

# RÉGIMEN DE INVERSIONES (INTRA) REGIONALES EN LA ALIANZA DEL PACÍFICO Y EN EL MERCOSUR, UNA APROXIMACIÓN COMPARATIVA

## REGIME OF (INTRA) REGIONAL INVESTMENTS IN THE PACIFIC ALLIANCE AND MERCOSUR, A COMPARATIVE APPROACH

DOI: 10.19135/revista.consinter.0007.24

*Jaime Gallegos Zúñiga*<sup>1</sup> – ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4112-2229>

*Rodrigo Polanco Lazo*<sup>2</sup> – ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1974-5523>

**Resumen:** El presente informe busca exponer los distintos criterios con los cuales se ha abordado la inversión extranjera en América Latina mediante el análisis los instrumentos intrarregionales que pretenden guiar este tipo de flujos de capitales, el capítulo de inversiones del Protocolo de Cartagena, de 2014, y el Protocolo de Buenos Aires, de 2017, en la Alianza del Pacífico y en el Mercosur, respectivamente.

Los referidos textos presentan diferencias significativas que, obedecen al distinto tratamiento que se le da a la inversión foránea, configurándose un marco que podemos denominar como “tradicional” al interior de los países de la Alianza del Pacífico, y un escenario regulatorio que mantiene muchas mayores prerrogativas a los Estados receptores, en el caso del Mercosur, especialmente por fuerte el influjo de Brasil, y su particular modelo de tratamiento del capital exógeno.

El entender las lógicas que sostienen estos dos sistemas resulta relevante, habida cuenta de que paulatinamente han ido creciendo las inversiones dentro del plano regional, lo que puede hacer avizorar que, tarde o temprano, se generarán conflictos, como también por las iniciativas destinadas a la convergencia de estos dos esquemas de integración dentro del continente, que se desarrollan, a su vez, dentro de un periodo de cuestionamiento y reformulación global del Derecho internacional de las inversiones extranjeras.

**Palabras clave:** Inversión Extranjera, Mercosur, Alianza del Pacífico, CIADI, Solución de Controversias internacionales, Expropiación, Trato Justo y Equitativo.

**Abstract:** This report seeks to expose the different criteria with which foreign investment in Latin America has been addressed, bringing, for this purpose, to analysis the intraregional instruments that aim to guide this type of capital flows, the investment chapter of the Cartagena Protocol, of 2014, and the Protocol of Buenos Aires, of 2017, in the Pacific Alliance and Mercosur, respectively.

---

<sup>1</sup> Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Magister en Derecho de los Negocios Internacionales, Máster en estudios avanzados en Derecho Financiero y Tributario, y Doctorando en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid.

<sup>2</sup> Senior Lecturer and Researcher, World Trade Institute, Universidad de Berna, Suiza; Senior Lecturer and Post-Doctoral Researcher, Universidad de Lucerna, Suiza; y Profesor Visitante, Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile.

The aforementioned texts present significant differences that are due to the different treatment that is given to foreign investment, configuring a framework that we can call “traditional” within the countries of the Pacific Alliance, and a regulatory scenario that maintains many greater prerogatives to the receiving states, in the case of Mercosur, especially because of the strong influence of Brazil, and its particular model of treatment of exogenous capital.

Understanding the logic behind these two systems is relevant, given that investments have gradually grown within the regional level, which may lead to the conclusion that, sooner or later, conflicts will arise, as well as initiatives aimed at convergence of these two integration schemes within the continent, which are developed, also, within a period of questioning and global reformulation of the international law of foreign investments.

**Keywords:** Foreign investment, Mercosur, Pacific Alliance, ICSID, International Dispute Settlement, Expropriation, Fair and Equitable Treatment.

## 1 INTRODUCCIÓN

En América Latina ha habido cambios acerca de la forma de encarar las inversiones foráneas, pasando desde una postura recelosa durante gran parte del siglo XX, en la cual se enarbolaron posturas de defensa de la soberanía y de los intereses estatales, que se desarrollaron bajo las premisas de la doctrina Calvo<sup>3</sup> que, entre otras consecuencias, llevó a que ninguno de sus países, en su oportunidad, ratificase el Convenio de Washington, de 1965<sup>4</sup>, y en general, a la configuración de regímenes restrictivos con la inversión extranjera, a con posterioridad, al culminar esa centuria<sup>5</sup> adoptar una serie de medidas destinadas a captar el capital extranjero, bajo la idea que éste es indispensable para el crecimiento de las economías, motivo por el cual resultaba aconsejable concederle una serie de beneficios a sus titulares, incluso

---

<sup>3</sup> FRAGA LERNER, D., “The protection of foreign direct investment in Mercosur”, en M. Toscano Franca Filho, L. Lixinski y M.B. Olmos Giupponi, *The Law of Mercosur*, Hart Publishing, Portland, 2010, pp. 279-282; POLANCO LAZO, R., “Two Worlds Apart: The Changing Features of International Investment Agreements in Latin America”, en A. Tanzi, A. Ateriti, R. Polanco y P. Turrini, (eds.), *International Investment Law in Latin America/Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina. Problems and Prospects/Problemas y Perspectivas*, Brill- Nijhoff, Leiden, 2016, pp. 69-73; ROCHA GABRIEL, V. y FONTOURA COSTA, J. “O Mercosul e as controversias sobre investimentos”, *Revista Secretaria Tribunal Permanente de Revisión*, año 3, Nº 5; 2015, pp. 270-271; BELLEI TAGLE, C., “Arbitraje de inversiones en América Latina: de la hostilidad a la búsqueda de nuevas alternativas”, en A. Tanzi *et al*, op. cit., pp. 98-108; HERNÁNDEZ, J., “El CIADI en el marco del Derecho Administrativo global: Una visión desde el Derecho Administrativo latinoamericano”, en Rodríguez Arana, J. y Hernández, J. (cords.), *El Derecho Administrativo Global y el arbitraje de inversiones. Una perspectiva iberoamericana en el marco del cincuenta aniversario del CIADI*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2016, pp. 202-212; TITI, C., “Investment Arbitration in Latin America. The Uncertain Veracity of Preconceived Ideas”, *Arbitration International*, vol. 30, Nº 2, 2014, pp. 359-362.

<sup>4</sup> BAS, M., “América do Sul em face dos tratados bilaterais de investimento: rumo ao retorno do Estado na solução de controvérsias?”, *Revista de Direito Internacional*, vol. 13, Nº 1, 2016, p. 135; PRIETO MUÑOZ, J., “The Rise of Common Principles for Investment in Latin America: Proposing a Methodological Shift for Investor-State Dispute Settlement”, *Journal of World Investment & Trade*, Nº 17, 2016, pp. 615-619.

<sup>5</sup> Debe tenerse en cuenta que Chile fue pionero, de modo unilateral, en dictar un régimen que otorgase una serie de beneficios a la inversión extranjera, ya desde los años setenta, que luego se profundizó, a partir de la década de los noventa con la firma de los ABI (Ver GALLEGOS ZÚÑIGA, J. y POLANCO LAZO, R., “Evolución Jurídica de la Política Comercial de Chile”, *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*, año I, Nº 2, 2013, pp. 52-53)

mayores a los conferidos a los inversionistas nacionales, como la posibilidad de sustraer una controversia<sup>6</sup> del conocimiento de los tribunales nacionales del Estado receptor hacia tribunales arbitrales, especialmente a través del sistema de Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)<sup>7</sup>, mediante los sistemas previstos en los acuerdos bilaterales de inversión (ABI) firmados al efecto, o incluso, el congelamiento de determinados regímenes normativos<sup>8</sup>.

Siguiendo esta línea, Mercosur<sup>9</sup> suscribió el Protocolo de Colonia, de 1994, para la promoción y protección recíproca de inversiones (intrazona)<sup>10</sup>, que se estructura de un modo bastante similar al de los ABI, tan en boga en la década de los noventa<sup>11</sup>. Dentro de sus normas se reconoce el trato justo y equitativo<sup>12</sup> y el de nación más favorecida. Además, se contemplaba regulación para la explotación directa e indirecta. Luego, en lo que se refería al sistema de solución de controversias, se admitía se promoviesen disputas inversor-Estado receptor.

Sin embargo, un nuevo giro se produciría en los últimos años, en que han proliferado, como en ninguna otra zona del orbe las controversias entre inversionistas y Estados receptores de esa zona del mundo<sup>13</sup>, lo que ha llevado a cuestionar la legitimidad: del sistema<sup>14</sup>, la de los árbitros para juzgar políticas públicas<sup>15</sup>, los procesos arbitrales lentos y costosos, la ausencia de tribunales

<sup>6</sup> Sin la necesidad de agotamiento previo de recursos internos (ver FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “América Latina y el arbitraje de inversiones: ¿matrimonio de amor o matrimonio de conveniencia?”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXIV, 2009, p. 25).

<sup>7</sup> Lo cual, a juicio de algunos autores, sería positivo, puesto que con ello se habría ayudado a armonizar internacionalmente el Derecho relativo a inversiones, consagrando globalmente tratos no discriminatorios y estándares de trato justo y equitativo (ORREGO VICUNA, F., “Foreign Investment Law: How Customary is Custom?”, *Estudios Internacionales*, vol. 38, N° 148, 2005, pp. 79-86).

<sup>8</sup> BELLEI TAGLE, C., op. cit., pp. 109-113; CAMPELLO, D. y LEMOS, L., “The non-ratification of bilateral investment treaties in Brazil: a story of conflict in a land of cooperation”, *Review of International Political Economy*, vol. 22, N° 5, 2015, pp. 1059-1062.

<sup>9</sup> Para una aproximación general acerca del régimen de inversiones extranjeras en los países del Mercosur, en la década de los noventa, ver PALAO MORENO, G. y MORENO RODRÍGUEZ, J., “Régimen jurídico del comercio exterior”, en Esplugues, C. y Hargain, D. (coords.), *Derecho del Comercio Internacional. Mercosur-Unión Europea*, Reus, Madrid, 2005, pp. 111-123.

<sup>10</sup> Instrumento comunitario que nunca entró en vigor por la falta de las ratificaciones necesarias de todos los Estados miembros de Mercosur.

<sup>11</sup> ROCHA GABRIEL, V. y FONTOURA COSTA, J. op. cit., pp. 275-276.

<sup>12</sup> Se hace la salvedad, con todo, que los Estados se reservan el derecho de mantener transitoriamente excepciones limitadas tratamiento nacional de las inversiones en materias estratégicas, como hidrocarburos, energía procedente de hidroeléctricas, extracción de uranio, compras gubernamentales y sector automotriz.

<sup>13</sup> Ver POLANCO LAZO, R., “Systems of Legal Defence Used by Latin American Countries in Investment Disputes”, *Journal of World Investment & Trade*, N° 17, 2016, p. 563. De hecho, al 2018, Argentina y Venezuela son los países que a nivel mundial han sido más veces demandado en el sistema inversor-Estado, ocupando México el séptimo puesto (UNCTAD, *World Investment Review 2018. Investment and New Industrial Policies*, UN Publications, Ginebra, 2018, p. 92).

<sup>14</sup> ECHAIDE, J., “Reflexiones acerca del régimen internacional de protección de inversiones y su sistema de arbitraje”, en Echaide, J. (dir.) *Inversiones extranjeras y responsabilidad internacional de las empresas. Problemáticas en torno al CIADI, los TBI y los derechos humanos*, BdeF, Buenos Aires, 2017, pp. 227-239; SCHULTZ, T. y DUPONT, C., “Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or Over-empowering Investors? A Quantitative Empirical Study”, *European Journal of International Law*, vol. 25, N° 4, 2014, p. 1152.

<sup>15</sup> FERNÁNDEZ PÉREZ, A., “La necesaria adaptación de los acuerdos internacionales de inversiones y del arbitraje de inversiones al «desarrollo sostenible»”, Larraz, B. y Fernández, A. (dirs.), *Desarrollo sostenible en el siglo XXI: Economía, sociedad y medio ambiente*, Iprolex, Madrid, 2016, pp. 110-111.

estables, que deriva en decisiones contradictorias<sup>16</sup>, las limitaciones que se impondrían a las potestades regulatorias de los Estados receptores<sup>17</sup> e incluso la parcialidad de los árbitros<sup>18</sup> que, entre otras medidas, ha llevado a la denuncia del sistema CIADI y de ABI firmados, por parte de Bolivia, Venezuela y Ecuador<sup>19</sup>.

A raíz de lo anterior, se afronta la inversión extranjera bajo otra óptica<sup>20</sup>, y se formula la necesidad de reformar el sistema “tradicional” “neocolonialista”<sup>21</sup> construido en los noventa.

Debe advertirse que esta reacción no ha sido exclusividad de algunos sectores de América Latina, puesto que, en otras zonas del planeta, como la India, Sudáfrica, Australia e incluso desde la UNCTAD<sup>22</sup> ha habido cuestionamientos acerca de la manera cómo se ha planteado este sistema, poniendo en el centro del debate el respeto a la soberanía regulatoria y la promoción de los derechos humanos, de las normas laborales y de las de medio ambiente<sup>23</sup>.

Con todo, debe hacerse presente que no obstante esos reparos, el grueso de los países de América Latina (Argentina incluida) se mantienen en el sistema “tradicional” y no han denunciado el sistema CIADI<sup>24</sup>.

Ahora bien, dentro de este marco general, particular atención merece Brasil, puesto que ha seguido un camino diferente al de sus pares de la región<sup>25</sup>, al contar con solo un ABI en vigor<sup>26</sup> y no formar parte del sistema CIADI, lo que no ha

<sup>16</sup> Ver HERNÁNDEZ, J., op. cit., pp. 200-201; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “América (...)”, op. cit., pp. 31-34.

<sup>17</sup> HERREROS, S. y GARCÍA-MILLÁN, T., *Opciones para la convergencia entre la Alianza del Pacífico y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR). La regulación de la inversión extranjera directa*, serie Comercio Internacional N° 135, CEPAL, Santiago de Chile, 2017, pp. 19-24.

<sup>18</sup> Ver [http://cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/04/22abr\\_declaracion\\_transnacionales\\_esp.pdf](http://cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/04/22abr_declaracion_transnacionales_esp.pdf). Ver completa bibliografía en ZARRA, G., “Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbitration in Light of Philip Morris v. Uruguay”, *Revista de Direito Internacional*, vol. 14, N° 2, 2017, p. 96; FRAGA LERNER, D., op. cit., p. 290; SCHULTZ, T. y DUPONT, C., op. cit., pp. 1166-1168.

<sup>19</sup> Ver BAS, M., “América (...)”, op. cit., pp. 140-141.

<sup>20</sup> BELLEI TAGLE, C., op. cit., pp. 115-125; ROCHA GABRIEL, V. y FONTOURA COSTA, J., op. cit., p. 277; BAS, M., “América (...)”, op. cit., p. 137; ACTIS, E., “Brasil frente al orden internacional liberal (2011-2013). Los límites de la posición reformista a la luz del régimen internacional de inversiones”, *Mural Internacional*, vol. 6, N° 1, 2015, p. 26; TITI, C., op. cit., pp. 362-368.

<sup>21</sup> SCHULTZ, T. y DUPONT, C., op. cit., p. 1148.

<sup>22</sup> UNCTAD, *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance*, UN Publications, Ginebra, 2015, pp. 120-126.

<sup>23</sup> SORNARAJAH, M., “Mutations of Neo-Liberalism in International Investment Law”, *Trade, Law and Development*, vol. 3, N° 1, 2011, pp. 203-232; VIERA MARTINS, J., “Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI) de Brasil y Últimos Avances”, *Investment Treaty News*, N° 2, t. 8, 2017, p. 10.

<sup>24</sup> POLANCO LAZO, R., “Two Worlds (...)”, op. cit., pp. 79-81.

<sup>25</sup> KALICKI, J. y MEDEIROS, S., “Investment arbitration in Brazil: revisiting Brazil’s traditional reluctance towards ICSID, BITs, and investor-state arbitration”, *Revista de Arbitragem e Mediação*, año 4, N° 14, 2007, pp. 57-86.

<sup>26</sup> El ABI con Angola, en vigor desde el 11 de octubre de 2017. Ver RATTON, M. y MOROSINI, F., “The Brazilian Approach to South-South Trade and Investment: The Case of Angola”, *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 43, 2015, pp. 489-514.

En efecto, si bien en los años noventa Brasil firmó una serie de ABI, ellos nunca fueron ratificados por su Congreso [Dentro de los motivos de este rechazo se ha señalado que ello obedece a: (a) el alcance del concepto de inversión dentro de los ABI, que favorecerían al capital especulativo; (b) el arbitraje internacional, que habilitaría a las empresas extranjeras de sustraer una controversia del conocimiento de los tribunales nacionales, socavando la Doctrina Calvo; (c) cláusula de nación más

impedido que se posicione, a lo largo de los años, como el principal receptor de inversión extranjera en América Latina<sup>27</sup>.

No obstante lo anterior, durante los últimos años, se ha producido una internacionalización de las empresas brasileras<sup>28</sup>, lo cual ha llevado a que Itamaraty haya cambiado<sup>29</sup> esa actitud reacia a celebrar convenios bilaterales<sup>30</sup>, que se ha verificado por medio de la suscripción de acuerdos de cooperación y facilitación de inversiones (ACFI) con naciones africanas<sup>31</sup>, donde existe relevante presencia brasileras y con México, Colombia, Perú y Chile, publicando además un modelo tipo de ACFI<sup>32</sup> (Modelo 2015)<sup>33</sup> y, asimismo, se haya promovido el Protocolo de Buenos Aires, de 2017, sobre promoción y protección de inversiones intra Mercosur, (en adelante PBA)<sup>34</sup>.

Por otra parte, el año 2012, México, Colombia, Perú y Chile formaron, mediante el Acuerdo Marco firmado en Paranál, Chile, la Alianza del Pacífico (en adelante AP)<sup>35</sup>, esquema de integración regional que congrega a países con una clara política de apertura hacia el comercio exterior<sup>36</sup> y que, desde hace mucho, se han focalizado en captar inversiones extranjeras<sup>37</sup>, debiendo tenerse a la vista que, simultáneamente, sus miembros son de los principales receptores (después de Brasil) y también relevantes exportadores de capital de la región (especialmente México, Chile y Colombia)<sup>38</sup>, lo que ha llevado a que, en la práctica, empresas de esas

---

favorecida', que prohibiría a Brasil negociar condiciones especiales con otros países en desarrollo; y (d) el conflicto entre la compensación por expropiación y reglas constitucionales sobre la materia (CAMPELLO, D. y LEMOS, L., op. cit., p. 1069)].

<sup>27</sup> CEPAL, *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe 2017*, Naciones Unidas, Santiago, 2017, p.37.

<sup>28</sup> ACTIS, E., op. cit., pp. 27-29; MONEBHURRUN, N., "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*, N2017, N° 8, 2017, pp. 81-82.

<sup>29</sup> BAS, M., "América (...)", op. cit., p. 139.

<sup>30</sup> Un camino similar, que refleja una mayor apertura y una disposición a, en definitiva, celebrara esta clase de acuerdos también se muestra en China, que antes del año 2008 no admitía que las controversias se sometieran a arbitraje, sin embargo, luego de ello, cuando el país asumiera un crucial rol de exportador de capital, admitiese esa clase de cláusulas, a fin de resguardar a sus inversionistas (SORNARAJAH, M., op. cit., p. 226)

<sup>31</sup> Ver <https://www.iisd.org/itn/es/2015/05/21/the-brazil-mozambique-and-brazil-angola-cooperation-and-investment-facilitation-agreements-cifas-a-descriptive-overview/>

A esos convenios se suman otro firmado con Surinam, en mayo de 2018, que aún no están en vigor.

<sup>32</sup> Ver MUNIZ, J., DUGAL, K. y PERETTI, L., "The New Brazilian BIT on Cooperation and Facilitation of Investments: A New Approach in Times of Change", *ICSID Review*, vol. 32, N° 2, 2017, pp. 404-406.

<sup>33</sup> <http://www.mdic.gov.br/arquivos/CFIA-Presentation-EN.pdf>  
<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4786>

<sup>34</sup> [http://www.mre.gov.py/tratados/public\\_web/DetallesTratado.aspx?id=6E8bE7i%2fWYKpB1VlFv2uLw%3d%3d&em=lc4aLYHVB0dF+kNrtEvsMz96BovjLz0mcrZruYPcn8%3d](http://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetallesTratado.aspx?id=6E8bE7i%2fWYKpB1VlFv2uLw%3d%3d&em=lc4aLYHVB0dF+kNrtEvsMz96BovjLz0mcrZruYPcn8%3d)

<sup>35</sup> Para una perspectiva general ver CORREA SERRANO, M.A., "Foreign Direct Investment and Development in the Pacific Alliance" en A. Tanzi *et al*, op. cit., pp. 437-467.

<sup>36</sup> CONCHA, J. y GÓMEZ, O., "Análisis de atracción de inversión extranjera a países de la Alianza del Pacífico", *Estudios Gerenciales*, N° 32, 2016, pp. 371-372.

<sup>37</sup> Para una revisión de la secuencia de acuerdos firmados por los Estados miembros para captar inversión extranjera, ver POLANCO LAZO, R., "Two Worlds (...)", op. cit., pp.82-84.

<sup>38</sup> CEPAL, *La Inversión (...)*, op. cit. pp. 37, 51-52

nacionalidades, como inversionistas extranjeros, hayan promovido una serie de controversias contra determinados Estados receptores<sup>39</sup>.

Teniendo ello claro, corresponde indicar que el Capítulo 10, sobre inversiones, del Protocolo Adicional a su acuerdo marco, firmado en Cartagena de Indias, Colombia, en 2014 (en adelante PC)<sup>40</sup>, sigue los lineamientos “tradicionales” del tratamiento a la inversión extranjera, con algunas mejoras, siendo su normativa la que se expondrán en este trabajo.

Así las cosas, atendidos los avances que ha mostrado la AP, unido a las políticas más aperturistas en materia de Derecho Económico Internacional, por parte de las actuales administraciones nacionales del Mercosur, han llevado a un acercamiento entre ambos esquemas regionales, lo cual ha contado con el estímulo de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL)<sup>41</sup>, que procura alcanzar puntos de convergencia, motivo por el cual, resulta interesante ver la posibilidad de conciliar los regímenes intra bloque, a la luz de las líneas matrices sobre los cuales están contruidos.

A modo general, podemos indicar que se aprecia una tendencia de cambio en el Derecho internacional de inversiones, desde un esquema que se centraba en las protecciones al inversionista, hacia cuestiones asociadas al desarrollo sostenible, en la línea de un nuevo rol del Estado, procurando un equilibrio entre el bienestar individual y colectivo<sup>42</sup>.

Precisamente el objeto de este informe es analizar el tratamiento que se le da a la inversión extranjera al interior de la AP y del Mercosur, para que se pueda determinar si es viable la construcción de un marco normativo común de la inversión extranjera a nivel regional, que engloba a países que, en su conjunto, han recibido el 91% de esos flujos en América Latina<sup>43</sup>.

## 2 COTEJO DE LOS INSTRUMENTOS, UNA APROXIMACIÓN GENERAL

El PC y el PBA obedecen a lógicas diferentes, puesto que mientras el primero, a grandes rasgos, sigue la línea tradicional de los ABI (o incluso del NAFTA<sup>44</sup>), que han celebrado los países latinoamericanos<sup>45</sup>, aludiendo en la parte introductoria, entre otros elementos, al CIADI y al Convenio de Washington, de 1965, y su régimen de controversias inversor-Estado, el PBA, que regionaliza el

---

<sup>39</sup> Ver HERREROS, S. y GARCÍA-MILLÁN, T., op. cit. p. 23.

<sup>40</sup> <https://alianzapacifico.net/download/protocolo-adicional-al-acuerdo-marco-de-la-alianza-del-pacifico/>

<sup>41</sup> CEPAL, *La convergencia entre la Alianza del Pacífico y el MERCOSUR. Enfrentando juntos un escenario mundial desafiante*, Naciones Unidas, Santiago, 2018.

<sup>42</sup> FERNÁNDEZ PÉREZ, A., op. cit., pp. 88-93.

<sup>43</sup> HERREROS, S. y GARCÍA-MILLÁN, T., op. cit. p. 9

<sup>44</sup> Debe recordarse que todos los países miembros de la AP tienen celebrado, y en vigor, un tratado de libre comercio con Estados Unidos (HERREROS, S. y GARCÍA-MILLÁN, T., op. cit., p. 25).

<sup>45</sup> Los elementos comunes generales serían: normas de tratamiento de la inversión: alcance y definición de inversión; trato nacional, la cláusula de la nación más favorecida; trato justo y equitativo; protección de las inversiones: garantías y compensaciones por expropiación, garantías de libre transferencia de fondos y transferencia de capitales e ingresos al exterior, prohibición o límites a los requisitos de rendimiento; excepciones, modificaciones y terminación del tratado, y solución de controversias: mecanismos de solución de controversias inversor-Estado, remitiendo principalmente al CIADI (BAS, M., “América (...)”, op. cit., pp. 135-136.

modelo brasileiro<sup>46</sup>, omite abordar ciertas materias “tradicionales” en el régimen global de inversiones aún mayoritariamente vigente y a ese organismo del grupo Banco Mundial y su sistema.

## 2.1 Ámbito de Aplicación: Inversión Extranjera/Inversionista

Una de las materias controvertidas en el Derecho a las inversiones extranjeras, es qué engloba ese término<sup>47</sup>, que resulta ser la actividad económica, jurídicamente protegida, teniendo a la vista que, a juicio de algunos autores, la circunstancia de que tal actividad efectúe una contribución al desarrollo económico del Estado receptor sería un elemento inherente<sup>48</sup>, mientras otros excluyen esta exigencia, por estimar que esa resulta una consideración subjetiva y compleja de valorar<sup>49</sup>.

A su turno, el PC establece como características concurrentes el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, “o” la asunción de riesgo, el PBA fija como criterios copulativos el compromiso de capital, la expectativa de ganancia o utilidad, la asunción de riesgos “y” el objetivo de establecer un “interés duradero”, elemento adicional al previsto en el texto de la AP.

Sobre esta materia, advertimos que en el modelo brasileiro no hay uniformidad acerca de la exigencia de durabilidad de la inversión para ser considerada como tal, puesto que si bien ella figura en los ACFI celebrados con México y Malawi (“con el fin de establecer relaciones económicas de larga duración”), no aparece en los restantes<sup>50</sup>.

Además, debe tenerse en cuenta que, al referirse al inversionista, el PC le confiere tal carácter a una entidad que “tiene el propósito de realizar”<sup>51</sup>, está realizando o ha realizado una inversión en el territorio de otra parte, mientras que el PBA (artículo 3.4) sólo entiende como tal a una entidad que “ha realizado” una inversión en el territorio de otro Estado Parte, lo cual excluye de su ámbito a las actividades previas al establecimiento<sup>52</sup>.

A su turno, en el PBA, se dice que un inversionista puede ser titular de una empresa o de una participación en ella, para lo cual debe poseer, controlar o ejercer un “grado significativo de influencia”, exigencia que no figura en el texto de la AP.

<sup>46</sup> HERREROS, S. y GARCÍA-MILLÁN, T., op. cit., p. 30.

<sup>47</sup> LETURIA, F.J., “La contribución al desarrollo del Estado receptor como requisito de la noción de inversión: la experiencia de los países latinoamericanos”, en A. Tanzi, *et al*, op. cit, pp. 277-289.

<sup>48</sup> GARCÍA BOLÍVAR, O., “Definiendo la inversión en el CIADI: Por qué el Desarrollo Económico Debería ser el Elemento Fundamental”, *Investment Treaty News*, N°3, t. 2, 2012, pp.3-7. A este efecto, debe tenerse en cuenta que Turquía a través de diferentes ABI celebrados, ha exigido que la inversión cubierta contribuya a la economía del Estado receptor (UNCTAD, *World Investment Review 2018* (...), op. cit., p. 98).

<sup>49</sup> LETURIA, F.J., op. cit. pp. 290, 294, 295.

<sup>50</sup> MUNIZ, J., DUGAL, K. y PERETTI, L., op. cit., pp. 407-408.

<sup>51</sup> Aclarando este concepto, en nota al pie de página se manifiesta que, para mayor certeza, un inversionista tiene el propósito de realizar una inversión cuando ha realizado los actos esenciales necesarios para concretar dicha inversión, tales como la canalización de recursos para la constitución del capital de una empresa, la obtención de permisos o licencias, entre otros.

<sup>52</sup> En efecto, el art. 3.3.1. iv) del PBA excluye del concepto de inversión a cualquier costo u otras obligaciones económicas asumidas por el inversionista o su inversión antes del establecimiento de la inversión, incluso para cumplir con los reglamentos sobre la admisión de capital extranjero u otros límites y condiciones específicas, en los términos de la legislación sobre la admisión de las inversiones en un Estado Parte.

Este asunto no es menor, puesto que en una controversia suscitada contra la Argentina por la empresa norteamericana Lanco International (ICSID Case No. ARB/97/6<sup>53</sup>), el tribunal arbitral estimó que la proporción del 18,3% de las acciones resultaba suficiente para considerar a Lanco como inversor extranjero en los términos del ABI de la especie<sup>54</sup>.

Por otra parte, debe hacerse presente que ambos instrumentos excluyen del tratamiento de inversión extranjera, para estos efectos, a la deuda pública.

Sin embargo, además de ello, el PBA excluye a las inversiones indirectas, de cartera o portafolio<sup>55</sup>, siguiendo así los lineamientos del modelo brasileño<sup>56</sup> lo cual supone una diferencia relevante si se le compara con los instrumentos “tradicionales” que regulan esta materia.

Luego, al referirse al inversionista el PC centra esta calificación en la nacionalidad (art. 10.1), mientras que el PBA le brinda tal estatus no solo al nacional, sino que también a aquel sujeto que cuenta con residencia permanente en el Estado parte (art. 3.4.a)).

## 2.2 Trato Nacional (TN)

Su reconocimiento supone una de las cláusulas estándar<sup>57</sup> en los instrumentos “tradicionales” de inversión extranjera, y siguiendo esta línea, el art. 10.4 del PC reconoce esta prerrogativa entre el inversionista foráneo y el nacional, en circunstancias similares, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones en su territorio.

El precepto análogo es el art. 5 del PBA, que no emplea el término “trato nacional”, sino que le denomina “no discriminación”, consignando que sujeto “un Estado Parte otorgará a los inversionistas de otro Estado Parte y sus inversiones, un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas y sus inversiones”.

Hace la salvedad luego que, lo dispuesto en ese artículo no impide la adopción y aplicación de nuevos requisitos o restricciones legales a los inversionistas y sus inversiones, agregando además que esta normativa no supone exigir a la eliminación de cualquier procedimiento de admisión de una inversión, ni merma la posibilidad de aplicar sanciones incumplimiento de la legislación aplicable, siempre y cuando no sean discriminatorios.

---

<sup>53</sup> <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/97/6>

<sup>54</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Sistema de Derecho Económico Internacional*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 392.

<sup>55</sup> Al efecto, siguiendo lo dicho por el profesor Fernández Rozas, entendemos por inversión de cartera aquella que incluye la compra de activos financieros, sin la necesidad de contar con un control significativo en la gestión de los activos reales en que se basan aquéllos, como determinados derechos contractuales, intereses en deudas empresariales, participaciones en arrendamientos financieros, hipotecas y reconocimiento de deuda (FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Sistema (...)*, op. cit., p. 368).

<sup>56</sup> MUNIZ, J., DUGAL, K. y PERETTI, L., op. cit., p. 407; ARROYO PICARDO, A. y GHIOTTO, L., “Brasil y la nueva generación de Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones: un análisis del Tratado con México”, *Relaciones Internacionales*, N° 52, 2017, p. 44; VIERA MARTINS, J., op. cit., p. 1.

<sup>57</sup> HERREROS, S. y GARCÍA-MILLÁN, T., op. cit., p. 26.



Se aclara, en el art. 5.5. que el PBA se aplica a las inversiones realizadas, aun cuando no hayan comenzado a “operar sus negocios” en dicho territorio, lo que debemos relacionar con el citado art. 3.4. para determinar cuándo se han practicado para ese instrumento.

### 2.3 Nación más Favorecida (NMF)

El art. 10.5 del PC alude a la NMF<sup>58</sup> señalando que el Estado parte debe dar un trato no menos favorable, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de las inversiones en su territorio.

Sin embargo, se precisa que aquel trato no menos favorable no comprende los mecanismos o procedimientos de solución de controversias, que se encuentren fijados en acuerdos internacionales comerciales o de inversiones.

Aun cuando el art. 5.2 del PBA parece seguir esa línea, el art. 5.6 restringe esta prerrogativa al disponer que no puede invocarse un trato más favorable otorgado en virtud de tratados de inversión, de doble imposición u otros que contengan disposiciones en materia de inversiones, suscriptos con anterioridad a la entrada en vigor de ese instrumento.

Luego, el art. 5.7 afirma que, para mayor certeza, estas disposiciones no se aplican para incorporar disposiciones “sustantivas” ni de solución de controversias no contenidas en el PBA.

Sobre el particular, debe advertirse, que aun cuando el TN y el trato NMF se han posicionado como “principios rectores”<sup>59</sup> que, en mayor o menor intensidad presiden esta materia, existe una tendencia presente en países de realidades muy diferentes, como Suecia, Turquía y Ghana<sup>60</sup> de restringir el alcance de la cláusula NMF, lo cual resultaría positivo, a fin de desincentivar comportamientos oportunistas de los inversores (*treaty shopping*)<sup>61</sup>, por lo cual, la postura del Mercosur no puede mirarse como una medida aislada.

### 2.4 Trato Justo y Equitativo (TJE)

Otra diferencia entre ambos instrumentos se da en lo que atañe al nivel mínimo de trato. Al efecto, el art. 10.6 del PC y su anexo, abordan el tópico al decir que cada parte debe otorgar a las inversiones cubiertas un trato acorde con el Derecho Internacional consuetudinario, incluyendo el TJE, y la protección y seguridad plenas (PSP), definiendo qué debe entenderse por tal<sup>62</sup>, buscando precisar

<sup>58</sup> Debe tenerse presente que el caso emblemático que dio lugar a la cláusula NMF fue la controversia Maffezini con España (<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/97/7>)

<sup>59</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Sistema*, op. cit., pp. 394-395.

<sup>60</sup> Ver VANDEVELDE, K., “Rebalancing through Exceptions”, *Lewis & Clark Law Review*, vol. 17, N° 2, 2013, p. 450.

<sup>61</sup> FERNÁNDEZ PÉREZ, A., op. cit. pp. 98-99.

<sup>62</sup> Al efecto, “trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos penales, civiles o contenciosos administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo, y “protección y seguridad plenas” exige a cada Parte otorgar un nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario.

estos términos<sup>63</sup>, añadiendo que la violación de cualquier otra disposición de ese instrumento no supone una violación del nivel mínimo de trato, lo cual sirve como una limitación relevante frente a eventuales arbitrajes internacionales.

Sobre el particular, se ha hecho hincapié en la necesidad de buscar se acote, mediante el empleo de una definición puntual qué debe entenderse por TJE y PSP, puesto que los contornos de estos conceptos varían mucho<sup>64</sup> según el criterio pro inversor o pro Estado que se adopte. En efecto, a la luz de estas dos posturas algunos afirman que el contenido de ello ya forma parte del Derecho consuetudinario internacional, que no debiese ser cuestionado ni amenazado, mientras otros, negando esta lectura, se limitan a indicar que el ámbito de ello debe extraerse del tenor de los tratados bilaterales específicamente firmados, y no ir más allá, por lo cual, si no se plasman estas garantías en el instrumento rector el inversionista no contaría con este estándar<sup>65</sup>.

El PBA en cambio<sup>66</sup>, no emplea esas cuestionadas<sup>67</sup> terminologías, sino que se limita a indicar, en su art. 4, que no se deben denegar a los inversionistas el acceso a la justicia y a los procedimientos administrativos, de conformidad con su legislación nacional<sup>68</sup>. Agrega más adelante que, se debe otorgar a los inversionistas y sus inversiones un tratamiento ajustado al debido proceso legal.

El acceso a la justicia y el debido proceso se han entendidos<sup>69</sup> como principios básicos a nivel latinoamericano, que importan un estándar mínimo de tratamiento que se debe brindar, y que en sí son la parte sustantiva del justo y equitativo trato, de modo más concreto y puntual.

## 2.5 Requisitos de Desempeño

He aquí otra diferencia sustancial entre el PC y el PBA, puesto que, en una línea marcadamente protectora del inversionista, y plasmando un principio que se ha estimado rector<sup>70</sup> en el modelo “tradicional”, los arts. 10.8 y 10.9 del primer texto citado proscriben (con las salvedades del art. 10.8.5) que los Estados receptores fijen requisitos de desempeño a los inversionistas<sup>71</sup>, relacionados con exportaciones, uso de contenido nacional, y nombramiento de ejecutivos, entre otros aspectos –que irían en la línea de un reconocimiento explícito, para determinadas situaciones, del

---

<sup>63</sup> POLANCO LAZO, R., “Two Worlds (...)”, op. cit., pp. 85-86.

<sup>64</sup> HERREROS, S. y GARCÍA-MILLÁN, T., op. cit. p. 20.

<sup>65</sup> Ver HERNÁNDEZ, J., op. cit., pp. 212-219.

<sup>66</sup> Ahora bien, debe advertirse que la omisión del trato justo y equitativo no es algo inédito, y la limitación de su alcance, a fin de acotar su interpretación amplia, ha sido ya prevista en otros instrumentos, como el acuerdo entre la India y Singapur, del año 2005 (SORNARAJAH, M., op. cit., p. 225).

<sup>67</sup> ECHAIDE, J., “Condicionantes sistémicos para un concreto ejercicio del derecho humano al agua: Un análisis del caso «Suez v. Argentina» ante el CIADI”, en Echaide, J. (dir.), op. cit., p. 132.

<sup>68</sup> Al efecto, debe tenerse en cuenta que el art. 4.3 del PBA indica que, para mayor certeza, los estándares de “trato justo y equitativo”, de “protección y seguridad plena” y la fase de pre-establecimiento no son cubiertos por ese instrumento.

<sup>69</sup> PRIETO MUÑOZ, J., op. cit., pp. 623-624.

<sup>70</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Sistema*, op. cit., pp. 395-396.

<sup>71</sup> Se permite sí que una Parte condicione la recepción de una ventaja, o que se continúe recibiendo una ventaja, en relación con una inversión en su territorio por parte de un inversionista, al cumplimiento del requisito de que se ubique la producción, preste servicios, capacite o emplee trabajadores, construya o amplíe instalaciones particulares o realice trabajos de investigación y desarrollo, en su territorio.

principio general de TN<sup>72</sup>-, elementos que no aparecen en el articulado del PBA, que no establece una limitación en este aspecto.

## 2.6 Transferencias

Es una materia tratada en el art. 10.11 y en el Anexo 10.11 del PC que, en general, confiere amplias libertades al inversionista<sup>73</sup>, al establecerse que debe permitírsele que todas las transferencias relacionadas con una inversión cubierta se hagan libremente y sin demora desde y hacia su territorio<sup>74</sup>, disponiendo que debe permitirse se realicen en una moneda de libre uso al tipo de cambio vigente en el mercado en la fecha de la transferencia.

Ahora bien, se indica que se puede impedir una transferencia mediante la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe, de sus leyes relativas a: (a) quiebra, insolvencia o protección de los derechos de acreedores (procedimientos concursales); (b) cumplimiento de resoluciones, sentencias o laudos dictados en procedimientos judiciales, administrativos o arbitrales de naturaleza tributaria; (c) emisión, comercio u operaciones de valores, futuros o derivados; (d) infracciones penales, o (e) reportes financieros o conservación de registros de transferencias cuando sea necesario para colaborar con el cumplimiento de la ley o las autoridades financieras regulatorias.

Por su parte, la regulación general sobre transferencias se trata en el art. 9 del PBA, en sus N<sup>os</sup>. 1, 2 y 3, en términos similares a los señalados, sin embargo, en el art. 9.4 se prescribe que nada de lo dispuesto en el PBA afecta el derecho de adoptar medidas reglamentarias relativas a la balanza de pagos durante una crisis en este ámbito, ni afecta los derechos y las obligaciones de los miembros del Fondo Monetario Internacional contenidos en su Convenio Constitutivo, en particular el uso de medidas cambiarias.

Más adelante, se reconoce expresamente las atribuciones de los Estados receptores para fijar restricciones a las transferencias, ya sea de conformidad a medidas prudenciales (art. 10), o aquellas adoptadas en relación con el sistema financiero (art. 11) y las excepciones de seguridad, conducentes a preservar el orden público, el cumplimiento de obligaciones para el mantenimiento o restauración de la paz o seguridad internacionales, la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad o aplicar disposiciones de sus leyes penales<sup>75</sup> (art. 12).

<sup>72</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Sistema*, op. cit., p. 395.

<sup>73</sup> Algunos autores han objetado estas prerrogativas tan amplias, que vendrían condicionadas por los tratados de libre comercio firmados con Estados Unidos, llegando incluso a postular que, sería adecuado que los países receptores establezcan la necesidad de que los beneficios se reinviertan en la región (CORREA SERRANO, M.A., op. cit., p. 465).

<sup>74</sup> Se especifica en el art. 10.11.1 del PC que dichas transferencias incluyen: (a) aportes de capital; (b) utilidades, dividendos, intereses, ganancias de capital, pagos por regalías, gastos por administración, asistencia técnica y otros cargos; (c) el producto de la venta o liquidación, total o parcial, de la inversión cubierta; (d) pagos realizados conforme a un contrato del que sea parte el inversionista o la inversión cubierta, incluidos pagos efectuados conforme a un contrato de préstamo; (e) pagos efectuados de conformidad con el art. 10.7, relativo a conflictos armados y con el art. 10.12, referente a expropiaciones e indemnizaciones, y (f) pagos que surjan de la aplicación de la Sección B del PC, sobre solución de diferencias.

<sup>75</sup> Este tipo de excepciones también se contemplan, por ejemplo, en el ABI modelo de Noruega, de 2007, en su art. 26, y en el ABI modelo de Turquía, de 2009, en su art. 4(2).

Como puede verse, con normas de este tipo se abre un crisol de circunstancias mediante las cuales se puede limitar la libre transferencia de recursos<sup>76</sup>. Con ello, los Estados receptores procuran eximirse de incurrir en responsabilidad internacional de verificarse estos supuestos. A nuestro juicio, suponen un paso más preciso y detallado, que brindan mayor certeza al que confieren las cláusulas más genéricas, del tipo “riesgo a la seguridad interna” que, en determinados casos, fueron empleadas por los países anfitriones ante crisis de diferente naturaleza, pero que recibieron distintas interpretaciones por los árbitros, todo lo cual, se ha traducido en una incertidumbre acerca del contenido de lo que cabe bajo su alero<sup>77</sup>.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que gran parte de las controversias que se han suscitado contra Argentina fueron promovidas por empresas concesionarias de servicios públicos que, se vieron afectadas por las medidas adoptadas por ese Estado, entre ellas, la ley N° 25.561, de emergencia pública y reforma del régimen cambiario<sup>78</sup>, que dejó sin efecto las cláusulas de ajuste en dólares y “pesificó” tasas y precios de contratos públicos<sup>79</sup>.

Se ha dicho que el concebir un régimen provisto de múltiples excepciones sirvió de impulso<sup>80</sup> para que Brasil haya cambiado de actitud y haya celebrado acuerdos bilaterales, “a su manera”, que se ajustan a sus posiciones fundamentales acerca de la inversión extranjera.

## 2.7 Expropiaciones e Indemnización

Este tópico es abordado en el art. 10.12 y en el anexo 10.12 del PC, en los cuales se precisa que un acto o una serie de actos de una parte no constituye una expropiación, a menos que interfieran sustancialmente con un derecho de propiedad, tangible o intangible, o con los atributos o facultades esenciales del dominio de una inversión.

Esta regulación contempla la expropiación directa, la cual tiene lugar cuando una inversión es nacionalizada o de otra manera despojada directamente mediante la transferencia formal del título o del derecho de dominio, y también la expropiación indirecta, que se verifica mediante un acto o una serie de actos, los cuales tienen un efecto equivalente al de una expropiación directa sin la transferencia formal del título o del derecho de dominio.

Se precisa que la determinación de si un acto o una serie de actos, en una situación de hecho específica, constituye una expropiación indirecta, requiere de una investigación fáctica, que considere, entre otros factores: (i) el impacto económico del acto gubernamental, advirtiendo que aunque un acto o una serie de actos tenga un efecto adverso sobre el valor económico de una inversión, por sí solo, no implica que una expropiación indirecta haya ocurrido; (ii) el grado en el cual el acto o serie

---

<sup>76</sup> Ahora bien, es menester indicar que el reconocimiento de medidas prudenciales no es una exclusividad de esta zona del orbe, puesto que también se encuentran presentes, por ejemplo, en el ABI modelo de Noruega, de 2007, (art. 25) y en el ABI modelo de México, de 2008, [art. 7 (3)].

<sup>77</sup> VANDELDE, K., op. cit., pp. 454-459.

<sup>78</sup> Ver TITI, C., op. cit., pp. 381-384.

<sup>79</sup> BAS, M., “América (...)”, op. cit., p. 138.

<sup>80</sup> Sobre las excepciones como herramienta para incorporarse al sistema internacional de acuerdos bilaterales ver VANDELDE, K., op. cit., p. 455.

de actos gubernamentales interfieren con las expectativas inequívocas y razonables de la inversión, y (iii) el carácter del acto gubernamental.

Como bien puede entenderse, el atender a las expectativas del inversor aumenta el alcance de la responsabilidad del Estado, y este criterio demanda indagar también la estabilidad y consistencia del Estado anfitrión. Ante este amplio espectro de posibilidades, algunos especialistas<sup>81</sup> han postulado que sería adecuado que se elimine la referencia a las expectativas, habida cuenta que este criterio genera mucha incertidumbre, y que, en ese carácter, puede conducir a efectos no deseados que traigan aparejados deberes de reparar diferentes comportamientos gubernamentales legítimos.

El PC precisa además que, salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público (como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente).

Aclarado lo anterior, el PC dispone que los Estados no pueden expropiar o nacionalizar, a menos que concurren determinados requisitos: (a) que ésta sea por causa de propósito público<sup>82</sup>; (b) de una manera no discriminatoria; (c) mediante el pago de una indemnización; (d) con apego al principio del debido proceso.

Aquella indemnización debe cumplir determinados requisitos: (a) ser pagada sin demora; (b) ser equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo (“fecha de expropiación”); (c) no reflejar ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación, y (d) ser completamente liquidable y libremente transferible.

Por su parte, el art. 6 PBA rotulado como “expropiaciones directas” dispone que los Estados no pueden expropiar las inversiones cubiertas, salvo que sea: (a) por utilidad pública, interés público o interés social; (b) de forma no discriminatoria; (c) mediante el pago de una compensación efectiva<sup>83</sup>; y (d) de conformidad con el debido proceso legal.

Luego, en el N°2, se indica que la indemnización debe (a) ser pagada sin demoras “indebidas”, de conformidad con el ordenamiento jurídico del Estado Parte Anfitrión; (b) ser equivalente al valor justo de mercado de la inversión expropiada inmediatamente antes de la expropiación efectiva o antes de que la inminencia de la misma fuera de conocimiento público, lo que suceda primero; y (c) ser pagable y libremente transferible

Esta opción que excluye las expropiaciones indirectas proviene del modelo brasilero, inspirado en la lógica de que el inversionista extranjero no debe colocarse en mejores condiciones que el inversionista nacional, y por tanto, queda sujeto a los cambios regulatorios que dicte la autoridad en el ejercicio de sus legítimas atribuciones<sup>84</sup>.

<sup>81</sup> PRIETO MUÑOZ, J., op. cit., pp. 624-626.

<sup>82</sup> El término “propósito público” se refiere a un concepto del derecho internacional consuetudinario. La legislación de una Parte puede expresar este concepto o uno similar usando diferentes términos, tales como “necesidad pública”, “interés público,” “utilidad pública” o “interés social”.

<sup>83</sup> En nota al pie de página se indica que cuando Brasil fuere el Estado parte que expropia, para la expropiación de propiedad que no esté cumpliendo su función social, de acuerdo con la Constitución y la legislación aplicable, la compensación puede pagarse mediante títulos de deuda

<sup>84</sup> MUNIZ, J., DUGAL, K. y PERETTI, L., op. cit., p. 410; ACTIS, E., op. cit., pp. 29-30; VIERA MARTINS, J., op. cit. p. 11.

Esta es una temática que sigue siendo controvertida, puesto que aun cuando el grueso de los acuerdos bilaterales ampara la expropiación indirecta, no está clara la diferencia entre este “despojo” material equivalente y las medidas regulatorias gubernamentales que no requerirían compensación<sup>85</sup>. Así las cosas, de admitir “sin atenuantes” la expropiación indirecta se merman las atribuciones regulatorias de los Estados, coartando medidas en beneficio del medioambiente, la salud de su población u otros rubros de interés público<sup>86</sup>.

## 2.8 Solución de Controversias

En esta materia encontramos un diferencia sustantiva, puesto que mientras el PC brinda al inversionista una serie de caminos para resolver una eventual disputa, ya sea mediante arbitraje del sistema CIADI o de otros foros<sup>87</sup>, el PBA establece que, ante un conflicto entre un inversionista y el Estado receptor de ella, el Estado de origen del primero es el que debe promover consultas ante las instancias especialmente creadas al efecto, y luego, si ellas no prosperasen, el asunto debe ser resuelto a través de los mecanismos de solución de disputas (interestatales) del propio Mercosur, que en la práctica se traducen en un arbitraje *ad hoc* o a través del sometimiento de la contienda al Tribunal Permanente de Revisión, del Protocolo de Olivos, de 2002.

Como puede apreciarse, la diferencia fundamental se encuentra en el legitimado activo que impulsa un proceso, como también en los mecanismos a los cuales se puede acudir<sup>88</sup>. El que PBA requiera que el inversionista obtenga el patrocinio de su Estado de origen para promover una disputa, lo cual podría mirarse como el renacimiento de la protección diplomática<sup>89</sup>, que tanto rechazó América Latina durante gran parte del siglo pasado, por los riesgos políticos involucrados<sup>90</sup> y además ha sido criticado<sup>91</sup> porque hace prever que se dilaten los litigios.

Así, mientras el PC, dispone en el art. 10.15 que, en caso de una controversia relativa a una inversión, las partes contendientes deben, en primer término, tratar de solucionarla mediante consultas y negociación, a fin de superarla de forma amistosa, durante un plazo mínimo de seis meses, el art. 23 del PBA contempla un

---

<sup>85</sup> Ver OCDE, «*Indirect Expropriation*» and the «*Right to Regulate*» in *International Investment Law*, OECD Working Papers on International Investment, Paris, 2004, pp. 2-22; HERREROS, S. y GARCÍA-MILLÁN, T., op. cit. p. 27.

<sup>86</sup> Muy vinculado con la temática de salud es menester advertir que tanto el PC (art. 10.12.5), como el PBA (art. 6.5.) excluyen del régimen de expropiaciones a las licencias obligatorias, con arreglo a la normativa del Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de la OMC.

<sup>87</sup> Debe hacerse presente que, en los últimos ABI celebrados, a nivel global, está perdiendo protagonismo el CIADI como foro para resolver las controversias inversor-Estado (UNCTAD, *World Investment Review 2018* (...), op. cit., pp. 96-98).

<sup>88</sup> Además, es útil tener en cuenta que el art. 24.2 del PBA determina que el régimen de solución de controversias puede ser invocado para atender una diferencia relacionada con las inversiones siempre que no haya transcurrido un plazo mayor a cinco años contados a partir de la fecha en que el Estado Parte tuvo por primera vez o debió haber tenido conocimiento por primera vez de los hechos que dieron lugar a la controversia. Mientras que el art. 10.18 del PC prevé que ninguna reclamación puede someterse a arbitraje, si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en que el demandante, tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación alegada.

<sup>89</sup> MUNIZ, J., DUGAL, K. y PERETTI, L., op. cit., p. 415.

<sup>90</sup> KALICKI, J. y MEDEIROS, S., op. cit., pp. 58-59.

<sup>91</sup> MONEBHURRUN, N., op. cit., p. 89

procedimiento de “prevención de controversias”<sup>92</sup>, ante la Comisión<sup>93</sup>, que debe convocar a una reunión, luego de lo cual se abre un término para evaluar el escrito inicial, intentar arribar a una solución y preparar un informe<sup>94</sup>.

En caso de que la diferencia no se resuelva una vez cumplidos los plazos establecidos o de que no haya participación de un Estado Parte involucrado en las reuniones de la Comisión convocadas, aquélla puede ser sometida a los reseñados procedimientos y mecanismos de solución de controversias vigentes en el Mercosur, de conformidad con el art. 24.

Debe tenerse en cuenta que estas normas siguen el modelo brasileño<sup>95</sup>, que no contempla mecanismos de solución de disputas inversor-Estado, y propone un sistema de prevención de controversias Estado-Estado<sup>96</sup>. Fijando a la par, la existencia de Puntos Focales Nacionales o Ombudsman en cada Estado, para la prevención de contiendas y la facilitación de su resolución (en la búsqueda de evitar la judicialización de controversias<sup>97</sup>), y la conformación de una Comisión conjunta, encargada de evaluar la controversia mediante consultas y negociaciones entre los Estados partes<sup>98</sup>, como requisito previo para el inicio de un arbitraje interestatal.

A su turno, importante resulta ser la incompatibilidad prevista en el art. 24.4 del PBA que dispone que una controversia relativa a una inversión que haya sido sometida a los procedimientos establecidos en los arts. 23 (Procedimiento de Prevención de Controversias) y 24 (Solución de Controversias entre los Estados Partes) no puede ser sometida a los procedimientos arbitrales establecidos en tratados bilaterales de inversión u otro acuerdo con disposiciones relativas a inversiones del que los Estados Partes sean o lleguen a ser parte.

Este replanteamiento del modelo busca evitar el trato privilegiado que recibe el inversionista extranjero frente al nacional, mediante atribuciones que se han estimado como “cláusulas draconianas”<sup>99</sup> del modelo tradicional de acuerdos de inversión.

<sup>92</sup> Debe tenerse en cuenta que el art. 24.3 del PBA excluye del mecanismo de solución de controversias el art. 14 (sobre responsabilidad social empresarial), el párrafo 1 del art. 15 (acerca de medidas sobre inversiones y lucha contra la corrupción y la ilegalidad) y el párrafo 2 del art. 16 (relativas a disposiciones sobre inversiones y medio ambiente, asuntos laborales y salud).

<sup>93</sup> Cuya composición y funciones se detallan en el punto 2.12 de este informe.

<sup>94</sup> En relación con este informe se ha advertido que no queda claro su valor vinculante, ya con respecto a las partes o sobre el eventual arbitraje que proceda (MONEBHURRUN, N., op. cit., p. 89).

<sup>95</sup> Ver BAS, M., “América (...)”, op. cit., p. 139.

<sup>96</sup> Conviene destacar que esto supone un giro respecto a lo previsto en el anterior instrumento de Mercosur que buscó regular este tipo de asuntos, el Protocolo de Colonia, de 1994 -que, si bien nunca entró en vigor, por la falta de ratificaciones- se pactó bajo la lógica de entregar la solución de las controversias que se suscitaren entre el inversionista y el Estado receptor de esos capitales al arbitraje dentro del modelo CIADI.

<sup>97</sup> ACTIS, E., op. cit., p. 29.

<sup>98</sup> Debe tenerse en cuenta, que con arreglo al art. 23.3 del PBA, la participación del inversionista es eventual, al indicar que, si la medida en cuestión afecta a un inversionista específico, el escrito inicial del Estado Parte que comienza el procedimiento debe identificarlo, precisando que la Comisión “podrá” invitar a sus representantes a participar de sus reuniones, conforme a la normativa MERCOSUR vigente.

Asimismo, se indica que, siempre que sea pertinente para el examen de la medida de que se trate, la Comisión puede invitar a otras partes interesadas a comparecer ante la Comisión y presentar sus puntos de vista sobre dicha medida.

<sup>99</sup> BAS, M., “América (...)”, op. cit., p. 139.

Ahora bien, debe advertirse una vez más que rechazo al sistema de solución de litigios inversor-Estado receptor, tan característico de Brasil<sup>100</sup>, tampoco es una exclusividad del Mercosur, puesto que también se han mostrado contrarios al mantenimiento de este modelo países como Australia, que desde ya hace más de 7 años ha venido presentando reparos acerca de cómo se ha desenvuelto este modelo<sup>101</sup>.

### 2.8.1 Transparencia en la solución de diferencias

Desde ya vale la pena advertir que éste ha sido uno de los tópicos criticados respecto a los procedimientos ante el CIADI, indicándose que la opacidad con la cual se han llevado muchas disputas es uno de los elementos que le ha hecho perder legitimidad ante la comunidad. Así las cosas, la confidencialidad, que resulta tan inherente al arbitraje comercial internacional, ha perdido terreno en materia de inversiones, por las exigencias de publicidad y transparencia con que deben actuar los organismos públicos, y ello incluso ha sido reconocido en controversias ante el CIADI<sup>102</sup>, como ocurrió en el caso Metalclad Corp./México<sup>103</sup>.

Sobre este aspecto, el art. 23.5 del PBA (siguiendo lo establecido por el art. 23.4 del modelo brasilero) dispone que los registros de las reuniones celebradas en el ámbito del procedimiento de prevención de controversias y toda la documentación conexas deben ser “confidenciales”, con excepción del informe que debe presentar la Comisión, sujeto a la legislación de cada Estado Parte sobre la divulgación de información.

Aquella confidencialidad no deja de ser contradictoria, puesto que es menester tener en cuenta que el art. 8 del PBA consagra la regla de la transparencia de modo general, -que ha sido tan celebrada por un sector<sup>104</sup>- acerca de las medidas que puedan afectar al inversionista, no obstante lo cual, ello queda en entredicho al verificarse el análisis de una diferencia.

Respecto de este punto, el art. 10.21 del PC establece, como regla general, la transparencia del arbitraje que se desarrolle para resolver la controversia de que se trate, lo cual da cuenta de que la transparencia se ha posicionado como un principio fundamental del discurso latinoamericano en materia de inversiones<sup>105</sup>, que ayuda a legitimar las decisiones que adopten los juzgadores, al materializar el ejercicio de los derechos de acceso a la información y la libertad de expresión de los sujetos afectados por una decisión arbitral, que se extraña en el texto del Mercosur.

## 2.9 Responsabilidad Social Empresarial

Esta materia corresponde a una de las cláusulas que desde hace algún tiempo se están incorporando en esta clase de instrumentos, que se han denominado como normas de inversión responsable<sup>106</sup>. Sobre el particular, el art. 10.30.1. del PC establece que se reconoce la importancia de promover que las empresas que operen

---

<sup>100</sup> MONEBHURRUN, N., op.cit., pp. 82, 90.

<sup>101</sup> TITI, C., op. cit., pp. 358-359; MONEBHURRUN, N., op.cit., p. 91.

<sup>102</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Sistema*, op. cit., p. 398.

<sup>103</sup> [https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB\(AF\)/97/1](https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB(AF)/97/1)

<sup>104</sup> MONEBHURRUN, N., op. cit., pp. 85-86, 94.

<sup>105</sup> PRIETO MUÑOZ, J., op. cit., pp. 626-628.

<sup>106</sup> HERREROS, S. y GARCÍA-MILLÁN, T., op. cit., p. 24.



en su territorio o que estén sujetas a su jurisdicción apliquen políticas de sostenibilidad y responsabilidad social y que impulsen el desarrollo del país receptor de la inversión.

Luego, en el N°2 precisa que se debe fomentar que las empresas que operen dentro de su territorio o sujetas a su jurisdicción, incorporen “voluntariamente” en sus políticas, estándares de responsabilidad social corporativa reconocidos internacionalmente, tales como declaraciones de principios que hayan sido aprobadas o sean apoyadas por las partes<sup>107</sup>, incluyendo entre otros, estándares en materia de derechos humanos, derechos laborales, medio ambiente, lucha contra la corrupción, intereses de los consumidores, ciencia y tecnología, competencia y fiscalidad.

A su turno, el art. 14.1 del PBA<sup>108</sup>, dispone que los inversionistas y sus inversiones deben esforzarse por lograr el más alto nivel posible de contribución al desarrollo sustentable del Estado anfitrión y la comunidad local<sup>109</sup>, a través de la adopción de un alto grado de prácticas socialmente responsables, sobre la base de los principios y normas voluntarias establecidas en ese precepto.

Más adelante, en el N° 2 se precisa que los inversionistas y sus inversiones deben desarrollar sus mejores esfuerzos para cumplir una serie de “principios y normas voluntarias”<sup>110</sup>, para una conducta empresarial responsable y coherente con las leyes aplicadas por el Estado anfitrión.

Esta clase de preceptos superan la concepción “tradicional” de los acuerdos sobre inversiones, puesto que colocan sobre los hombros del inversor una serie de deberes asociados al desarrollo sustentable<sup>111</sup>, que aun cuando no resultan imperativos -razón por la cual han sido catalogados con disposiciones conceptualmente insuficientes<sup>112</sup> o confusos<sup>113</sup>-, suponen un avance en la evolución

<sup>107</sup> Para estos efectos, el N°3 de ese precepto dispone que se tomen en cuenta las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, y luego se encomienda a las partes el identificar y compartir las mejores prácticas implementadas por ellas para poner en marcha los compromisos de las Directrices y de esa manera potenciar la contribución de las empresas multinacionales al desarrollo sostenible.

<sup>108</sup> Disposición que ha sido destacada a nivel global por fomentar inversiones responsables (UNCTAD, *World Investment Review 2018* (...), op. cit., p. 98).

<sup>109</sup> Sobre este particular, debe tenerse en cuenta que el modelo brasilero, en su art. 14, prevé la contribución al desarrollo económico del país, al decir “Investors and their investment shall strive to achieve the highest possible level of contribution to the sustainable development of the Host State and the local community, through the adoption of a high degree of socially responsible practices, based on the voluntary principles and standards” (Ver MUNIZ, J., DUGAL, K. y PERETTI, L., op. cit., p. 409).

<sup>110</sup> Los anotados principios y normas voluntarias comprenderían, entre otras: (a) estimular el progreso económico, social y ambiental, con miras a lograr el desarrollo sustentable; (b) respetar los derechos humanos de las personas involucradas en las actividades de las empresas, de conformidad con las obligaciones y los compromisos internacionales del Estado parte anfitrión; (c) promover el fortalecimiento de la construcción de las capacidades locales a través de una estrecha colaboración con la comunidad local; (d) fomentar el desarrollo del capital humano, en especial mediante la creación de oportunidades de empleo, y facilitar el acceso de los trabajadores a la formación profesional; (e) abstenerse de buscar o de aceptar exenciones que no estén establecidas en la legislación del Estado parte anfitrión, en relación con el medio ambiente, la salud, la seguridad, el trabajo, los incentivos financieros u otras cuestiones, entre otras.

<sup>111</sup> HERNÁNDEZ, J., op. cit., p. 232.

<sup>112</sup> ECHAIDE, J., “Reflexiones (...)”, op. cit., pp. 234-235.

<sup>113</sup> MONEBHURRUN, N., op. cit., p. 98.

de los textos sobre Derecho de las inversiones extranjeras, hacia un mayor equilibrio<sup>114</sup>.

Resulta conveniente advertir que hay autores llaman a ir más allá, promoviendo que en los acuerdos sobre inversiones se introduzcan obligaciones a los inversores, relativos a la sostenibilidad de los proyectos, los estándares internacionales del desarrollo sostenible, configurando procedimientos que permitan reclamar a los perjudicados la responsabilidad penal o civil de los inversores extranjeros en caso de incumplimiento<sup>115</sup>.

## 2.10 Prevenciones Regulatorias<sup>116</sup>

Haciendo eco de una tendencia global de orientar los acuerdos hacia las pautas del desarrollo sostenible y de preservación del espacio regulatorio<sup>117</sup>, el art. 10.31.1 del PC establece que nada de lo dispuesto en ese instrumento debe interpretarse como impedimento para que se adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida, que sea compatible con ese instrumento, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia de salud, medioambientales<sup>118</sup> u otros objetivos regulatorios.

Luego, el N° 2 reconoce que no es adecuado alentar la inversión por medio de un relajamiento de las medidas internas relacionadas con salud, medio ambiente u otros objetivos regulatorios.

Debe tenerse en cuenta que la lógica “tradicional” del Derecho de inversiones tiende a operar con un sesgo predeterminado contra el cambio en el sistema regulador del Estado anfitrión, una especie de “camisa de fuerza”<sup>119</sup> que naturalmente se encuentra desalineado con los dinámicos e impredecibles desafíos políticos<sup>120</sup>. En este sentido, el contener esta preceptiva supone aclarar y reconocer las prerrogativas propias de las entidades gubernamentales.

Al efecto, se ha sostenido<sup>121</sup> que en los acuerdos enfocados hacia el desarrollo sostenible no resulta aconsejable que se establezcan “cláusulas de estabilización”<sup>122</sup> que, a la larga, terminan perjudicando los intereses del Estado en beneficio del inversor.

---

<sup>114</sup> HERREROS, S. y GARCÍA-MILLÁN, T., op. cit., p. 31; MONEBHURRAN, N., op. cit., p. 82.

<sup>115</sup> FERNÁNDEZ PÉREZ, A., op. cit., p. 118

<sup>116</sup> Prevenciones de este tipo pueden también encontrarse en otros instrumentos bilaterales, como el ABI Canadá – China, de 2012, en que se formulan excepciones de este tipo en el artículo 33, bajo el título excepciones generales

<sup>117</sup> UNCTAD, *World Investment Review 2018* (...), op. cit., p. 96.

<sup>118</sup> Debe tenerse en cuenta, por ejemplo, que, en materia medioambiental, en laudo Santa Elena S.A. v. Costa Rica (ICSID Case No. ARB/96/1, [http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C152/DC539\\_En.pdf](http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C152/DC539_En.pdf)), resuelto el año 2000, se desestima el bien común envuelto en esa clase de medidas, al indicar que: “72. Expropriatory environmental measures—no matter how laudable and beneficial to society as a whole—are, in this respect, similar to any other expropriatory measures that a state may take in order to implement its policies: where property is expropriated, even for environmental purposes, whether domestic or international, the state’s obligation to pay compensation remains”.

<sup>119</sup> SCHULTZ, T. y DUPONT, C., op. cit., p. 1152.

<sup>120</sup> PAINE, J., “On Investment Law and questions of change”, *Journal of World Investment & Trade*, vol. 19, 2018, p. 186.

<sup>121</sup> FERNÁNDEZ PÉREZ, A., op. cit., p. 100

<sup>122</sup> Sobre esta materia, vale tener en cuenta que, en el nuevo estatuto de la inversión extranjera de Chile, uno de los Estados miembros de la Alianza del Pacífico, se eliminó la figura de la invariabilidad

Por otro lado, el art. 16.1 del PBA señala que no hay impedimento para que un Estado parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida que considere apropiada para garantizar que las actividades de inversión en su territorio se efectúen de conformidad con su legislación laboral, ambiental o de salud, siempre y cuando esa medida no constituya una discriminación arbitraria o injustificable o una restricción encubierta.

Respecto a esta materia, debe recordarse que un caso emblemático relacionado con la protección de la salud pública tuvo lugar con ocasión del litigio que promovió Philip Morris (Suiza) contra un miembro del Mercosur, el Uruguay<sup>123</sup>, en el cual el actor alegó una expropiación indirecta, falta de trato justo y equitativo, y falta de debido proceso con motivo de las medidas que se adoptaron en ese país para reducir el consumo de tabaco. Ante lo cual, el reclamado indicó que las acciones cuestionadas no se aplicaron de forma discriminatoria, puesto que afectaron a todas las compañías tabacaleras, implicando un ejercicio razonable y de buena fe de las prerrogativas soberanas de ese Estado.

Conocida la controversia bajo el régimen del CIADI<sup>124</sup>, se resolvió en favor de esa república oriental, aseverando que se actuó en ejercicio de los poderes de policía, de forma no discriminatoria, en la búsqueda de proteger el bien público.

De manera análoga al PC, el art. 16.2 del PBA dispone que se reconoce que no es apropiado estimular la inversión disminuyendo los estándares de la legislación laboral y ambiental o de las medidas de salud, por lo cual, los Estados signatarios se comprometen a no modificar o derogar, ni ofrecer hacer ello, para estimular una inversión en su territorio, en la medida que dicha medida implique la disminución de sus estándares laborales o ambientales.

Lo interesante es que se habilita a un Estado parte que, si considera que otro signatario ha ofrecido este tipo de incentivos, pueda solicitar consultas sobre ello, lo que supone una interesante medida de fiscalización de medidas regulatorias a la baja.

## 2.11 Institucionalidad

El art. 10.33 del PC establece un Comité Conjunto<sup>125</sup>, conformado por el Subcomité de Inversión y el Subcomité de Servicios, el cual tiene como objetivo

---

tributaria, que se encontraba presente en su normativa desde los años setenta, que en su oportunidad fue precursora en América Latina en el otorgamiento de este tipo de medidas (Ver GALLEGOS ZÚNIGA, J., “Nuevos escenarios de la inversión extranjera en Chile”, *Tribuna Internacional*, vol. 5, Nº 9, 2016, pp. 29-51).

<sup>123</sup> Ver BAS, M., “Philip Morris contra Uruguay: Protección de inversiones, soberanía y salud pública”, en Echaide, J. (dir.) op. cit., pp. 81-106; ZARRA, G., op. cit., pp. 94-120; VOON, T., “Philip Morris v. Uruguay: Implications for Public Health”, *Journal of World Investment & Trade*, vol. 18, 2017, pp. 320-331.

<sup>124</sup> <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/10/7>. Además, debe tenerse presente que esta misma lógica también se ha seguido en otros arbitrajes fuera del CIADI, como puede verse en controversias resueltas bajo el régimen NAFTA/UNCITRAL, aun cuando no puede sostenerse, con propiedad que este es un criterio predominante ni sólidamente asentado, tal efecto ver ZARRA, G., op. cit., pp. 102-104.

<sup>125</sup> El Comité Conjunto se integra en el caso de: (a) Chile, por la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales; (b) Colombia, por el Viceministerio de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; (c) México, por la Subsecretaría de Comercio Exterior de la Secretaría de Economía, y (d) Perú, por el Viceministerio de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.

velar por la implementación y administración de los capítulos 9 (sobre comercio transfronterizo de servicios) y 10, (sobre inversiones), a través del intercambio de información y cooperación sobre estos temas.

Además de este organismo, debe tenerse en cuenta que, a la Comisión de Libre Comercio, prevista en el capítulo 16 del PC, le corresponde efectuar la interpretación obligatoria acerca de las disposiciones de este instrumento subregional, lo cual busca conferir mayor certeza respecto del alcance de sus disposiciones, y evitar la eventual discrecionalidad y pronunciamientos contradictorios de los árbitros al conocer un potencial conflicto<sup>126</sup>.

A su turno, la parte III del PBA, bajo el rótulo Gobernanza Institucional y Prevención de Controversias, sigue el modelo brasileiro de diálogo permanente y prevención de litigios<sup>127</sup>, dispone, en su art. 17, que ese instrumento se administra por una Comisión<sup>128</sup> integrada por representantes de los Estados Partes.

Interesante resulta ser la figura prevista en el art. 18 del PBA, que dispone que cada Estado parte debe designar, un Punto Focal Nacional (PFN) u “Ombudsman”<sup>129</sup>, cuya principal responsabilidad es apoyar a los inversionistas de los otros Estados partes en su territorio<sup>130</sup>, constituyéndose en un “soporte vital”<sup>131</sup> dentro de la filosofía de diálogo de estos instrumentos.

En tanto, el art. 19 del PBA dispone que los Estados partes, a través de la Comisión y sus PFN u *Ombudsman*, deben intercambiar información sobre oportunidades de negocios, procedimientos y requisitos para las inversiones, conforme a sus ordenamientos respectivos<sup>132</sup>.

<sup>126</sup> POLANCO LAZO, R., “Two Worlds (...)”, op. cit., pp.88-90.

<sup>127</sup> MONEBHURRUN, N., op. cit., p. 83.

<sup>128</sup> Con arreglo al art. 17. 3 del PBA las funciones y responsabilidades de ese cuerpo colegiado son: (a) supervisar la aplicación y ejecución del PBA y, si fuere necesario, hacer recomendaciones a los Estados Partes para su modificación; (b) discutir temas relevantes para la inversión en los Estados Partes y compartir oportunidades para la expansión de la inversión mutua; (c) coordinar la aplicación de la cooperación mutuamente acordada y los programas de facilitación; (d) consultar al sector privado y a la sociedad civil, cuando corresponda, sus puntos de vista sobre cuestiones específicas relacionadas con los trabajos de la Comisión; (e) prevenir diferencias relativas a inversiones de los Estados Partes con el objetivo de resolverlas de manera amistosa; y (f) coordinar la implementación de la “Agenda para Cooperación y Facilitación de Inversiones”.

<sup>129</sup> Asumirán la labor de PFN: en Argentina, la Subsecretaría de Comercio Exterior; en Brasil, el Ombudsman de Inversiones Directas de la Cámara de Comercio Exterior; en Paraguay, el Ministerio de Industria y Comercio, y en Uruguay, el Ministerio de Economía y Finanzas.

<sup>130</sup> Las responsabilidades de los PFN, entre otras, son: (a) interactuar con los PFN de los otros Estados Partes; (b) evaluar, en diálogo con las autoridades gubernamentales competentes del Estado Parte Anfitrión, eventuales sugerencias y planteos de otro Estado Parte en materia de inversiones o de inversionistas de este Estado Parte y recomendar, cuando sea pertinente, acciones para mejorar el ambiente de las inversiones; (c) procurar prevenir diferencias en materia de inversiones en coordinación con las autoridades gubernamentales competentes; (d) proporcionar información sobre normativa de alcance general en materia de inversiones; (e) informar a la Comisión sobre sus actividades y acciones, cuando lo estime necesario, esforzándose por atender sus orientaciones.

<sup>131</sup> MONEBHURRUN, N., op. cit., pp. 87-88.

<sup>132</sup> A tal efecto, el N°2 prevé que el Estado parte debe proporcionar, con la celeridad, información sobre determinados siguientes puntos, como: (a) programas gubernamentales de inversión y eventuales incentivos específicos; (b) políticas públicas y los marcos legales que puedan afectar a la inversión; (c) marco legal para la inversión, incluida la legislación relativa a la creación de empresas, negocios y empresas conjuntas (“*joint ventures*”); (d) tratados internacionales relacionados con la inversión; (e) procedimientos aduaneros y regímenes fiscales; (f) estadísticas sobre el mercado de bienes y servicios; (g) infraestructura disponible y los servicios públicos; (h) concesiones públicas, entre otros.

Sobre esta materia, debe tenerse en cuenta que la UNCTAD viene promoviendo que los Estados receptores establezcan una institucionalidad adecuada, que permita una correcta coordinación del trabajo vinculado con la inversión extranjera, cuyo quehacer puede resultar más eficiente para prevenir las disputas<sup>133</sup>, ideas que parecen plasmarse en el PBA.

Como puede apreciarse, la institucionalidad que se crea con el PBA es más estable y con deberes más detallado que la prevista en el PC, y va de la mano con la promoción y facilitación de las inversiones que se pretende efectúe. Con todo, se debe dejar constancia que en la Declaración de la XII Cumbre de la AP, celebrada en Cali, de 30 de junio de 2017, los Jefes de Estados de los países miembros anunciaron la creación de una Iniciativa de Facilitación de Inversiones de ese esquema (IFIAP)<sup>134</sup>, cuyos resultados y alcances están aún por verse.

### 3 VALORACIONES FINALES

Luego de esta revisión general entre los dos cuerpos normativos en análisis puede apreciarse que, con matices, el instrumento de la AP sigue una lógica “tradicional” liberal de los acuerdos bilaterales de inversiones, mientras que el PBA contiene disposiciones que implican un mayor rol del Estado en la conducción y orientación de las inversiones extranjeras.

Particularmente relevante, entre otros aspectos resulta ser el sistema de solución de controversias del PBA, puesto que conduce las controversias que se puedan suscitar a la vía diplomática, impidiendo que el inversionista -directamente- pueda dirigir contra el Estado que entienda ha infringido sus compromisos internacionales en estas materias.

Como se expuso también hay otras relevantes diferencias, fundamentalmente, en materia de definiciones de inversor e inversionista, expropiación indirecta, requisitos de desempeño e institucionalidad, que colocan al PBA como un instrumento innovador que abre caminos para una nueva configuración del Derecho de inversiones internacionales.

Sin embargo, queda por ver si este mecanismo resulta atractivo y fomenta efectivamente las inversiones, que es uno de los objetivos que se persigue, teniendo en cuenta que sus reglas suponen un giro no menor a las políticas que, en estos asuntos, habían llevado hasta la fecha Uruguay, Paraguay y la propia Argentina.

Compartimos las reflexiones<sup>135</sup> en orden a que en América Latina no hay un régimen único y, por tanto, no obstante, los nuevos aires que trae el modelo brasilero, su eficacia sólo será medible, en comparación al régimen “tradicional”, una vez que entre en vigor, y pueda analizarse si, en la práctica, con él se superan las deficiencias del complejo régimen hoy, mayoritariamente, imperante, que a la fecha se compone por 3.322 ABI<sup>136</sup>.

Luego, cotejando el PC y el PBA se advierten sustantivas diferencias que llevan a mirar con escepticismo la posibilidad de una pronta convergencia entre

<sup>133</sup> MONEBHURRUN, N., op. cit., p. 84.

<sup>134</sup> Ver <https://alianzapacifico.net/download/ifiap/>

<sup>135</sup> POLANCO LAZO, R., “Two Worlds (...)”, op. cit., p. 97.

<sup>136</sup> UNCTAD, *World Investment Review 2018* (...), op. cit., p. 88.

ambos textos, en la búsqueda de un acuerdo macro regional, pues ambos instrumentos operan bajo lógicas diferentes.

Si bien se ha sugerido<sup>137</sup> que atendido que los países integrantes de la AP (Chile, Colombia, México y Perú) celebraron, cada uno por su cuenta, acuerdos bilaterales de inversión con Brasil, bajo el modelo de este último, lo cual supondría que ya se habría trazado un camino para que un acuerdo macro, a nivel regional, siga los lineamientos dados por ese Estado federal sudamericano, estimamos que la diferencias que se presentan entre el PC y el PBA son relevantes, y las líneas matrices de este último instrumento, rompe con las pautas de la numerosa red de acuerdos de los países de la AP<sup>138</sup>, motivo por el cual, en una negociación multilateral continental, vemos poco probable, por lo pronto, que los Estados miembros de la AP estén dispuestos a reconfigurar tan drásticamente sus políticas orientadoras de inversiones. En razón de lo anterior, creemos que más que recoger uno u otro modelo *in toto*, lo que procede es buscar un acercamiento mutuo de posturas, potenciando elementos que pueden mirarse como objetivamente positivos, como aquellos relacionados con la facilitación, bajo la premisa que las reglas alcanzadas no desincentiven los flujos de inversiones extranjeras a países de diferentes latitudes y realidades que las de Brasil, que no cuentan con un mercado interno de las dimensiones y posición geográfica tan atractiva como la de ese gigante de América del Sur.

Creemos que en la reflexión que se emprenda debiese tenerse en cuenta el trabajo que sobre IED está trabajando el G20<sup>139</sup>, foro de países industrializados y emergentes, que está integrado, entre otros Estados por Brasil, Argentina, Australia y la India, -países que como se indicó han manifestado su disconformidad con algunos elementos del modelo tradicional- el cual pretende construir líneas globales, lo cual puede brindar interesantes luces acerca de cómo proseguir.

#### 4 BIBLIOGRAFÍA

- ACTIS, E., “Brasil frente al orden internacional liberal (2011-2013). Los límites de la posición reformista a la luz del régimen internacional de inversiones”, *Mural Internacional*, vol. 6, N° 1, 2015.
- ARROYO PICARDO, A. y GHIOTTO, L., “Brasil y la nueva generación de Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones: un análisis del Tratado con México”, *Relaciones Internacionales*, N° 52, 2017.
- BAS, M., “América do Sul em face dos tratados bilaterais de investimento: rumo ao retorno do Estado na solução de controvérsias?”, *Revista de Direito Internacional*, vol. 13, N° 1, 2016.
- BAS, M., “Philip Morris contra Uruguay: Protección de inversiones, soberanía y salud pública”, en Echaide, J. (dir.) *Inversiones extranjeras y responsabilidad internacional de las empresas. Problemáticas en torno al CIADI, los TBI y los derechos humanos*, BdeF, Buenos Aires, 2017
- BELLEI TAGLE, C., “Arbitraje de inversiones en América Latina: de la hostilidad a la búsqueda de nuevas alternativas”, en A. Tanzi, A. Ateriti, R. Polanco y P. Turrini, (eds.), *International Investment Law in Latin America/Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina. Problems and Prospects/Problemas y Perspectivas*, Brill- Nijhoff, Leiden, 2016.

---

<sup>137</sup> HERREROS, S. y GARCÍA-MILLÁN, T., op. cit., pp. 34-40.

<sup>138</sup> En efecto, creemos oportuno hacer presente que aún el modelo brasileiro no se ha consolidado como una tendencia regional, lo que podemos graficar con el hecho de que el capítulo de inversiones del Tratado de Libre Comercio entre Chile (miembro de la AP) y Argentina (miembro de Mercosur), firmado el 2 de noviembre de 2017, es decir, más de seis meses después de la firma del PBA, mantuvo criterios “tradicionales”, como el TN, NMF, nivel mínimo de trato y la posibilidad de que el inversionista pueda someter directamente al Estado receptor a arbitraje ante el CIADI o ante otros organismos. Ver <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryOtherIias/41#iiaInnerMenu>

<sup>139</sup> <https://t20argentina.org/publicacion/moving-the-g20s-investment-agenda-forward/>

- CAMPELLO, D. y LEMOS, L., “The non-ratification of bilateral investment treaties in Brazil: a story of conflict in a land of cooperation”, *Review of International Political Economy*, vol. 22, N° 5, 2015.
- CEPAL, *La convergencia entre la Alianza del Pacífico y el MERCOSUR. Enfrentando juntos un escenario mundial desafiante*, Naciones Unidas, Santiago, 2018.
- CEPAL, *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe 2017*, Naciones Unidas, Santiago, 2017.
- CONCHA, J. y GÓMEZ, O., “Análisis de atracción de inversión extranjera a países de la Alianza del Pacífico”, *Estudios Gerenciales*, N° 32, 2016.
- CORREA SERRANO, M.A., “Foreign Direct Investment and Development in the Pacific Alliance” en A. Tanzi, A. Ateriti, R. Polanco y P. Turrini, (eds.), *International Investment Law in Latin America/Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina. Problems and Prospects/Problemas y Perspectivas*, Brill- Nijhoff, Leiden, 2016.
- ECHAIDE, J., “Condicionantes sistémicos para un concreto ejercicio del derecho humano al agua: Un análisis del caso «Suez v. Argentina» ante el CIADI”, en Echaide, J. (dir.) *Inversiones extranjeras y responsabilidad internacional de las empresas. Problemáticas en torno al CIADI, los TBI y los derechos humanos*, BdeF, Buenos Aires, 2017.
- ECHAIDE, J., “Reflexiones acerca del régimen internacional de protección de inversiones y su sistema de arbitraje”, en Echaide, J. (dir.) *Inversiones extranjeras y responsabilidad internacional de las empresas. Problemáticas en torno al CIADI, los TBI y los derechos humanos*, BdeF, Buenos Aires, 2017.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, A., “La necesaria adaptación de los acuerdos internacionales de inversiones y del arbitraje de inversiones al «desarrollo sostenible»”, en Larraz, B. y Fernández, A. (dirs.), *Desarrollo sostenible en el siglo XXI: Economía, sociedad y medio ambiente*, Iprolex, Madrid, 2016.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “América Latina y el arbitraje de inversiones: ¿matrimonio de amor o matrimonio de conveniencia?”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XXIV, 2009.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Sistema de Derecho Económico Internacional*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.
- FRAGA LERNER, D., “The protection of foreign direct investment in Mercosur”, en M. Toscano Franca Filho, L. Lixinski y M.B. Olmos Giupponi, *The Law of Mercosur*, Hart Publishing, Portland, 2010.
- GALLEGOS ZÚNIGA, J., “Nuevos escenarios de la inversión extranjera en Chile”, *Tribuna Internacional*, vol. 5, N° 9, 2016.
- GALLEGOS ZÚNIGA, J. y POLANCO LAZO, R., “Evolución Jurídica de la Política Comercial de Chile”, *Revista de Derecho Universidad Finis Terrae*, año I, N° 2, 2013.
- GARCÍA BOLÍVAR, O., “Definiendo la inversión en el CIADI: Por qué el Desarrollo Económico Debería ser el Elemento Fundamental”, *Investment Treaty News*, N°3, t. 2, 2012.
- HERNÁNDEZ, J., “El CIADI en el marco del Derecho Administrativo global: Una visión desde el Derecho Administrativo latinoamericano”, en Rodríguez Arana, J. y Hernández, J. (cords.), *El Derecho Administrativo Global y el arbitraje de inversiones. Una perspectiva iberoamericana en el marco del cincuenta aniversario del CIADI*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2016.
- HERREROS, S. y GARCÍA-MILLÁN, T., *Opciones para la convergencia entre la Alianza del Pacífico y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR). La regulación de la inversión extranjera directa*, serie Comercio Internacional N° 135, CEPAL, Santiago de Chile, 2017.
- KALICKI, J. y MEDEIROS, S., “Investment arbitration in Brazil: revisiting Brazil’s traditional reluctance towards ICSID, BITs, and investor-state arbitration”, *Revista de Arbitragem e Mediação*, año 4, N° 14, 2007.
- LETURIA, F.J., “La contribución al desarrollo del Estado receptor como requisito de la noción de inversión: la experiencia de los países latinoamericanos”, en A. Tanzi, A. Ateriti, R. Polanco y P. Turrini, (eds.), *International Investment Law in Latin America/Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina. Problems and Prospects/Problemas y Perspectivas*, Brill- Nijhoff, Leiden, 2016.
- MONEBHURRUN, N., “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*, N2017, N° 8, 2017.
- MUNIZ, J., DUGAL, K. y PERETTI, L., “The New Brazilian BIT on Cooperation and Facilitation of Investments: A New Approach in Times of Change”, *ICSID Review*, vol. 32, N° 2, 2017.
- OCDE, *«Indirect Expropriation» and the «Right to Regulate» in International Investment Law*, OECD Working Papers on International Investment, Paris, 2004.
- ORREGO VICUÑA, F., “Foreign Investment Law: How Customary is Custom?”, *Estudios Internacionales*, vol. 38, N° 148, 2005.
- PAINE, J., “On Investment Law and questions of change”, *Journal of World Investment & Trade*, vol. 19, 2018.

- PALAO MORENO, G. y MORENO RODRÍGUEZ, J., “Régimen jurídico del comercio exterior”, en Esplugues, C. y Hargain, D. (coords.), *Derecho del Comercio Internacional. Mercosur-Unión Europea*, Reus, Madrid, 2005.
- POLANCO LAZO, R., “Systems of Legal Defence Used by Latin American Countries in Investment Disputes”, *Journal of World Investment & Trade*, N° 17, 2016.
- POLANCO LAZO, R., “Two Worlds Apart: The Changing Features of International Investment Agreements in Latin America”, en A. Tanzi, A. Ateriti, R. Polanco y P. Turrini, (eds.), *International Investment Law in Latin America/Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina. Problems and Prospects/Problemas y Perspectivas*, Brill- Nijhoff, Leiden, 2016.
- PRIETO MUÑOZ, J., “The Rise of Common Principles for Investment in Latin America: Proposing a Methodological Shift for Investor-State Dispute Settlement”, *Journal of World Investment & Trade*, N°17, 2016.
- RATTON, M. y MOROSINI, F., “The Brazilian Approach to South-South Trade and Investment: The Case of Angola”, *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 43, 2015.
- ROCHA GABRIEL, V. y FONTOURA COSTA, J. “O Mercosul e as controversias sobre investimentos”, *Revista Secretaria Tribunal Permanente de Revisión*, año 3, N° 5, 2015.
- SCHULTZ, T. y DUPONT, C., “Investment Arbitration: Promoting the Rule of Law or Over-empowering Investors? A Quantitative Empirical Study”, *European Journal of International Law*, vol. 25, N° 4, 2014.
- SORNARAJAH, M., “Mutations of Neo-Liberalism in International Investment Law”, *Trade, Law and Development*, vol. 3, N° 1, 2011.
- TITI, C., “Investment Arbitration in Latin America. The Uncertain Veracity of Preconceived Ideas”, *Arbitration International*, vol. 30, N° 2, 2014.
- UNCTAD, *World Investment Review 2018. Investment and New Industrial Policies*, UN Publications, Ginebra, 2018.
- UNCTAD, *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance*, UN Publications, Ginebra, 2015.
- VANDELDE, K., “Rebalancing through Exceptions”, *Lewis & Clark Law Review*, vol. 17, N° 2, 2013.
- VIERA MARTINS, J., “Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI) de Brasil y Últimos Avances”, *Investment Treaty News*, N° 2, t. 8, 2017.
- VOON, T., “Philip Morris v. Uruguay: Implications for Public Health”, *Journal of World Investment & Trade*, vol. 18, 2017.
- ZARRA, G., “Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbitration in Light of Philip Morris v. Uruguay”, *Revista de Direito Internacional*, vol. 14, N° 2, 2017.

<https://alianzapacifico.net/download/protocolo-adicional-al-acuerdo-marco-de-la-alianza-del-pacifico/>  
[http://cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/04/22abr\\_declaracion\\_transnacionales\\_esp.pdf](http://cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/04/22abr_declaracion_transnacionales_esp.pdf)  
[http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C152/DC539\\_En.pdf](http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C152/DC539_En.pdf)  
<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/97/6>  
<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/97/7>  
[https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB\(AF\)/97/1](https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB(AF)/97/1)  
<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/10/7>  
<https://www.iisd.org/itn/es/2015/05/21/the-brazil-mozambique-and-brazil-angola-cooperation-and-investment-facilitation-agreements-cifas-a-descriptive-overview/>  
<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4786>  
<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryOtherIAs/41#iialInnerMenu>  
<http://www.mdic.gov.br/arquivos/CFIA-Presentation-EN.pdf>  
[http://www.mre.gov.py/tratados/public\\_web/DetallesTratado.aspx?id=6E8bE71%2fWyKPb1VfV2uLw%3d%3d&em=lc4aLYHVB0dF+kNrtEvsMZ96BovjLlz0mcrZrYUPcn8%3d](http://www.mre.gov.py/tratados/public_web/DetallesTratado.aspx?id=6E8bE71%2fWyKPb1VfV2uLw%3d%3d&em=lc4aLYHVB0dF+kNrtEvsMZ96BovjLlz0mcrZrYUPcn8%3d)  
<https://t20argentina.org/publicacion/moving-the-g20s-investment-agenda-forward/>