento de arbitraje. Así lo dispone el Artículo 23, inciso 1 del ACFI con Colombia:

*“Una vez agotado el procedimiento previsto en el párrafo 3 del Artículo 22 (Prevención de Controversias) sin que la disputa haya sido resuelta, cualquiera de las Partes podrá someterla a un Tribunal de Arbitraje ad hoc, de conformidad con las disposiciones de este Artículo”*¹⁹⁰.

En el mismo sentido queda establecida la obligatoriedad de la etapa preventiva, mediante el Artículo 24, inciso 1, del ACFI con Chile:

*“Antes de iniciar el procedimiento de arbitraje en virtud del Artículo 25 (Arbitraje entre las Partes) de este Acuerdo, las Partes procurarán resolver las controversias mediante consultas y negociaciones directas entre ellas [...]”*¹⁹¹.

Dicho circuito se encuentra definido detalladamente en el articulado de los acuerdos. A modo ejemplificativo puede observarse lo dispuesto en el ACFI con Chile y Mozambique:

“[...] La Parte interesada deberá presentar por escrito su solicitud a la otra Parte, especificando el nombre del inversionista afectado, la medida específica en cuestión, y los fundamentos de hecho y derecho que motivan la solicitud. El Comité Conjunto deberá reunirse dentro de los sesenta (60) días a partir de la fecha de la solicitud;

El Comité Conjunto dispondrá de sesenta (60) días, contados a partir de la fecha de su primera reunión, prorrogables por igual periodo de tiempo, por mutuo acuerdo y previa justificación, para evaluar la información relevante sobre el caso que se le ha presentado y preparar un informe;

El Comité Conjunto presentará su informe en una reunión que será llevada a cabo, a más tardar, treinta (30) días después de transcurrido el plazo señalado en el inciso (e) (en el caso del ACFI con Colombia, el plazo estipulado será de 15 días – Artículo 22, inciso 3, d)).

¹⁸⁹ Ibid. *supra* 8, página 440.

¹⁹⁰ Artículo 23 ACFI Colombia. Disponible en: https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/arquivos/ACFI-Colombia-texto-assinado-espanhol-a_002a_.pdf

¹⁹¹ Artículo 24. Op. Cit. 170.

El informe emitido por el Comité Conjunto deberá incluir:

a) La identificación de la Parte; b) el inversor afectado identificado; c) descripción de la medida objeto de consulta; d) relación de las gestiones realizadas; y e) posición de las Partes en relación con la medida¹⁹².

Nótese que los ACFIs establecen que el Comité Conjunto realizará todos los esfuerzos por llegar a una solución satisfactoria para ambas Partes. Sin embargo, no determinan el carácter vinculante o no, que tendrá el Informe emitido por este órgano, en relación a las Partes.

Finalmente, concluido el procedimiento de consultas y negociaciones directas sin resultados positivos, cualquiera de las Partes podría solicitar por escrito a la otra el establecimiento de un tribunal arbitral que resuelva la misma cuestión objeto de consultas.

2. Órganos para la prevención de controversias

a) El *Ombudsman*

En cuanto al establecimiento de mecanismos para la mitigación de controversias, se insertó en los ACFIs el concepto de Defensor del Pueblo – *Ombudsman* (o PF), para las inversiones extranjeras, inspirado en el modelo surcoreano¹⁹³, que es un referente mundial en el apoyo a la inversión extranjera (de acuerdo con la Secretaría Ejecutiva de la CAMEX). El PF es entendido, como un facilitador de acuerdos y canal entre las partes. Mientras que el Comité Conjunto opera a nivel de Estado a Estado, los Puntos Focales, brindan asistencia gubernamental a los inversionistas, dialogando con autoridades

¹⁹² Artículo 24, inciso 3, g) ACFI Chile. Artículo 22, inciso 3, d)-i ACFI Colombia.

¹⁹³ A fin de promover la llegada de inversores extranjeros y su establecimiento en el país, Korea Trade-Investment Promotion Agency (KOTRA) ha lanzado Invest Korea (IK). IK-KOTRA le ofrece análisis de pre-inversión a aquellos inversores interesados, así como también servicios de seguimiento post-inversión, orientados a resolver todo problema burocrático-administrativo que se le presente al inversor. Con similar objetivo, el gobierno introdujo en 1999 la oficina del *Ombudsman*. Esta oficina recopila información y analiza reclamos sobre temas diversos (impuestos, procedimientos administrativos, incentivos, visado, permisos de construcción) planteados por los inversores extranjeros asentados en el país (<https://ombudsman.kotra.or.kr/ob-kr/cntnts/i-2615/web.do>). En: Stanley, Leonardo E. *La regulación de la inversión extranjera directa: Los casos de la Argentina, Colombia, el Perú, la República de Corea y Tailandia*. Documentos de Proyectos (LC/TS.2019/120), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2020. Página 26-27.

públicas para abordar las sugerencias y reclamos del gobierno y los inversionistas de la otra parte¹⁹⁴.

En Brasil¹⁹⁵, esta función es desempeñada por la CAMEX, que es miembro del Consejo de Gobierno de la Presidencia de la República en materia de comercio exterior. Al respecto, el Decreto N° 8863, de 28 de septiembre de 2016, prevé la creación, estructura y atribuciones de la Defensoría del Pueblo de Inversión Directa (*Ombudsman de Investimentos Diretos* - OID) en el ámbito de la CAMEX¹⁹⁶. El OID es responsable de recibir consultas y requerimientos sobre asuntos relacionados con las inversiones, las cuales deben ser atendidas en conjunto con las agencias gubernamentales involucradas en cada caso. De este modo, las consultas y cuestionamientos de inversores provenientes de países con los que Brasil tiene ACFIs vigentes, se encuentran centralizadas en un solo organismo.

Además, bajo la estructura de la OID establecida por el Decreto referido, es importante señalar que las agencias y entidades de la Red de Puntos Focales designarán a su personal como puntos focales para trabajar en conjunto con la OID para brindar información sobre inversiones, resolver dudas y buscar soluciones para los inversores, en su área de competencia¹⁹⁷.

El Artículo 19 del ACFI con Chile, establece qué órgano estatal ejercerá el rol de *Ombudsman*, en cada uno de los Estados parte:

“Cada Parte designará un único Punto Focal Nacional, que tendrá como principal responsabilidad el apoyo a los inversionistas de la otra Parte en su territorio.

En la República Federativa del Brasil, el Punto Focal Nacional, también llamado Ombudsman, estará en la Cámara de Comercio Exterior (CAMEX), que es un Consejo de Gobierno de la Presidencia de la República Federativa del Brasil, de naturaleza

¹⁹⁴ Morosini, Fabio; Ratton Sanchez Badin, Michelle. *El Acuerdo brasilero de Cooperación y de Facilitación de las Inversiones (ACFI): ¿Una nueva fórmula para los acuerdos internacionales de inversión?*. International Institute for Sustainable Development (IISD) (2015).

¹⁹⁵ En la República de Colombia, el Punto Focal Nacional estará en el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; en México, se designa como “Ombudsman” a la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras; en Mozambique, se designa como Punto Focal al Consejo de Inversiones.

¹⁹⁶ Corresponde a la Secretaría Ejecutiva de la CAMEX desempeñar las funciones de Punto Focal Nacional - Defensor del Pueblo - Ombudsman para Inversiones Directas, de conformidad con el artículo 5, párrafo 10, inciso XIII, del Decreto N° 4.732, de 2003.

¹⁹⁷ Presentación Secretaría Ejecutiva de CAMEX. Disponible en: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-externior/pt-br/assuntos/noticias/mdic/secretaria-executiva-da-camex-apresenta-as-entregas-de-2018-relacionadas-ao-tema-investimento>

interministerial. En la República de Chile, el Punto Focal Nacional estará en la Agencia de Promoción de la Inversión Extranjera”.

Por otro lado, el PF tiene a su cargo las siguientes tareas, entre sus responsabilidades primarias:

- a) procurar atender las recomendaciones del Comité Conjunto e interactuar con el Punto Focal Nacional de la otra Parte;
- b) gestionar las consultas de la otra Parte o de los inversionistas de la otra Parte, con las entidades competentes e informar a los interesados sobre los resultados de sus gestiones;
- c) evaluar, en diálogo con las autoridades gubernamentales competentes, sugerencias y reclamaciones recibidas de la otra Parte o de inversionistas de la otra Parte y recomendar, cuando sea procedente, acciones para mejorar el ambiente de inversiones;
- d) procurar prevenir diferencias en materia de inversión en colaboración con las autoridades gubernamentales y las entidades privadas competentes;
- e) proporcionar información oportuna y útil sobre temas de regulación de la inversión, en general, o en proyectos específicos, cuando se le solicite; e
- f) informar al Comité Conjunto sus actividades y acciones, cuando sea procedente.

b) El Comité Conjunto

En cuanto al Comité Conjunto o Mixto (CC), está integrado por representantes gubernamentales de ambas Partes – órgano intergubernamental- y, sus atribuciones incluyen, en particular, monitorear la implementación del Acuerdo, compartir oportunidades de inversión, coordinar agendas temáticas comunes y, sobre todo, gestionar la acción conjunta para la prevención de controversias y la resolución amistosa de cualquier disputa que involucre inversiones bilaterales¹⁹⁸.

Como fue antes referido, el CC tiene a su cargo la gestión del Acuerdo y, a tales fines, deberá reunirse al menos una vez al año (en las ocasiones, lugares y a través de los

¹⁹⁸ Presentación General del Modelo Brasileño de Acuerdos de Inversión. Ministerio de Relaciones Exteriores. Publicado 29/09/2016. Disponible en: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/arquivos/Presentacion-General-ACFI-ES.pdf>
<https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/negociacoes-internacionais-de-investimentos/nii-acfi>

medios que las Partes acuerden), alternando la presidencia de cada reunión entre las Partes. En tal sentido, la figura del CC, adquiere especial preponderancia en cuanto canal de intercambio de información entre las Partes, en relación a las oportunidades de negocios y los procedimientos y requisitos para la inversión¹⁹⁹.

Asimismo, en el propósito de administrar el Acuerdo, el CC debe desarrollar una Agenda para la Cooperación y Facilitación de Inversiones en temas relevantes para la promoción de la inversión bilateral²⁰⁰. Consecuentemente, debe establecer un cronograma de actividades que permitan avanzar en la cooperación y facilitación de inversiones entre ambos Estados partes. Cuyos instrumentos resultantes podrían anexarse al Acuerdo como Protocolos adicionales específicos.

Específicamente, conforme al Artículo 18 del ACFI con Chile, el Comité Conjunto tendrá las siguientes funciones y responsabilidades:

- “a) supervisar la administración e implementación de este Acuerdo;*
- b) compartir y discutir oportunidades de inversión en los territorios de las Partes;*
- c) coordinar la implementación de una Agenda para Cooperación y Facilitación de Inversiones;*
- d) invitar al sector privado y la sociedad civil, cuando sea procedente, para que presenten sus puntos de vista sobre cuestiones específicas relacionadas con los trabajos del Comité Conjunto; e*
- e) intentar resolver las cuestiones o controversias relativas a inversiones de manera amistosa, de conformidad a los procedimientos establecidos en el Artículo 24 (Consultas y negociaciones directas para la prevención de controversias)”.*

En referencia al punto *d)*, el acuerdo con Angola se destaca, ya que permite expresamente que, el Comité Conjunto invite además a organizaciones no gubernamentales (ONGs) a que realicen presentaciones sobre asuntos determinados

²⁰¹.

¹⁹⁹ Artículo 20. Op. Cit. 170.

²⁰⁰ Artículo 26. Ibid.

²⁰¹ Brauch, Martin Dietrich. *Los Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFIs) entre Brasil y Mozambique y entre Brasil y Angola: una descripción general*. Investment Treaty News, ISSN 2519-8831. Mayo de 2015 (versión en español). Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible. Disponible en:

3. Derecho aplicable

En cuanto a los ACFIs, la naturaleza jurídica de las operaciones comprendidas en ellos, también es abarcativa de una diversidad normativa. Particularmente, estos contienen disposiciones relativas al intercambio de información entre las Partes²⁰², referente a los marcos legales que puedan afectar a la inversión; procedimientos aduaneros y regímenes fiscales; la legislación social y laboral; la legislación migratoria; la legislación cambiaria, entre otros.

Asimismo, vemos que los ACFIs coinciden, en cuanto a que serán admitidas las inversiones de aquellos inversores de la otra Parte, que sean realizadas de conformidad con su ordenamiento jurídico interno²⁰³. Es que decir, que resultará de aplicación el marco jurídico que regula inversión en su territorio (Estado receptor).

Nótese que el ACFI con Angola efectúa una remisión expresa y directa a la aplicación del derecho interno de las Partes, en cuanto a los efectos de lo se entenderá por *inversión* e *inversor* y demás conceptos relativos al acuerdo. Esta remisión queda establecida mediante su Artículo 3:

“Para los efectos de este Acuerdo, las definiciones de inversión, inversionista y demás definiciones inherentes a esta materia se regularán por los respectivos ordenamientos jurídicos de las Partes”²⁰⁴.

Por otro lado, en relación a las controversias que se susciten entre las Partes y, llegada la instancia de arbitraje entre Estados, las reglas de derecho aplicables al procedimiento arbitral serán las establecidas en el mismo Acuerdo y aquellas normas que las Partes mismas acuerden²⁰⁵.

4. Normas de procedimiento

https://www.iisd.org/itn/es/2015/05/21/the-brazil-mozambique-and-brazil-angola-cooperation-and-investment-facilitation-agreements-cifas-a-descriptive-overview/#_edn6

²⁰² Artículo 18. Op. Cit. 188

²⁰³ Artículo 4. Op. Cit. 170.

²⁰⁴ Artículo 3. Op. Cit. 171.

²⁰⁵ Artículo 5 ACFI Chile.

Corresponde mencionarse que las reglas del procedimiento de arbitraje se dejan establecidas en cada uno de los ACFIs y, además será determinado por el propio tribunal arbitral. Tal es así que, por ejemplo, el acuerdo con Chile posee un Anexo titulado “Arbitraje entre las Partes” (conforme lo normado por su Artículo 25). Nótese, por ejemplo, que el acuerdo con Colombia aplica subsidiariamente el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

La decisión del tribunal será por mayoría de votos y deberá emitirse dentro de los seis meses posteriores a su establecimiento. En cuanto al objeto del arbitraje, los acuerdos con Perú, Colombia y Chile prevén algunas cuestiones que estarían fuera de su ámbito de aplicación, como las relacionadas con Responsabilidad Social Empresarial, Medidas de Inversión y Lucha contra la Corrupción, y Disposiciones sobre Inversión y Salud, Medio Ambiente, Asuntos Laborales y Seguridad. Estos acuerdos también prevén un plazo de prescripción de 5 años para el conocimiento o cuando deban conocerse los hechos que dieron lugar a la controversia para que pueda ser instituida ²⁰⁶.

Cada Parte establecerá reglas y plazos para la ejecución de las funciones y responsabilidades del Punto Focal Nacional, los que serán comunicados a la otra Parte.

5. Decisión final

Conforme fue descrito previamente en el desarrollo del procedimiento institucional de prevención y solución de controversias, en caso de fracasar tal instancia, queda abierta la posibilidad de acudir al arbitraje entre Estados.

En el caso de los ACFIs con Angola, Mozambique y Malawi, solo existe una cláusula de arbitraje estándar, sin mayores detalles sobre cómo se llevaría a cabo el procedimiento arbitral, dejando a cargo del Comité Conjunto el desarrollo de los mecanismos de arbitraje entre Estados ²⁰⁷.

²⁰⁶ Morosini, Fabio Costa, Vivian Daniele Rocha Gabriel, and Anastacia Costa. *Solução De Controvérsias Em Acordos De Investimento: As Experiências Do CPTPP, CETA E Dos ACFIs*. *Revista De Direito Internacional* 17, no. 1 (2020): Revista De Direito Internacional, 2020-07-03, Vol.17 (1). Página 306. Disponible en: <https://heinonline-org.eza.udesa.edu.ar/HOL/Page?handle=hein.journals/brazintl17&id=1&size=2&collection=journals&index=journals/brazintl>

²⁰⁷ Morosini, Fabio Costa, Vivian Daniele Rocha Gabriel, and Anastacia Costa. *Solução De Controvérsias Em Acordos De Investimento: As Experiências Do CPTPP, CETA E Dos ACFIs*. *Revista De Direito Internacional* 17, no. 1 (2020): Revista De Direito Internacional, 2020-07-03, Vol.17 (1). Página 305.

El Artículo 23²⁰⁸ del ACFI con Colombia habilita el sometimiento de la disputa a un Tribunal de Arbitraje *ad hoc* (de igual modo se establece en el Artículo 19 del ACFI con México). Adviértase que esta misma norma, en su inciso 3, expresamente excluye de su ámbito de aplicación material a aquellas controversias relativas a: a) responsabilidad social corporativa; b) medidas sobre inversión y lucha contra la corrupción y la ilegalidad; c) disposiciones sobre inversión y ambiente, asuntos laborales, salud y seguridad (igual cláusula se encuentra prevista en el acuerdo con Chile). Ambos acuerdos también establecen un plazo de prescripción, excluyendo de su ámbito de aplicación, a aquellas controversias respecto de las cuales hayan transcurrido más de cinco años a partir de la fecha en la cual la Parte tuvo conocimiento o debió haber tenido conocimiento de los hechos que dieron lugar a la misma (Artículo 23, inciso 5 del ACFI con Colombia y; Artículo 2, inciso 3 del ACFI con México)²⁰⁹.

En cuanto al Tribunal *ad hoc*, siguiendo lo dispuesto por igual norma, estará compuesto por tres árbitros, designados por cada una de las Partes, los cuales designarán a un nacional de un tercer Estado con el que ambas partes mantengan relaciones diplomáticas, quién una vez aprobado por ambas, revestirá el carácter de Presidente del Tribunal (Artículo 23, inciso 6 del ACFI con Colombia)²¹⁰.

El Tribunal deberá dictar su decisión o laudo dentro de los seis meses siguientes a la designación del Presidente – a menos que se acuerde de otra manera. En consonancia con ello, el Artículo 7, inciso 1 del Anexo I del ACFI con Chile – Laudo-, establece que el plazo podrá ser prorrogado por un máximo de treinta días, previa notificación a las Partes. Asimismo, el laudo se adoptará por mayoría, debiendo ser fundamentado y suscrito por todos los miembros del Tribunal.

Por otro lado, la norma citada, en su inciso 4 determina que:

*“El laudo será definitivo, inapelable y obligatorio para las Partes, las que deben de cumplirla sin demora”*²¹¹.

No obstante tal carácter, el laudo es susceptible de un pedido de aclaración e interpretación, en los términos del Artículo 8 de igual Anexo referido. La solicitud puede ser efectuada por cualquiera de las Partes, dentro de los quince días siguientes a la

²⁰⁸ Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa de Brasil y la República de Colombia. Registro Ministério das Relações Exteriores. Disponible en: https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/arquivos/ACFI-Colombia-texto-assinado-espanhol-a_002a_.pdf

²⁰⁹ Ibid. Artículo 23.

²¹⁰ Ibid. Artículo 23.

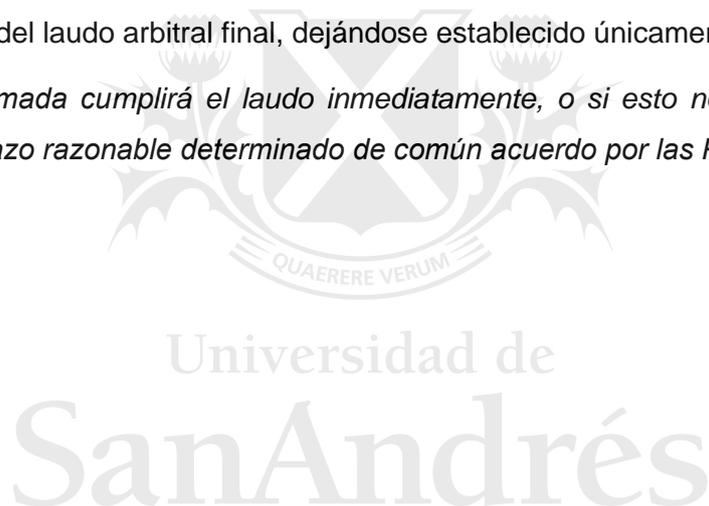
²¹¹ Artículo 7, inciso 4, Anexo I. ACFI Chile.

notificación del laudo. A su turno, dentro de igual término (15 días siguientes a la solicitud), el tribunal arbitral debe pronunciarse mediante el dictado del laudo final. Dicho pedido de aclaratoria puede revestir efecto suspensivo del laudo, siempre que el tribunal considere que las circunstancias así lo exigen (Ver Gráfico N° 10 en Anexo).

Por último, en cuanto al reconocimiento y ejecución del laudo, los acuerdos determinan específicamente la remisión a la normativa del Estado dónde pretende llevarse a cabo tal o cual procedimiento respectivamente, al disponer que se: *“efectuará como si se tratase de una sentencia judicial ejecutoriada de conformidad con lo establecido en la legislación procesal del Estado donde se pretenda tal reconocimiento y ejecución”*²¹².

En este sentido, los ACFIs cuentan con similar procedimiento al establecido en los TBIs, al remitir a la legislación local del Estado donde se intenta dar curso al reconocimiento o la ejecución. Asimismo, se reafirma el carácter de vinculante y obligatorio del mismo, pero no se efectúan aclaraciones respecto de las consecuencias jurídicas ante el incumplimiento del laudo arbitral final, dejándose establecido únicamente que:

*“La Parte reclamada cumplirá el laudo inmediatamente, o si esto no es practicable, dentro de un plazo razonable determinado de común acuerdo por las Partes”*²¹³.



²¹² Ibid. 32. Artículo 23.

²¹³ Artículo 9, Anexo I. Op. Cit. 170.

C. Conclusiones preliminares de la Segunda Parte

Conforme la exploración efectuada a lo largo de esta segunda parte del trabajo de investigación, se verifican ciertas similitudes, pero mayormente diferencias entre los ACFIs brasileños y los TBIs argentinos analizados, en la primera Sección.

En lo que a esta sección respecta, puede identificarse que la versión brasileña de los acuerdos internacionales de inversión se destaca por su gran singularidad, en cuanto todo el sistema de regulación de inversiones descansa sobre el aparato estatal. De tal modo, se presenta como una alternativa totalmente innovadora (inspirada en el modelo surcoreano), en referencia al modelo tradicional de tratados de inversión que buscan soporte en un organismo externo e internacional.

Los principales argumentos que sostienen esta elección de modelo radican en los problemas de constitucionalidad que apareja el sistema de TBI, a través del CIADI. A la vez que, se realizaron objeciones en relación a la composición del Consejo Administrativo del Centro, dada su vinculación directa con las autoridades centrales del Banco Mundial. Además, se fundamentó en la suficiencia y consistencia del sistema brasileño (tanto judicial, de gobierno, como diplomático), en la resolución de conflictos y planteos por parte de extranjeros.

En consonancia con el diseño del modelo brasileño, se verifica la presencia tres elementos nucleares que lo estructuran y sostienen.

En primer lugar, uno de los rasgos distintivos de estos acuerdos, está representado por la implementación de mecanismos de mitigación y luego, prevención de disputas, a través de canales institucionales que posibilitan las consultas bilaterales y el intercambio de información entre las partes y, la instrumentación de agendas temáticas que vinculan constantemente al gobierno con el inversor, para la cooperación y facilitación de inversiones en temas relevantes para la promoción de inversión bilateral.

En segundo lugar, otra característica singular de los ACFIs radica en la instrumentación de un sistema de gestión estatal institucional, a través de la creación de órganos gubernamentales permanentes, que vienen a constituir los motores del régimen, encargados de gestionar las consultas del inversor y, administrar los reclamos instados por un inversor ante alguna medida estatal ejecutada (entendida como cualquier regulación, legislación o medida implementada). Estos órganos son los Puntos Focales u *Ombudsmen* y el Comité Conjunto, ampliamente descriptos en esta Sección.

En tercer lugar, por último, nos encontramos con la inexistencia de una instancia de arbitraje inversor-Estado. Es decir, no existe oportunidad por medio de la cual el Estado

brasileño – en este caso bajo estudio- sea demandado por ante un tribunal arbitral internacional a requerimiento de un nacional extranjero – inversor, en el marco de un acuerdo bilateral de inversión. Tal es así que en la letra de algunos de los ACFIs analizados, se incluye expresamente la exclusión de sometimiento ante un organismo como el CIADI, como por ejemplo el de Chile en su Artículo 3.

Consecuentemente, precluidas las instancias del PF y, luego, la del CC, únicamente se contempla la posibilidad de someter una diferencia entre las Partes, a un arbitraje Estado-Estado, de acuerdo con las estipulaciones de procedimiento vertidas en el mismo acuerdo de inversión y sus anexos.

Por otro lado, de acuerdo con el análisis pormenorizado efectuado sobre las cláusulas de los acuerdos de inversión brasileños, se detecta la inclusión especial de la noción de autonomía estatal legislativa para regular en materia de políticas públicas, por parte de los Estados contratantes. Es decir, que se reafirma la capacidad regulatoria de las partes en el texto preambular de los tratados. Con el mismo tenor, del texto se desprende la limitación de los estándares de protección a favor de inversores, a través de algunas limitaciones de tiempo y con la posibilidad de reservas por parte de las contratantes.

En base a los elementos esenciales de los ACFIs descriptos, cabe mencionarse que la creación de órganos estatales como administradores y gestores del acuerdo y operatoria de inversión y, también la instancia de solución de diferencias, puede acarrear una centralización de poder en el Estado, que en consecuencia puede comprometer la imparcialidad en la toma de decisiones. Asimismo, la figura del inversor, como sujeto de derecho internacional, se ve fuertemente desdibujada en el escenario de este tipo de acuerdos.

En referencia a las consecuencias jurídicas de las decisiones e informes emitidos durante las etapas de prevención de disputas, ante el PF y CC, la letra de los ACFIs no precisa su carácter vinculante y obligatoriedad.

Finalmente, en referencia al sistema de arbitraje Estado-Estado, los ACFIs no contemplan una instancia de apelación del laudo arbitral final emitido, limitándose a mencionar que el mismo debe cumplirse sin demora.

Sección III

Conclusiones Finales

En primer lugar, de acuerdo con el análisis de la letra de los TBIs en cuestión, de los casos CIADI que enfrentó Argentina y sus laudos, puede inferirse que dichos tratados en muchas ocasiones contienen fórmulas vagas y estandarizadas tomadas de los modelos globales utilizados en los inicios del surgimiento del sistema de protección de inversiones e inversores. En tal sentido, dicha estandarización y ambigüedad en algunos términos utilizados en los TBIs dieron lugar a interpretaciones desfavorables para el Estado argentino, en tanto contradictorios y disimiles.

Respecto del sistema de arbitraje inversor-Estado, analizado el procedimiento arbitral y las normas que lo regulan en el marco de los acuerdos de inversión, puede inferirse que el mismo es susceptible de recibir modificaciones, mejoras y en algunos casos de denuncia de los tratados. En este punto, al dialogar con la literatura sobre derecho internacional en relaciones internacionales, cabe mencionarse que los Estados, a medida que aumenta su exposición a reclamos de arbitraje, es más probable que busquen mayor espacio regulatorio estatal en las reglas sustantivas, es decir, reclamar su soberanía, mediante la renegociación o terminación de sus acuerdos de inversión. Y, de acuerdo con esa lógica, los Estados están especialmente interesados en reducir la definición de inversores e inversiones y aumentar la flexibilidad de sus políticas. Lo que demuestra que existe espacio para recalibrar una variedad de disposiciones dentro de los tratados, para abordar las preocupaciones de soberanía.

Además, de acuerdo con lo referido en la Sección I de este trabajo, la Argentina no efectuó excepciones ni notificaciones respecto de las cuestiones que sometería a arbitraje. Con ello, se desprende que existe la posibilidad que el Estado circunscriba la materia arbitral a determinadas cuestiones más específicas que, le permitirían llevar un mayor control en lo que hace a la regulación de inversiones dentro de su territorio y, de ese modo, reducir las posibilidades de ser demandada ante el CIADI. En cuanto a esto último, vemos como desde la ciencia política, existen preocupaciones de que los litigios prolongados y frecuentes en el esquema de Inversor-Estado, podrían tener un efecto en las opciones de política hechas por los Estados. Incluso, se han asociado los reclamos de expropiación indirecta con la amenaza de un “enfriamiento regulatorio”.

Esto último implica el ejercicio de un derecho soberano del Estado Argentino, a modificar las condiciones por medio de las cuales se adhiere a un sistema. Como corolario de ello, y habiendo sido analizadas las críticas que motivaron el inicio de esta investigación,

puede concluirse que la celebración de los TBIs por el Estado argentino y su adhesión al mecanismo de arbitraje de inversiones del CIADI constituyen en sí mismos un acto soberano. Por lo tanto, en ejercicio de ese acto de soberanía nacional se obligó y se obliga actualmente a tales reglas dentro del sistema.

En consecuencia, tal decisión de adherir al CIADI, en ejercicio de sus facultades soberanas, representa una delegación y restricción de aquellas, en lo que respecta a la resolución de disputas entre él y un inversor extranjero. En tal sentido, su capacidad regulatoria, puede verse aminorada o ampliada, siempre que limite el alcance de aplicación de dichos acuerdos de inversión a determinados supuestos, específicamente mencionados y bajo las condiciones por él estipuladas en estos últimos instrumentos.

Ahora bien, en relación a los ACFIs, estos pueden presentarse como una alternativa superadora, con algunos condicionamientos. En primer término, se ha analizado que, al incorporar los derechos sustantivos en su letra, estos acuerdos contienen lineamientos específicos. Particularmente, puede verificarse en las cláusulas de expropiación, que son incluidas con excepciones determinadas y condiciones que hacen a su aplicación, con lo cual reducen el margen para que inversores puedan sentirse afectados y consecuentemente iniciar un reclamo al respecto. Mientras que, al abordar el trato nacional de nación más favorecida, adoptan un criterio restrictivo a su aplicación e interpretación, conforme fue descripto oportunamente.

Por otro lado, la implementación de un sistema de prevención de disputas implica una innovación al respecto, ya que pretende establecer un vínculo de diálogo constante entre el Estado y el inversor, a través de su Estado de origen. Ello representa un mayor control de la administración de las inversiones extranjeras recibidas en el propio Estado, debido a la incorporación de órganos gubernamentales (Ombudsman y Comité Conjunto) que hacen la suerte de nexo entre Estado-Inversor, con el objetivo de conciliar y prevenir disputas entre las partes. Estos son órganos gubernamentales, y como tal no está precisado en la letra de los ACFIs, cuál sería el efecto jurídico de su intervención y de las decisiones adoptadas en cada una de esas respectivas instancias, en relación a las partes del acuerdo y del inversor particularmente afectado.

Los ACFIs, además, representan la reafirmación de la postura tomada por Brasil, en contra del arbitraje internacional de inversiones entre Estado e inversor. Como fue analizado, los ACFIs incluyen un sistema de solución de controversias, a través del arbitraje Estado-Estado, determinando todo el procedimiento arbitral en los mismos instrumentos. Esta etapa es considerada como *ultima ratio*, ya que todo el mecanismo propuesto en los ACFIs tiende a desalentar dicha instancia de arbitraje, brindando

diversos niveles de consultas, negociación y reclamaciones, administrados por el PF y CC, respectivamente.

Otra cuestión a tener en cuenta radica en el propósito de la implementación de este modelo alternativo brasileño. Conforme fue tratada la evolución histórica del sistema dentro de Brasil, se ha demostrado que dicha tendencia obedece a una estrategia de política pública de Brasil, con sustento en el hecho de la diversidad de capital brasileño que invierte por fuera de su país. Por consiguiente, este modelo de ACFIs vino a garantizar más al inversor nacional de Brasil, más que a garantizar derechos a inversores extranjeros dentro de su territorio. Los flujos de inversiones, asimismo, confirman que a pesar de que Brasil no adhirió al sistema CIADI, igualmente mantuvo un ingreso constante de inversiones, con relación a la Argentina (conforme se visualiza en los Gráficos Nros. 5, 6, 11 y 12).

Dicho esto, corresponde puntualizar que la propuesta brasileña presenta una opción sumamente centralizada en el Estado. De hecho, una de las críticas más contundentes al modelo es la politización del tema (contrario al fin buscado por los TBIS y CIADI, que era despolitizar los asuntos relativos a las inversiones). Esta politización no se limita al arbitraje Estado-Estado y la ausencia de arbitraje inversor-Estado, ya que los órganos de toma de decisiones como el Punto Focal, el Comité Conjunto también dependen de la acción del Estado, con lo cual no está garantizada la independencia de actuación, en aquellos asuntos en los cuales estaría comprometida la propia responsabilidad del Estado brasileño.

Dentro de los ACFIs pierde total protagonismo el inversor, como sujeto de derecho, lo que puede observarse en dos cuestiones: en primer lugar, solo participaría en aquellas cuestiones que el Comité Conjunto considera pertinente. Y, en segundo lugar, su desdibujamiento se constata en el caso de efectuarse una compensación o indemnización por expropiación, ya que la misma se transfiere al Estado de origen del inversor, para que se la traslade a este último.

Finalmente, considerando ambos sistemas comparativamente, cabe efectuarse un cruce de los principales elementos en cada caso, que permitan identificar posibles desventajas o ventajas, que lleven a los respectivos Estados a celebrar una u otra alternativa, conforme fuera planteada la pregunta de investigación inicial. En efecto, esto puede visualizarse gráficamente en el siguiente esquema:

Componente	TBI	ACFI
-------------------	------------	-------------

Preámbulo	<p>No incluye referencias a cuestiones de autonomía legislativa de los Estados Partes.</p> <p>Tampoco hace alusión a cuestiones de desarrollo sostenible.</p>	<p>Disposición sobre autonomía estatal legislativa para regular en materia de políticas públicas.</p> <p>Reconocimiento del rol de la inversión en la promoción del desarrollo sostenible, la reducción de la pobreza y el desarrollo humano.</p>
Inversor	<p>Utiliza un sentido amplio del concepto de inversor.</p> <p>Constitución en el territorio de una de las partes, de conformidad con su legislación.</p> <p>Personas jurídicas controlantes-controladas (TBI con Francia).</p>	<p>Propone remisión al derecho interno de las partes (ACFI con Angola).</p> <p>Constitución bajo la ley aplicable en el territorio en que se establezca.</p> <p>Sede y centro de actividades en el territorio de esa Parte.</p>
Inversión	<p>Utiliza un sentido amplio del concepto de inversión.</p> <p>Se incluyen derechos de propiedad intelectual, títulos de crédito, acciones, etc. (TBI con Estados Unidos).</p> <p>Aplicación del "Test de Salini".</p>	<p>Propone remisión al derecho interno de las partes (ACFI con Angola).</p> <p>Se excluye expresamente operaciones de deuda pública e inversiones de cartera (ACFI con Chile).</p>
Trato Nacional	<p>Sin limitaciones de aplicabilidad de la cláusula en relación al establecimiento de la inversión extranjera.</p> <p>Posibilidad de reserva respecto de su aplicación a sectores como transporte aéreo, energía, seguros, etc. (TBI con Estados Unidos).</p>	<p>Incluye salvedad, respecto de la compensación de la desventaja competitiva intrínseca como resultado del carácter de extranjero del inversor y su inversión.</p> <p>"Circunstancias similares" entre inversores nacionales y extranjeros (interpretación).</p> <p>Posibilidad de modificar reglas y requisitos a inversores (ACFI con México).</p>

Nación Más Favorecida	<p>Extensión de su aplicabilidad a condiciones previas a la entrada de la inversión.</p> <p>Extensión de la cláusula a disposiciones relativas a la solución de controversias en tratados con terceros Estados.</p>	<p>Límites en relación a la política exterior brasileña futura (ACFI con México).</p> <p>Imposibilidad de invocar la cláusula en relación a mecanismos de solución de controversias y estándares de trato, respecto de otros Acuerdos (ACFI con Chile).</p>
Expropiación	<p>Contempla los supuestos de expropiación directa y de expropiación indirecta (TBI con Francia).</p> <p>Contempla la posibilidad de nacionalización o medidas que tenga un efecto similar a la desposesión, como una causal.</p>	<p>No se diferencia entre expropiación directa e indirecta (ACFI con Angola y Mozambique).</p> <p>Se prevé expresamente solo la expropiación directa y sus consecuencias.</p> <p>Además, se excluye de su aplicación en relación a licencias otorgadas por derechos de propiedad intelectual (ACFI con Chile).</p>
Mitigación de controversias	<p>No contempla un mecanismo institucional de mitigación de disputas.</p>	<p>Se prevé un procedimiento para la prevención y mitigación de disputas relativas a las inversiones y con los inversores.</p>
Negociación Previa	<p>No excluyente.</p>	<p>Obligatoria excluyente.</p>
Informe de negociaciones	<p>No vinculante.</p>	<p>No especifica si resulta vinculante o no, llegado a la instancia de un arbitraje.</p>
Resolución de controversias	<p>Bajo el esquema Inversor-Estado.</p>	<p>Bajo el esquema Estado-Estado.</p>
Gobernanza Institucional del Tratado	<p>No contempla un órgano a los efectos del tratado.</p>	<p>Sí, a través del Comité Conjunto.</p>

Asistencia a inversores (previa y durante)	No contempla tratativas previas, ni negociaciones institucionalizadas en el propio tratado.	Sí, a través del Punto Focal.
---	---	-------------------------------

Expuesto el presente esquema, elaborado a través del análisis jurídico desde el derecho internacional de los textos de los acuerdos de inversión bajo estudio, merece mencionarse que existen factores jurídicos, económicos y políticos que inciden en la afluencia de inversiones. En tal sentido, la seguridad jurídica, las condiciones de mercado, la calidad institucional y los niveles de riesgo político afectan el flujo de IED. Por lo tanto, deben ser considerados de manera conjunta y no como variables autónomas independientes, al momento de intentar responder por el motivo de que un Estado elija un acuerdo y el otro uno diferente (Argentina - Brasil).

Ahora bien, sobre la base de lo hasta acá descripto, puede mencionarse a modo de postulado que el modelo de resolución de controversias en el marco del régimen internacional de inversiones lo impone quien ocupa el rol del inversor o, mejor dicho, de emisor de inversiones.

Ello puede verificarse a través de determinar quién es la contraparte de cada uno de los Estados (Argentina - Brasil), en relación a la IED. Tal es así que, en el caso de Argentina, de acuerdo con el análisis efectuado sobre cada uno de los TBI en el período circunscripto, la contraparte se constituye en emisores de inversión. Del otro lado, al estudiar los ACFI celebrados por Brasil, se constata que sus contrapartes en la generalidad se corresponden con receptoras o tomadores de su inversión, a través de sus empresas.

En esta línea de razonamiento, puede inferirse que Brasil, por cubrir sus inversiones extranjeras celebró el modelo propuesto por los ACFI, que puede verificarse en la salida de inversión extranjera directa que tiene fuera de su territorio en el exterior. La cual, conforme se visualiza en el gráfico (Ver Gráfico N° 12 en Anexo), ha ido creciendo desde la década de 1990 al 2020, según los datos que proporciona el Banco Mundial a valores corrientes, con variaciones (picos) a partir de la crisis del 2009. No obstante, puede observarse en la performance de 1990 al 2001 de un crecimiento sostenido, que también se corresponde con los parámetros a nivel mundial, de acuerdo con lo reportado por la CEPAL (Ver Gráfico N° 11 en Anexo).

Todas estas consideraciones pueden llevar a la conclusión de que ninguno de los sistemas analizados es perfecto, ambos presentan falencias, habiéndose detallado sus debilidades y virtudes en cada caso. Consiguientemente, dentro del escenario planteado, una alternativa podría constituir la posibilidad de revisión de aquellos TBIs celebrados por la Argentina, a la luz del modelo brasileño analizado, tomando aquellos elementos que conlleven a mejorar las condiciones y los términos mediante los cuales el Estado argentino actualmente se obliga. Es lo que puede verse reflejado en la generación de los TBI correspondiente a Qatar, Japón y Emiratos Árabes, en la cual se aprecia la incorporación de nuevas cláusulas como la del derecho a regular por los Estados Partes, como así también la incorporación de la noción de la responsabilidad social empresarial en la ejecución de las inversiones.

Al mismo tiempo, corresponde no perder de vista la posición de Brasil en la región, quien impuso un modelo de ACFI precisamente a nivel Mercosur, a través de la implementación del Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-MERCOSUR. Lo cual permite inferir otra vez, el impulso de un modelo de acuerdo a su papel frente a la inversión extranjera directa.

Para concluir, finalmente, el presente trabajo podría representar el punto de partida para investigaciones futuras, a partir del establecimiento de una hipótesis direccional, mediante la cual se analice la medida y dimensión del espacio regulatorio estatal frente a la presencia de uno u otro modelo de inversión, en determinado sector que se encuentre manejado por inversores extranjeros, en cada uno de estos países acá analizados.

Anexo

Gráfico N° 1 – Tabla de ingreso de inversión extranjera directa a países en desarrollo (economías receptoras) (1980-1989).

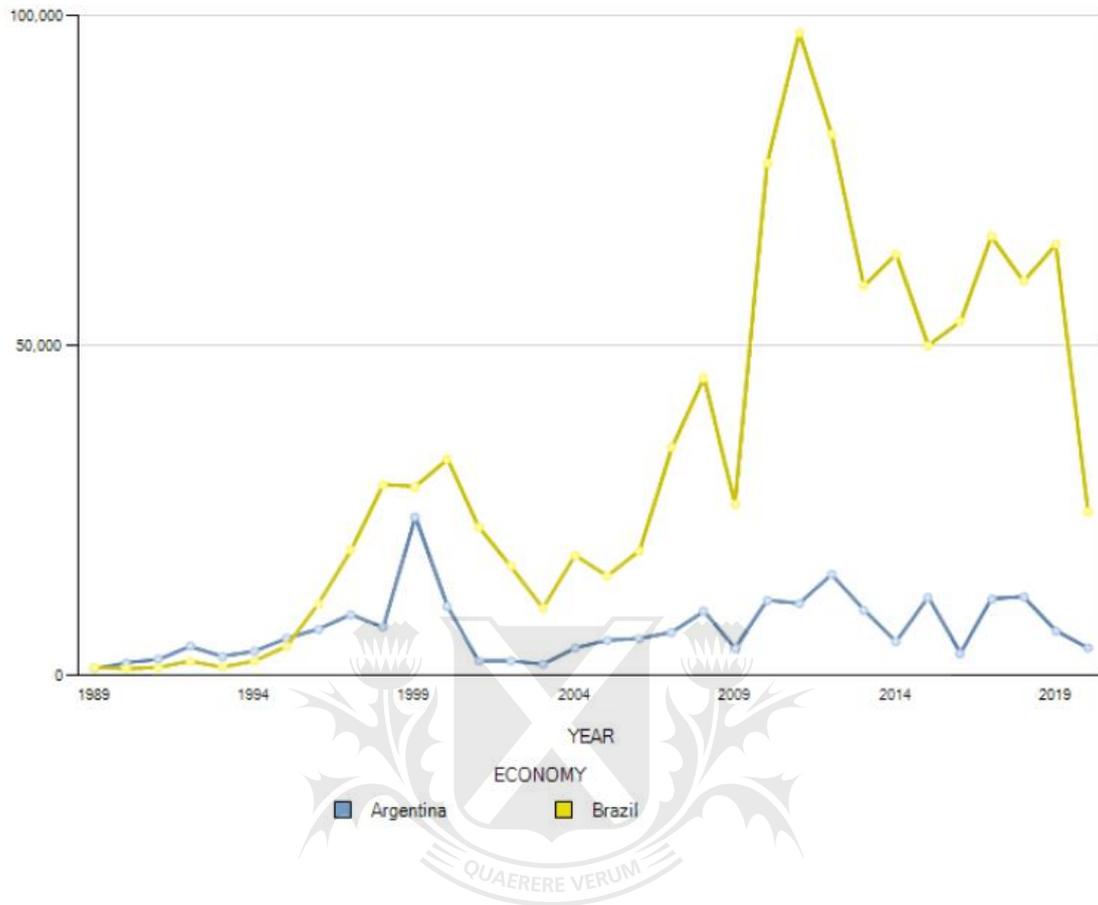
Table 4. Inflows of foreign direct investment to developing regions, by region, 1980-1984, 1985-1989 and 1988-1989						
<i>Host region and economy</i>	<i>Annual average inflows (Billions of dollars)</i>			<i>Shares (Percentage)</i>		
	<i>1980-1984</i>	<i>1985-1989</i>	<i>1988-1989</i>	<i>1980-1984</i>	<i>1985-1989</i>	<i>1988-1989</i>
All countries	49.70	119.00	173.00	100.0	100.0	100.0
<i>Developing countries</i>	12.50	22.20	29.20	25.2	18.6	16.9
Africa	1.20	2.60	3.20	2.4	2.2	1.9
Latin America and the Caribbean	6.10	8.30	10.00	12.3	7.0	5.8
East, South and South-East Asia	4.70	10.70	15.20	9.4	9.0	8.8
Oceania	0.13	0.14	0.20	0.3	0.1	0.1
West Asia	0.37	0.40	0.54	0.8	0.3	0.3
Other ^{a/}	0.04	0.03	0.05	0.1	0.0	0.0
<i>Ten largest host economies</i>	9.01	14.31	19.26	18.1	12.0	11.1
Argentina	0.44	0.73	1.09	0.9	0.6	0.6
Brazil	2.10	1.59	2.53	4.2	1.3	1.5
China	0.53	2.49	3.29	1.1	2.1	1.9
Colombia	0.40	0.56	0.39	0.8	0.5	0.2
Egypt	0.56	1.23	1.40	1.1	1.0	0.8
Hong Kong	0.68	1.65	2.04	1.4	1.4	1.2
Malaysia	1.13	0.83	1.28	2.3	0.7	0.7
Mexico	1.50	2.02	2.42	3.0	1.7	1.4
Singapore	1.39	2.50	3.29	2.8	2.1	2.0
Thailand	0.29	0.72	1.40	0.6	0.6	0.8
<i>Least developed countries</i>	0.19	0.15	0.17	0.4	0.1	0.1

Source: UNCTC estimates, based on International Monetary Fund balance-of-payments tape, retrieved on 10 January 1991; OECD estimates; and UNCTC, *World Investment Directory* (New York, UNCTC, 1991).

^{a/} Includes Malta and Yugoslavia.

Fuente: *World Investment Report 1991 – The Triad in foreign direct investment*. United Nations Centre on Transnational Corporations. ST/CTC/118 (1991).

Gráfico N° 2 – Flujo de inversión extranjera directa, Argentina y Brasil (1989-2020)



Fuente: *United Nations Conference on Trade and Development. UNCTADStat.*

Universidad de
San Andrés

Gráfico N° 3 – Listado de Tratados Bilaterales de Inversión firmados por la República Argentina (55), por orden alfabético (1990-2001).

Parte	Fecha de firma	Fecha de entrada en vigor	Refiere a CIADI
Algeria	Oct 04, 2000	Jan 28, 2002	Yes
Armenia	Apr 16, 1993	Dec 20, 1994	Yes
Australia	Aug 23, 1995	Jan 11, 1997	Yes
Austria	Aug 07, 1992	Jan 01, 1995	Yes
Belgium-Luxembourg	Jun 28, 1990	May 20, 1994	Yes
Bolivia	Mar 17, 1994	May 01, 1995	Yes
Bulgaria	Sep 21, 1993	Mar 11, 1997	Yes
Canada	Nov 05, 1991	Apr 29, 1993	Yes
Chile	Aug 02, 1991	Jan 01, 1995	Yes
China	Nov 05, 1992	Aug 01, 1994	Yes
Costa Rica	May 21, 1997	May 01, 2001	Yes
Croatia	Dec 02, 1994	Jun 01, 1996	Yes
Czech Republic	Sep 27, 1996	Jul 23, 1998	Yes
Denmark	Nov 06, 1992	Feb 02, 1995	Yes
Dominican Republic	Mar 16, 2001	Signed (not in force)	Yes
Ecuador	Feb 18, 1994	Dec 01, 1995	Yes
Egypt, Arab Republic of	May 11, 1992	Dec 03, 1993	Yes
El Salvador	May 09, 1996	Jan 08, 1999	Yes
Finland	Nov 05, 1993	May 03, 1996	Yes
France	Jul 03, 1991	Mar 03, 1993	Yes
Germany	Apr 09, 1991	Nov 08, 1993	Yes
Greece	Oct 26, 1999	Signed (not in force)	Yes
Guatemala	Apr 21, 1998	Dec 07, 2002	Yes
Hungary	Feb 05, 1993	Oct 01, 1997	Yes
India	Aug 20, 1999	Aug 12, 2002	Yes
Indonesia	Nov 07, 1995	Mar 01, 2001	Yes
Israel	Jul 23, 1995	Apr 10, 1997	Yes
Italy	May 22, 1990	Oct 14, 1993	Yes
Jamaica	Feb 08, 1994	Dec 01, 1995	Yes
Korea, Republic of	May 17, 1994	Sep 24, 1996	Yes
Lithuania	Mar 14, 1996	Sep 01, 1998	Yes
Malaysia	Sep 06, 1994	Mar 20, 1996	Yes
Mexico	Nov 13, 1996	Jul 22, 1998	Yes
Morocco	Jun 13, 1996	Feb 18, 2000	Yes
Netherlands	Oct 20, 1992	Oct 01, 1994	Yes
New Zealand	Aug 27, 1999	Signed (not in force)	Yes
Nicaragua	Aug 10, 1998	Feb 01, 2001	Yes
Panama	May 10, 1996	Jun 22, 1998	Yes
Peru	Nov 10, 1994	Oct 24, 1996	Yes

Philippines	Sep 20, 1999	Jan 01, 2002	Yes
Poland	Jul 31, 1991	Sep 01, 1992	Yes
Portugal	Oct 06, 1994	May 03, 1996	Yes
Romania	Jul 29, 1993	May 01, 1995	Yes
Senegal	Apr 06, 1993	Feb 01, 2010	Yes
South Africa	Jul 23, 1998	Jan 01, 2001	Yes
Spain	Oct 03, 1991	Sep 28, 1992	-
Sweden	Nov 22, 1991	Sep 28, 1992	Yes
Switzerland	Apr 12, 1991	Nov 06, 1992	Yes
Thailand	Feb 18, 2000	Mar 07, 2002	Yes
Tunisia	Jun 17, 1992	Jan 19, 1995	Yes
Turkey	May 08, 1992	May 01, 1995	Yes
Ukraine	Aug 09, 1995	May 06, 1997	Yes
United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland	Dec 11, 1990	Feb 19, 1993	Yes
United States of America	Nov 14, 1991	Oct 20, 1994	Yes
Venezuela, República Bolivariana de	Nov 16, 1993	Jul 01, 1995	Yes

Fuente: Elaborado sobre la información disponible en la *Base de datos de Tratados Bilaterales de Inversión* del CIADI e *Investment Policy Hub* – UNCTAD.

Gráfico N° 4 – Listado de casos en contra de la República Argentina – por aplicación del Convenio del CIADI y Reglas, en orden según fecha de registración del caso (1997 - 2020).

Caso N°	Solicitante	Estado
ARB/97/3	Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A.	Concluido
ARB/97/6	Lanco International, Inc.	Concluido
ARB/98/1	Houston Industries Energy, Inc. and others	Concluido
ARB/99/1	Mobil Argentina S.A.	Concluido
ARB/99/4	Empresa Nacional de Electricidad S.A.	Concluido
ARB/01/3	Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P.	Concluido
ARB/01/8	CMS Gas Transmission Company	Concluido
ARB/01/12	Azurix Corp.	Concluido
ARB/02/1	LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc.	Concluido
ARB/02/8	Siemens A.G.	Concluido
ARB/02/16	Sempra Energy International	Concluido
ARB/02/17	AES Corporation	Pendiente
ARB/03/2	Camuzzi International S.A.	Concluido
ARB/03/5	Metalpar S.A. and Buen Aire S.A.	Concluido
ARB/03/7	Camuzzi International S.A.	Concluido
ARB/03/9	Continental Casualty Company	Concluido
ARB/03/10	Gas Natural SDG, S.A.	Concluido
ARB/03/12	Pioneer Natural Resources Company, Pioneer Natural Resources (Argentina) S.A. and Pioneer Natural Resources (Tierra del Fuego) S.A.	Concluido
ARB/03/13	Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company	Concluido
ARB/03/15	El Paso Energy International Company	Concluido
ARB/03/17	Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A.	Concluido
ARB/03/18	Aguas Cordobesas S.A., Suez, and Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A.	Concluido
ARB/03/19	Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A.	Concluido
ARB/03/20	Telefónica S.A.	Concluido
ARB/03/21	Enersis S.A. and others	Concluido
ARB/03/22	Electricidad Argentina S.A. and EDF International S.A.	Concluido
ARB/03/23	EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A.	Concluido
ARB/03/27	Unisys Corporation	Pendiente
ARB/03/30	Azurix Corp.	Concluido
ARB/04/1	Total S.A.	Concluido
ARB/04/4	SAUR International	Concluido
ARB/04/8	BP America Production Company and others	Concluido

ARB/04/9	CIT Group Inc.	Concluido
ARB/04/14	Wintershall Aktiengesellschaft	Concluido
ARB/04/16	Mobil Exploration and Development Argentina Inc. Suc. Argentina and Mobil Argentina S.A.	Concluido
ARB/04/18	France Telecom S.A.	Concluido
ARB/04/20	RGA Reinsurance Company	Concluido
ARB/05/1	Daimler Financial Services AG	Concluido
ARB/05/2	Compañía General de Electricidad S.A. and CGE Argentina S.A.	Concluido
ARB/05/5	TSA Spectrum de Argentina, S.A.	Concluido
ARB/05/11	Asset Recovery Trust S.A.	Concluido
ARB/07/5	Abaclat and others	Concluido
ARB/07/8	Giovanni Alemanni and others	Concluido
ARB/07/17	Impregilo S.p.A.	Concluido
ARB/07/26	Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa	Concluido
ARB/07/31	HOCHTIEF Aktiengesellschaft	Concluido
ARB/08/9	Ambiente Ufficio S.p.A. and others	Concluido
ARB/08/14	Impregilo S.p.A.	Concluido
ARB/09/1	Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A.	Concluido
ARB/12/38	Repsol, S.A. and Repsol Butano, S.A.	Concluido
ARB/14/32	Casinos Austria International GmbH and Casinos Austria Aktiengesellschaft	Concluido
ARB/15/39	Webuild S.p.A. (formerly Salini Impregilo S.p.A.)	Pendiente
ARB/15/48	Abertis Infraestructuras, S.A.	Concluido
ARB/17/17	MetLife, Inc. and MetLife Servicios S.A.	Pendiente
ARB/19/11	Nationale-Nederlanden Holdinvest B.V. and others	Pendiente
ARB/19/25	Orazul International España Holdings S.L.	Pendiente

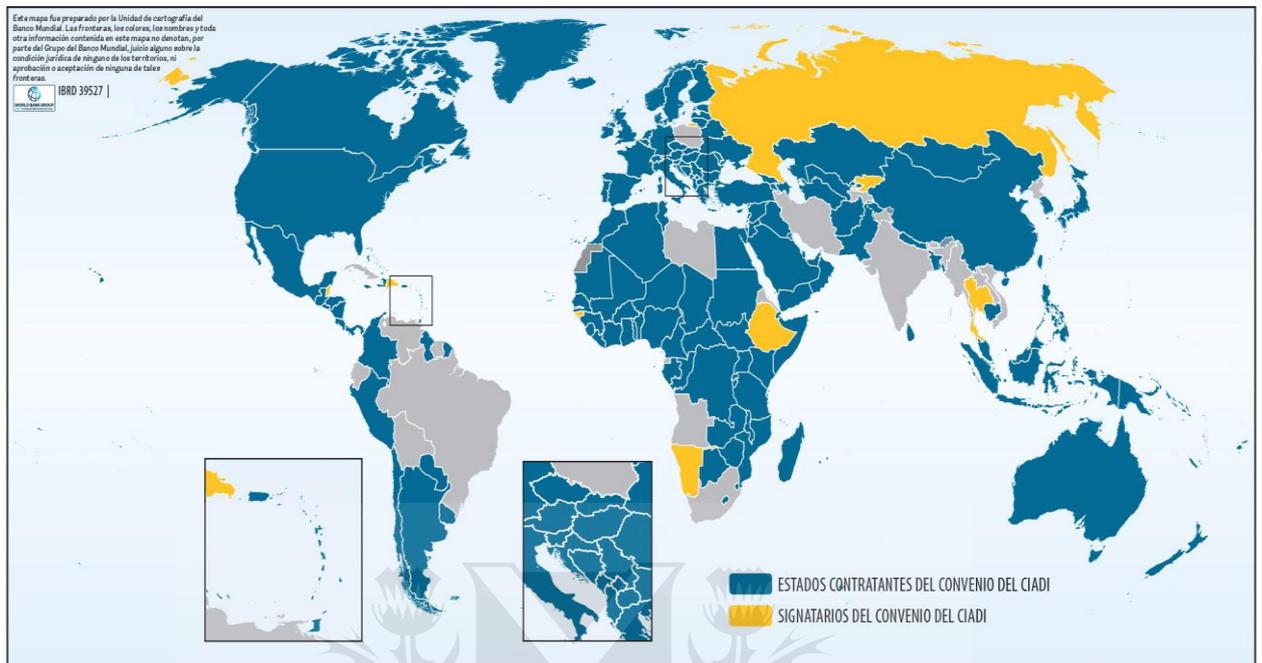
Fuente: Elaborado sobre la información disponible en la *Base de datos de Casos* del CIADI.

Gráfico N° 5 – Listado de Tratados Bilaterales firmados por Brasil (27), por orden cronológico (1994-2020).

Parte	Fecha de firma	Fecha de entrada en vigor
India BIT (2020)	25/01/2020	Signed (not in force)
Ecuador BIT (2019)	25/09/2019	Signed (not in force)
Morocco BIT (2019)	13/06/2019	Signed (not in force)
United Arab Emirates BIT (2019)	15/03/2019	Signed (not in force)
Guyana BIT (2018)	13/12/2018	Signed (not in force)
Suriname BIT (2018)	02/05/2018	Signed (not in force)
Ethiopia BIT (2018)	11/04/2018	Signed (not in force)
Chile BIT (2015)	24/11/2015	Signed (not in force)
Colombia BIT (2015)	09/10/2015	Signed (not in force)
Malawi BIT (2015)	25/06/2015	Signed (not in force)
Mexico BIT (2015)	26/05/2015	07/10/2018
Angola BIT (2015)	01/04/2015	28/07/2017
Mozambique BIT (2015)	30/03/2015	Signed (not in force)
Belgium-Luxembourg Economic Union BIT (1999)	06/01/1999	Signed (not in force)
Netherlands BIT (1998)	25/11/1998	Signed (not in force)
Cuba BIT (1997)	26/06/1997	Signed (not in force)
Germany BIT (1995)	21/09/1995	Signed (not in force)
Korea, Republic of BIT (1995)	01/09/1995	Signed (not in force)
Venezuela, Bolivarian Republic of BIT (1995)	04/07/1995	Signed (not in force)
Denmark BIT (1995)	04/05/1995	Signed (not in force)
Italy BIT (1995)	03/04/1995	Signed (not in force)
Finland BIT (1995)	28/03/1995	Signed (not in force)
France BIT (1995)	21/03/1995	Signed (not in force)
Switzerland BIT (1994)	11/11/1994	Signed (not in force)
United Kingdom BIT (1994)	19/07/1994	Signed (not in force)
Chile BIT (1994)	22/03/1994	Signed (not in force)
Portugal BIT (1994)	09/02/1994	Signed (not in force)

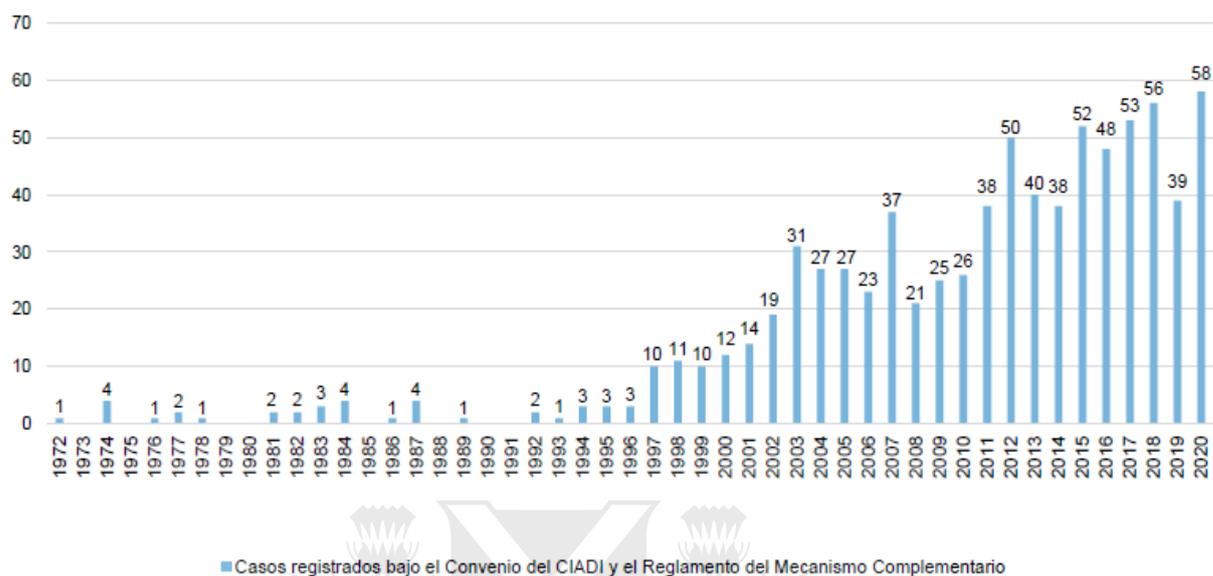
Fuente: Elaborado sobre la información disponible en la Base de datos de *Investment Policy Hub* – UNCTAD.

Gráfico N° 6 – Mapa de los Estados Contratantes y otros signatarios del Convenio del CIADI (1966 - 2020).



Fuente: *Reporte Carga de Casos del CIADI – Estadísticas – Edición 2021-1.*

Gráfico N° 7 – Casos registrados por el CIADI en virtud del Convenio del CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario (1972 - 2020). Indicación del número total de casos CIADI registrados por año calendario.



Fuente: *Reporte Carga de Casos del CIADI – Estadísticas – Edición 2021-1.*



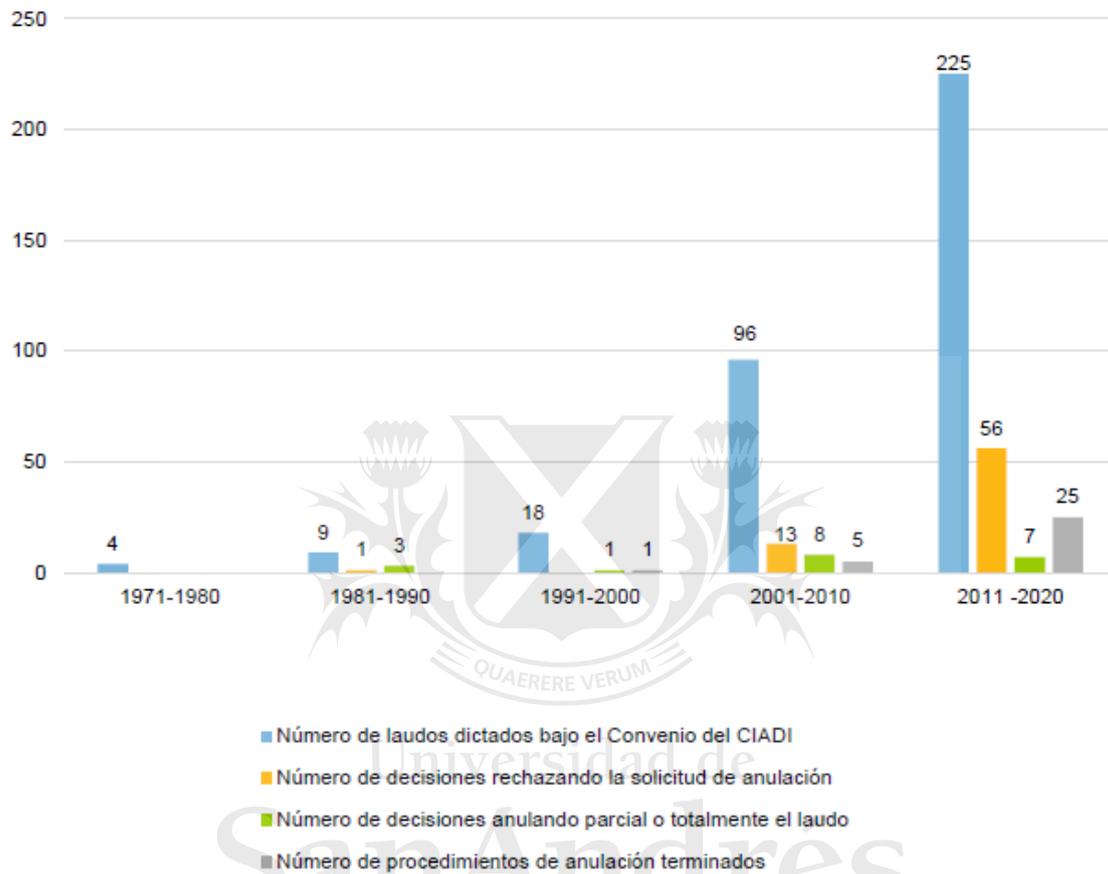
Gráfico N° 8 – Base del consentimiento invocada para establecer la jurisdicción del CIADI en los casos CIADI registrados (1972 - 2020).



Fuente: *Reporte Carga de Casos del CIADI – Estadísticas – Edición 2021-1.*

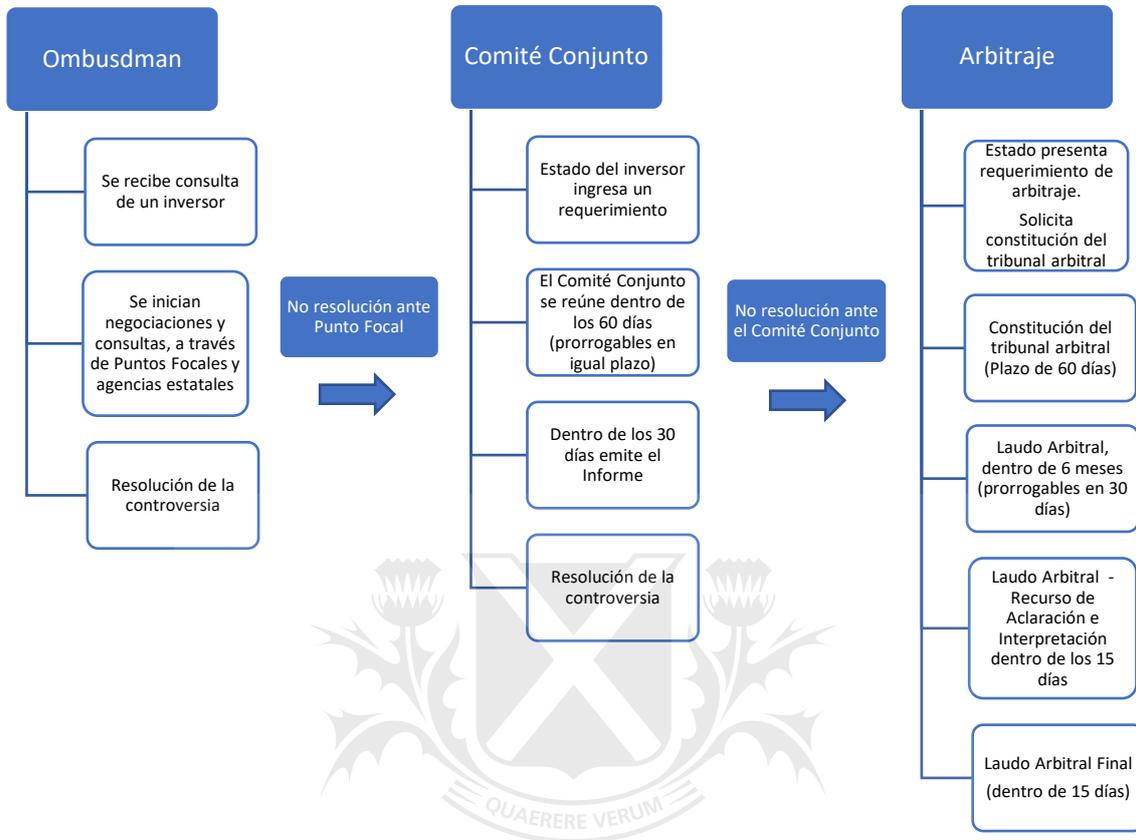


Gráfico N° 9 – Procedimientos de anulación en virtud del Convenio del CIADI – Resultados. Laudos dictados y resultados en los procedimientos de anulación en virtud del Convenio del CIADI, por década (1971 - 2020).



Fuente: *Reporte Carga de Casos del CIADI – Estadísticas – Edición 2021-1.*

Gráfico N° 10 – Procedimiento de Prevención de Disputas y Arbitraje (Estado-Estado) en los ACFIs.



Fuente: Elaboración propia, sobre la base de los ACFIs analizados.

San Andrés

Gráfico N° 11 – Entradas de Inversión Extranjera Directa a nivel mundial (1970-2016).

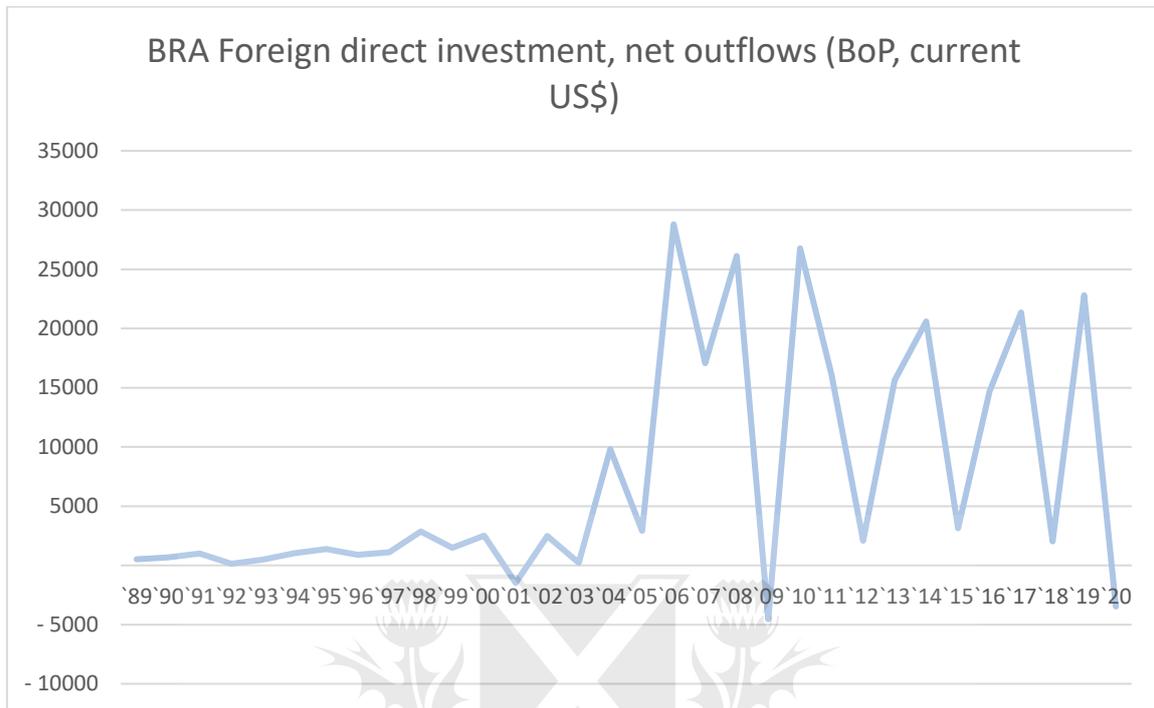


Fuente: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD).

Fuente: *United Nations Conference on Trade and Development. UNCTADStat.*

Universidad de
San Andrés

Gráfico N° 12 – Salida de Inversión Extranjera Directa de Brasil (1989-2020).



Fuente: *World Development Indicators*.

Universidad de
San Andrés

Bibliografía

Referencias

Actis, Esteban. "Brasil Frente Al Orden Internacional Liberal (2011-2013). Los Límites De La Posición Reformista a La Luz Del Régimen Internacional De Inversiones / Brazil in the Liberal International Order (2011-2013). The Limits of the Reformist Position in the Light". *Mural Internacional* 6, no. 1 (2015): Mural Internacional, 2015-09-09, Vol.6 (1).

Ales, Mercedes; Granato, Leonardo and Oddone, Carlos Nahuel. *Argentina Facing International Claims Over Foreign Investments*. Law and Business Review of the Americas 14 N° 3: 481-494. 2008. <https://www.proquest.com/scholarly-journals/argentina-facing-international-claims-over/docview/1315740948/se-2?accountid=28034>.

Álvarez Ávila, Gabriela. "Las Características del Arbitraje del CIADI". Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. II, 2002, pp. 205-229. Página 211.

Arroyo Picard, Alberto y Ghiotto, Luciana. *Brasil y la nueva generación de Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones: un análisis del Tratado con México*. Relaciones Internacionales N° 52/2017 – (39-54) ISSN 1515-3371, 2017. Página 45.

Baltag, Crina. *ICSID Convention after 50 Years: Unsettled Issues / Edited by Crina Baltag*. Alphen Aan Den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, 2017.

Bellak, Christian. *How Bilateral Investment Treaties Impact on Foreign Direct Investment: A Meta-Analysis of Public Policy*. Version for 2013 MAER Network Colloquium (2013).

Bennett, Andrew y George, Alexander. *Case Studies and Theory Development in the Social Sciences*. Cambridge, The MIT Press (2004).

Brauch, Martin Dietrich. *Los Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFIs) entre Brasil y Mozambique y entre Brasil y Angola: una descripción general*. Investment Treaty News, ISSN 2519-8831. Mayo de 2015 (versión en español). Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible. Disponible en: https://www.iisd.org/itn/es/2015/05/21/the-brazil-mozambique-and-brazil-angola-cooperation-and-investment-facilitation-agreements-cifas-a-descriptive-overview/#_edn6

Broches, A. "The Additional Facility of: the International Centre for Settlement of Investment Disputes" (ICSID), ICCA 4 Yearbook, Commercial Arbitration, Vol. IV, 1979, pp. 373-379 (1979).

Brotóns, Antonio R. *Derecho Internacional*. Antonio Remiro Brotóns ... [et Al.]. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007. Página 426-455.

Buttolph Jonhson, Janet; Reynolds, H.T y Mycoff, Jason D. *Political Science Research Methods*. Washington, D.C: CQ Press (2001).

Devashish, Krishan. *A Notion of ICSID Investment*. WEILER, Todd (Ed.), Investment Treaty Arbitration and International Law, Volumen 1, Juris Publishing, Inc., New York, 2008.

Dolzer, Rudolf., and Christoph. Schreuer. *Principles of International Investment Law / Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer*. 2nd ed. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2012. Página 99.

Draft Convention on the Protection of Foreign Property. OECD Publications N° 15637, Francia, 1962. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/inv/internationalinvestmentagreements/39286571.pdf>

Freitas da Silva, Ana Rachel. *A Evolucao da Solucao de Controversias nos ACFIs*. Brazilian Journal of International Law 16, no. 2, 2019. Página 9. Disponible en: <https://heinonline-org.eza.udesa.edu.ar/HOL/Page?handle=hein.journals/brazintl16&id=330&collection=journals&index=journals/brazintl#>

Gabriel, Vivian Daniele Rocha. *Arbitragem no direito tributário internacional e no direito internacional dos investimentos: uma manifestação do direito transnacional*. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 13, n. 3, 2016 p. 95-115. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r26728.pdf>

Goertz, G. y Mahoney, J. *A Tale of Two Cultures: Qualitative and Quantitative Research in the Social Sciences*. Princeton, Princeton University Press (2012).

González Napolitano, Álvarez, and Álvarez, Omar Alberto. *Lecciones De Derecho Internacional Público / Silvina S. González Napolitano (coordinadora); Omar Alberto Álvarez ... [et Al.]*. 1a ed. Buenos Aires: Erreius, 2015.

Guido Fs. Soares. *Orgãos das soluções extrajudiciarias de litigios*. Direito Internacional Público. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1985. Página 81.

Gutiérrez Posse, Hortensia. *Derecho Internacional Público*. Revista Jurídica de Buenos Aires, AbeledoPerrot. Buenos Aires, 2012.

Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, R. y Baptista Lucio, M. del P. *Metodología de la investigación*. México: McGraw Hill, (2014).

Herreros, Sebastián. *Facilitación de inversiones: una puerta hacia la convergencia entre la Alianza del Pacífico y el MERCOSUR*. Puentes – ICTSD Centro Internacional para el Comercio y el Desarrollo Sostenible. Volume 19, Number 3-5 June 2018. Ginebra, Suiza (2018).

History of the ICSID Convention, Volume II, Part 1. Washington, D. C., 1968. ICSID Publication. Página 306. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/History%20of%20the%20ICSID%20Convention/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20II-1.pdf>

History of the ICSID Convention, Volume II, Part 2. Washington, D. C., 1968. ICSID Publication. Página 878-938. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/History%20of%20the%20ICSID%20Convention/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20II-2.pdf>

History of the ICSID Convention, Volume IV, Part 2. ICSID Publication. Washington, D. C., 1969. Página 878-938. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/History%20of%20the%20ICSID%20Convention/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20IV.pdf>

Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, ICSID. Sección V, p. 43, párrs. 23 a 25. <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>

International Bar Association (IBA) - Subcommittee on Investment Treaty Arbitration. *Consistency, efficiency and transparency in investment treaty arbitration report 2018*. Disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/investment_treaty_report_2018_full.pdf

International Code of Fair Treatment for Foreign Investments. International investment instruments: a compendium. Volume III, Regional integration, bilateral and non-governmental instruments. New York; Geneva: UN, 1996. Página 259 a 273. Disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/237234?ln=es>

International Code of Fair Treatment for Foreign Investments. International investment instruments: a compendium. Volume V, Regional integration, bilateral and non-governmental instruments. New York; Geneva: UN, 2000. Página 295. Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/dite2vol5_en.pdf

Investment Policy – UNCTAD. Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/country-navigator/30/brazil>

Investor–State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking. UNCTAD. UNITED NATIONS PUBLICATION. UNCTAD/ITE/IIA/2007/3. Sales No. E.07. II. D.10. New York and Geneva, 2007. Página 93.

Johnson, J. y Joslyn, R. *Political Science Research Methods*. Los Ángeles: CQ Press (2012).

Kalicki Jean y Medeiros Suzana. *Investment Arbitration in Brazil: Revisiting Brazil's Traditional Reluctance Towards ICSID, BITs and Investor-State Arbitration*. Revista de Arbitragem e Mediação (Arbitration and Mediation Law Review) Vol. 4, N° 14, 2007. Página 69.

Kaufmann-Kohler, Gabrielle. *In search of transparency and consistency: ICSID reform proposal*. TDM 5 (2005), Issue: Vol. 2 - issue 5 Published: November 2005. Disponible en: <https://lk-k.com/wp-content/uploads/In-Search-of-Transparency-and-Consistency-ICSID-Reform-Proposals.pdf>

Kaufmann-Kohler, Gabrielle., and Michele. Potestà. *Investor-State Dispute Settlement and National Courts: Current Framework and Reform Options* / by Gabrielle Kaufmann-Kohler, Michele Potestà. 1st Ed. 2020. ed. Special Issue, Cham: Springer International Publishing AG, Geneva, Switzerland, 2020.

Key Terms and Concepts in IIAs: A Glossary. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements. United Nations Publication, Sales No. E. 04.II.D.31, ISBN 92-1-112636-3, ISSN 1810-3987. New York and Geneva, 2004. Página 38.

Lineamientos ACFIs (versión en español). Sec. Esp. de Comercio Exterior e Assuntos Internacionais. Disponible en: <http://www.mdic.gov.br/arquivos/Presentacion-General-ACFI-ES.pdf>

Magalhães, José Carlos de. *Acordos bilaterais de promoção e proteção de investimentos*. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 6, n. 20, p. 53-65, 2009.

Marega, Flávio. *O Mecanismo Arbitral de Solução de Controvérsias Investidor Estrangeiro-Estado nos Acordos Internacionais sobre Investimentos: Implicações para o Brasil*. Instituto Rio Branco. Brasil, 2005.

McLachlan, Campbell., Laurence. Shore, and Matthew. Weiniger. *International Investment Arbitration: Substantive Principles / Campbell McLachlan, Laurence Shore, Matthew Weiniger*. Oxford International Arbitration Series. Oxford; New York: Oxford University Press, 2007.

Mendelson, M.H. "Usage of Hull Formula (in Compensation Cases of Expropriation of Alien Property.) (letter)." *The American Journal of International Law* 79, no. 4 (1985). Página 1037 a 1043.

Moncayo; Vinuesa; Gutiérrez Posse. *Manual de Derecho Internacional Público*. 3° Reimpresión, Víctor P. de Zavalía S.A., Buenos Aires (1990).

Monebhurrin, Nitish. *Novelty in International Investment Law: The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments as a Different International Investment Agreement Model*. Journal of International Dispute Settlement. Vol. 8, 2017, p. 79-100.

Morosini, Fabio; Ely Caetano Junior Xavier, "Foreign Direct Investment Regulation in Brazil: From Resistance to Investment Bilateral Treaties to the Emergence of a New Regulatory Model". *Brazilian Journal of International Law* 12, no. 2 (2015): 421-448. Página 422.

Morosini, Fabio; Ratton Sanchez Badin, Michelle. *El Acuerdo brasilero de Cooperación y de Facilitación de las Inversiones (ACFI): ¿Una nueva fórmula para los acuerdos internacionales de inversión?*. International Institute for Sustainable Development (IISD) (2015).

Morosini, Fabio. *Haciendo que el Derecho a Regular en el Derecho de las Inversiones Trabajo para el Desarrollo: Reflexiones de las experiencias de Sudáfrica y Brasil*. International Institute for Sustainable Development (IISD) (2018). Extraído de: <https://www.iisd.org/itn/2018/07/30/making-the-right-to-regulate-in-investment-law-and-policy-work-for-development-reflections-from-the-south-african-and-brazilian-experiences-fabio-morosini/>

Morosini, Fabio Costa, Vivian Daniele Rocha Gabriel, and Anastacia Costa. *Solução De Controvérsias Em Acordos De Investimento: As Experiências Do CPTPP, CETA E Dos ACFIs*. Revista De Direito Internacional 17, no. 1 (2020): Revista De Direito Internacional, 2020-07-03, Vol.17 (1). Página 305.

Newcombe, A.; Paradell, L. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. The Netherlands: Kluwer Law International BV. Vol. 2009, (2009).

Nota à Imprensa N° 10/2020. Ministério das Relações Exteriores. Disponible en: https://www.gov.br/mre/pt-br/canais_atendimento/imprensa/notas-a-imprensa/2020/assinatura-de-acordo-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-entre-o-brasil-e-a-india

Nusdeo, Ana Maria de Oliveira. *A experiência do Decreto n' 57.943 como acordo de garantia de investimentos entre Brasil-EUA*. In: Amaral Junior, Alberto do Sanchez, Michelle Rattón (Coord.). *Regulamentação internacional dos investimentos: algumas lições para o Brasil*. São Paulo: Aduaneiras, 2007. p. 303-321. p. 320. En: *Ibid. infra* 8.

Ortino, Federico. *The Investment Treaty System as Judicial Review*. King's College London Dickson Poon School of Law Legal Studies Research Paper Series, paper no. 2014-23, London (2014).

Paolillo, Felipe H. *Derecho Internacional Público*. Tomo II - Obra dirigida por Eduardo, Jiménez de Aréchaga - Autores Heber Arbuét Vignali; Eduardo Jiménez de Aréchaga; Roberto Puceiro Ripoll. Uruguay (2008).

Pelc, Krzysztof J. "What Explains the Low Success Rate of Investor-State Disputes?" *International Organization* 71, no. 3 (2017): 559-83.

Pérez Aznar, Facundo. *El Reciente TBI entre Argentina y Qatar y los Desafíos de las Negociaciones de Inversión*. *Investment Treaty News*, Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible. ISSN 2519-8831 (ed. en español), Número 2, Tomo 8, Junio de

2017. Página 15. Disponible en: https://www.iisd.org/itn/es/2017/06/12/recent-argentina-qatar-bit-challenges-investment-negotiations-facundo-perez-aznar/#_ednref5

Pérez Aznar, Facundo. *El Reciente TBI entre Argentina y Qatar y los Desafíos de las Negociaciones de Inversión*. Investment Treaty News, Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible. ISSN 2519-8831 (ed. en español), Número 2, Tomo 8, Junio de 2017. Página 15. Disponible en: https://www.iisd.org/itn/es/2017/06/12/recent-argentina-qatar-bit-challenges-investment-negotiations-facundo-perez-aznar/#_ednref5

Pérez Aznar, F. *Bilateral investment treaty overview — Argentina*. Investment Claims. (2016).

Pérez Aznar, Facundo. *El Régimen De Protección De Inversiones Extranjeras: La trampa de los TBI*. Página 12. Suplementos. Publicado 19 de Julio de 2015. Disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/cash/17-8647-2015-07-19.html>

Presentación Secretaría Ejecutiva de CAMEX. Disponible en: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/noticias/mdic/secretaria-executiva-da-camex-apresenta-as-entregas-de-2018-relacionadas-ao-tema-investimento>

Presentación General del Modelo Brasileño de Acuerdos de Inversión. Ministerio de Relaciones Exteriores. Publicado 29/09/2016. Disponible en: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/arquivos/Presentacion-General-ACFI-ES.pdf> / <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/negociacoes-internacionais-de-investimentos/nii-acfi>

Puig, Sergio; Shaffer, Gregory. *Imperfect Alternatives: Institutional Choice and the Reform of Investment Law*. American Journal of International Law 112, no. 3 (July 2018): 361-409.

Registro de Tratados Biblioteca Digital de Tratados - Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. Disponible en: <https://tratados.cancilleria.gob.ar/busqueda.php>

Reporte *Carga de Casos del CIADI – Estadísticas*. Edición 2021-1. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones – Grupo Banco Mundial (2021).

Resolución CAMEX N° 30/2012. Grupo Técnico de Estudios Estratégicos de Comercio Exterior (GTEX). 2012. Disponible en: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/comercio-exterior/negociacoes-internacionais/negociacoes-internacionais-de-investimentos/nii-acfi>

exterior/pt-br/assuntos/camex/estrategia-comercial/acordos-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-acfi

Rocha, Augusto de Rezende. *Parecer DAJ/138: criação de órgão de arbitragem internacional*, BIRD. Washington: BIRD, 1964. item 17, II.

Rosatti, Horacio D. *Los Tratados Bilaterales de Inversión, el Arbitraje Internacional Obligatorio y el Sistema jurídico Argentino*. Revista Jurídica Argentina La Ley. Año, vol. y nro.: 15/10/03-LL-F-pp. 1283. Buenos Aires, 2003. Página 13.

Ruiz García, Martín. *El arbitraje internacional de inversión y su impacto sobre el espacio regulatorio de países en vía de desarrollo*. Revista Latinoamericana de Derecho Internacional (LADI) Nro. 8, (2019).

Saltalamacchia, Homero. *El proyecto de investigación: su estructura y redacción: su estructura y redacción*. Puerto Rico (1997).

Schmitter, P. *The design of social and political research*. En della Porta, D. y Keating, M. (eds.) *Approaches and Methodologies in the Social Sciences. A Pluralist Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

Schreuer, Christoph., Loretta Malintoppi, August Reinisch, Anthony C. Sinclair, International Centre for Settlement of Investment Disputes, and World Bank Group. *The ICSID Convention: A Commentary: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States / Christoph H. Schreuer; With Loretta Malintoppi, August Reinisch, Anthony Sinclair*. 2nd ed. Cambridge [England]; New York: Cambridge University Press, 2009.

Sohn, Louis B., and R. R. Baxter. "Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens: II. Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens" - *The American Journal of International Law* 55, no. 3 (1961): 548–84. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/2195879>.

Sommer, Christian G. *Implicancias de los tratados sobre inversión extranjera y los laudos arbitrales del CIADI en el sistema constitucional argentino: Una necesaria "interfaz" entre inversión extranjera y derechos humanos*. Revista Ars Boni et Aequi, Vol. 9, Núm. 1. Chile, (2013). Página 32.

Stanley, Leonardo. *Acuerdos bilaterales de inversión y demandas ante tribunales internacionales: la experiencia argentina reciente*. Unidad de Inversiones y Estrategias

Empresariales de la División de Desarrollo Productivo y Empresarial de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Serie Desarrollo Productivo, N° 158 (2004).

https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4550/S0408641_es.pdf;jsessionid=5806C1C7102F905D0D0E60249096EED7?sequence=1

Stanley, Leonardo E. La regulación de la inversión extranjera directa: Los casos de la Argentina, Colombia, el Perú, la República de Corea y Tailandia. Documentos de Proyectos (LC/TS.2019/120), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2020. Disponible en:

https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45094/1/S1901162_es.pdf

Thompson, Alexander, Tomer Broude, and Yoram Z. Haftel. *Once Bitten, Twice Shy? Investment Disputes, State Sovereignty, and Change in Treaty Design*. International Organization 73, no. 4 (2019): 859-80.

UNCTAD Press Release. Bilateral Investment Treaties Quintupled During the 1990s. 15 Dec. 2000, TAD/INF/2877. The press release notes. 2000.

UNCTAD. *World Investment Report 2000: Cross-border Mergers and Acquisitions and Development (New York and Geneva: United Nations)*, United Nations publication, Sales No. E.00.II.D.20, p. 6, (2000);

UNCTAD. *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s (New York and Geneva: United Nations)*, United Nations publication, Sales No. E.98.II.D.8, p. 9, (1998).

Vieira Martins, José H. *Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI) de Brasil y Últimos Avances*. Investment Treaty News, International Institute for Sustainable Development (IISD). Análisis, Junio 12, 2017.

Vinuesa, Raúl E. *Jurisdictional Objections to ICSID Arbitration under Bilateral Investment Treaties* / Raúl Emilio Vinuesa. Köln]: Carl Heymanns, 2005.

Vinuesa, Raúl. *Tendencias y perspectivas en la solución de controversias entre Estados extranjeros e inversores, en Diálogos sobre Justicia Internacional*. Bernardo Sepúlveda (Coord.), Trillas, México (2009).

World Investment Report 1991. The Triad in foreign direct investment. United Nations Publication. Sales No. E 91- II- A- 12. New York, 1991. Página 11. Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/wir1991overview_en.pdf

Normas Nacionales

Constitución Nacional de la República Argentina.

Decreto 1.755/2008 (B.O. 28/10/2008). Estructura organizativa de la Procuración del Tesoro de la Nación. Responsabilidad primaria y acciones (Anexo II).

Ley N° 23.697 (25-09-1989). Ley de Emergencia Económica. Congreso de la Nación Argentina.

Ley N° 24.353 (B.O. 2/9/94), sanción con fuerza de ley de Convenio CIADI. Congreso de la Nación Argentina.

Instrumentos Internacionales

Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre el Gobierno de La República Federativa de Brasil y el Gobierno de La República de Mozambique. Registro Ministério das Relações Exteriores. Disponible en: https://www.gov.br/mre/pt-br/canais_atendimento/imprensa/notas-a-imprensa/acordo-brasil-mocambique-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-afci-maputo-30-de-marco-de-2015

Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa de Brasil y la República de Chile. Registro Ministério das Relações Exteriores. Disponible en: https://www.gov.br/mre/es/canales_servicio/prensa/notas-a-la-prensa/acuerdo-de-cooperacion-y-facilitacion-de-inversiones-entre-la-republica-federativa-del-brasil-y-la-republica-de-chile-santiago-23-de-noviembre-de-2015

Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa de Brasil y el Gobierno de La República de Angola. Registro Ministério das Relações Exteriores. Disponible en: https://www.gov.br/mre/pt-br/canais_atendimento/imprensa/notas-a-imprensa/acordo-brasil-angola-de-cooperacao-e-facilitacao-de-investimentos-afci-luanda-1-de-abril-de-2015

Acuerdo de Cooperación y Facilitación de las Inversiones entre la República Federativa de Brasil y los Estados Unidos Mexicanos. Registro Ministério das Relações Exteriores.

Disponible en: [https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/arquivos/Mexico-ACFI-Investimentos-ass-a_002a .pdf](https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/arquivos/Mexico-ACFI-Investimentos-ass-a_002a.pdf)

Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa de Brasil y la República de Colombia. Registro Ministério das Relações Exteriores. Disponible en: https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/arquivos/ACFI-Colombia-texto-assinado-espanhol-a_002a .pdf

Acuerdo entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República Federativa de Brasil para la promoción y protección recíproca de inversiones. Disponible en: http://www.sice.oas.org/BITS/Chibra_s.asp

Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. Registration Number 4739. UNTS Volume Number 330 (p.3). Disponible en: <https://treaties.un.org/pages/showDetails.aspx?objid=080000028002a36b>

Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados - CIADI

Convenio entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Popular China para la Promoción y Protección recíprocas de Inversiones, Beijing, 1992.

Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección recíproca de Inversiones en el MERCOSUR, Colonia del Sacramento, 1994 (Aprobado mediante Ley N° 24.891, 1997).

Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-MERCOSUR. <https://www.mercosur.int/documento/protocolo-de-cooperacion-y-facilitacion-de-inversiones-intra-mercosur/>

Resolución 31/98 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. 1976. Disponible en: <https://www.un.org/es/documents/ag/res/31/ares31.htm>

United Nations - Treaty Series. Artículo 1. Disponible en: <https://treaties.un.org/Pages/UNTSONline.aspx?id=3&clang=en>

United Nations - Treaty Series. Registration Number 39754. UNTS Volume Number 2233 (p.167). Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Argentine Republic. Disponible en: <https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=080000028007a3af&clang=en>

United Nations - Treaty Series. Registration Number 30174. UNTS Volume Number 1728. Agreement on the reciprocal promotion and protection of investments France and Argentina. Disponible en:

<https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=08000002800b48df&clang=en>

United Nations - Treaty Series. Registration Number 30682. Agreement for the promotion and protection of investments Argentina and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. UNTS Volume Number 1765. Disponible en:

<https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=08000002800b2552&clang=en>

United Nations - Treaty Series. Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States. Registration Number 8359. UNTS Volume Number 575 (p.159). Disponible en:

<https://treaties.un.org/pages/showDetails.aspx?objid=080000028012a925>

United Nations - Treaty Series. Treaty of friendship, commerce and navigation between the United States of America and the Federal Republic of Germany. Registration Number 3943. UNTS Volume Number 273 (p.3). Disponible en:

<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20273/volume-273-I-3943-English.pdf>

United Nations - Treaty Series. Treaty between The Federal Republic of Germany and Pakistan for The Promotion and Protection of Investments, Bonn, 25 November, 1959. The United Nations Treaty Collection, Registro No. 6575. Disponible en:

<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20457/volume-457-I-6575-English.pdf>

Jurisprudencia Internacional

Azurix Corp. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/12). Decision on Jurisdiction of December 8, 2003. Párrafo 88. Disponible en:

<https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/01/12>

CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/8). Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction of July 17, 2003. Párrafo 80.

Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/01/8>

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, (ICSID Case No. ARB/97/3) (formerly Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic). Award of the Tribunal (August 20, 2007).

Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica (ICSID Case No. ARB/96/1). Award of the Tribunal (February 17, 2000), párrafo 8. Versión en su idioma original: “8. *At that Session, counsel for both parties confirmed that the Tribunal had been properly constituted in accordance with the ICSID Convention and the Arbitration Rules*”. Ver en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C152/DC539_En.pdf

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/97/3). Award of the Tribunal (November 21, 2000). Párrafo 53. Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C159/DC548_Sp.pdf

Continental Casualty Company v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/9) Decision on Jurisdiction of February 22, 2006. <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/03/9>

El Paso Energy International Company v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/15). Decision on Jurisdiction of April 27, 2006, para. 35.

Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)”, Fallo de 20 de julio de 1989. Registro Corte Internacional de Justicia, período 1948-1991. Publicación de las Naciones Unidas ST/LEG/SER.F/1. Naciones Unidas, Nueva York, 1992. Disponible en: <https://www.ici-cij.org/public/files/summaries/summaries-1948-1991-es.pdf>

Emilio Agustín Maffezini v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/97/7). Decision on Jurisdiction (January 25, 2000). Párrafo 63. Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C163/DC565_Sp.pdf

Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/3). Decision on Jurisdiction of January 14, 2004. Párrafo 97. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/01/3>

Gabcíkovo-Nagymaros Project (Hungría/ Eslovaquia), Fallo del 25 de septiembre de 1997, ICJ Reports(1997), párrafos 51-52.

National Grid plc v. The Argentine Republic, UNCITRAL. Decision on Jurisdiction of June 20, 2006. Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/732>

Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/13). Decision on Preliminary Objections, 27 of July 2006, para. 35. <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/03/13>

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco (ICSID Case No. ARB/00/4). Decision on Jurisdiction of 23 July 2001, para. 52. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/00/4>

Sempra Energy International v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/16). Decision on Jurisdiction, 11 May, 2005, para. 140. <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/02/16>

Siemens A.G. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/8). Decision on Jurisdiction of August 3, 2004, par. 159. <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/02/8>

Siemens A.G. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/02/8). Award of the Tribunal of February 6, 2007. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0790.pdf>

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/03/17). Decision on Jurisdiction (May 16, 2006). <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/03/17>