



Acuerdo Mercosur-Unión Europea: sombras y ausencia de la solución de controversias inversor-Estado

Magdalena Bas Vilizzio

Profesora Adjunta de Derecho Internacional Público (Facultad de Derecho, UDELAR)

magdalena.bas[@]fder.edu.uy

Resumen

El Acuerdo Mercosur-Unión Europea es un hito en un momento de desglobalización y fuerte crisis del multilateralismo. Sin embargo, el texto no incluye los tradicionales mecanismos de arbitraje inversor-Estado ni el nuevo sistema de tribunales de inversiones que la Unión está negociando para sus acuerdos bilaterales. Este documento indaga en las posiciones que ambas partes tienen con respecto al régimen de solución de controversias inversor-Estado y en los motivos que sostienen esas posiciones (las “sombras” mercosurianas y europeas). En particular, se destaca la posición de Brasil como actor externo al régimen y las consecuencias para los miembros del Mercosur de los casos que involucran cuestiones de derechos humanos. Desde la Unión Europea, su situación interna apunta a una dualidad: el rechazo de los arbitrajes intracomunitarios frente a la aceptación de los mecanismos incluidos en tratados con terceros Estados (sea el arbitraje tradicional o su propuesta de un sistema de tribunales de inversiones).

Palabras clave

Mercosur, Unión Europea, solución de controversias inversor-Estado, tratados bilaterales de inversión

Abstract

The Mercosur-European Union Agreement is a milestone in the current moment characterized by de-globalization and a deep crisis of multilateralism. However, the text does not include traditional investor-State arbitration mechanisms nor the new investment tribunals system that the European Union is negotiating as part of its bilateral agreements. This paper analyzes both parties' positions regarding the investor-State dispute settlement regime and the motives behind such positions (the "Mercosurian" and European "shadows"). In particular, it highlights Brazil's position as an external actor to the regime and the consequences derived from cases that involve human rights issues for Mercosur members. From the European Union's perspective, its internal situation points to a duality: rejection of intra-community arbitration vis-à-vis the acceptance of the mechanisms included in its treaties with third States (be it traditional arbitration or its proposal of an investment tribunals system).

Key Words

Mercosur, European Union, investor-State dispute settlement, bilateral investment treaties

Magdalena Bas Vilizzio

Es Profesora Adjunta de Derecho Internacional Público y Comercio Exterior (Universidad de la República) y Profesora Titular de Derecho del Comercio Internacional (Universidad de Montevideo). Asimismo, se desempeña como investigadora activa del Sistema Nacional de Investigadores. Sus principales áreas de investigación son la solución de controversias inversor-Estado, los procesos de integración regional, el Mercosur y otros temas de Derecho Internacional. Es doctoranda en Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de La Plata. Durante el período 2017-2020 ejerce como miembro del Tribunal Internacional de Arbitraje de la Comisión Administradora del Río de la Plata. Sus publicaciones están disponibles en: <https://udelar.academia.edu/MagdalenaBas>.

1. Punto de partida

En un momento de crisis del multilateralismo y fuerte tendencia a la desglobalización, el cierre de las negociaciones del Acuerdo de Asociación Estratégica Mercosur-Unión Europea (28 de junio de 2019) es visto como un hito positivo en el escenario internacional. Se trata de un acuerdo que incluye temas comerciales y de cooperación interregional. Dentro de los primeros, como es habitual en los acuerdos de estas características, se regulan puntos de “OMC plus” (obstáculos técnicos al comercio, medidas sanitarias y fitosanitarias, entre otros) y “OMC extra” (propiedad intelectual, desarrollo sostenible, transparencia, etc.)¹. Ahora bien, en materia de inversiones, el tratado no cuenta con un capítulo propio y el tema se regula bajo la modalidad tres de exportación de servicios (establecimiento). El texto no incluye los tradicionales mecanismos de solución de controversias inversor-Estado, bajo prórroga de jurisdicción al arbitraje internacional a tribunales *ad hoc* del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), de la Corte Permanente de Arbitraje, de la Cámara de Comercio Internacional o bajo reglas arbitrales de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, por sus siglas en inglés) u otros. Tampoco hay referencias al sistema de cortes de inversiones que la Unión Europea (UE) suele incluir en la negociación de sus acuerdos comerciales o, desde 2018, en un tratado separado que regule exclusivamente la materia.

Podría argumentarse que ni los mecanismos tradicionales de solución de controversias inversor-Estado ni la alternativa del sistema de tribunales de inversiones estaban incluidos en el acuerdo marco de 1995, que dio inicio a la negociación. Otros asuntos tampoco lo estaban y su discusión se incorporó en alguna de las 39 rondas de negociación², como en el caso del comercio electrónico, las compras públicas o de manera más general, las listas negativas. Por consiguiente, este trabajo analiza los motivos que llevan a cada parte a no incluir el tema en el acuerdo (las sombras mercosurianas y europeas sobre el régimen de solución de controversias inversor-Estado), y profundiza en los fundamentos de las posiciones, valorando los posibles caminos a seguir en el futuro.

Teóricamente, este trabajo parte desde el tratamiento de los regímenes internacionales. Por tanto, se considera el régimen de solución de controversias inversor-Estado como “un conjunto implícito o explícito de principios, normas, reglas y procedimientos de toma de decisiones alrededor de los cuales

¹ Los temas “OMC plus” (OMC+) implican la profundización de temas que trata la Organización Mundial del Comercio (OMC), en tanto los temas “OMC extra” (OMCx) se refieren a asuntos que no regulaba la organización. Horn y otros (2009), luego de analizar 28 acuerdos comerciales preferenciales, identifican dentro de los temas “OMC plus” al comercio de bienes, administración aduanera (hoy en día podría ampliarse a la facilitación del comercio), tributos de exportación, medidas sanitarias y fitosanitarias, obstáculos técnicos al comercio, empresas estatales, medidas *antidumping*, subsidios, contratación pública, medidas de inversiones relacionadas con el comercio, comercio de servicios y aspectos de los derechos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio. Los autores identifican como temas “OMC extra” las normas anticorrupción, defensa de la competencia, protección de los consumidores, normas medioambientales, inversiones, movimiento de capitales, normas laborales, agricultura, cooperación cultural, educación y formación, energía, derechos humanos, migración irregular, diálogo político, cooperación, investigación y tecnología, terrorismo, visas y asilo, entre otros.

² Para un análisis del proceso negociador, cierre de las negociaciones y entrada en vigor del acuerdo, véase: Zelicovich (2019) y Sanahuja y Rodríguez (2019).

las expectativas de los distintos actores convergen en un área determinada de las relaciones internacionales” (Krasner, 1983: 186). Si bien los principales actores vinculados a la inversión extranjera son Estados y empresas transnacionales³, el régimen internacional está conformado exclusivamente por Estados, ya que son estos los que han celebrado los más de 3.000 acuerdos en materia de inversiones, cuyo entramado enmarca las relaciones entre sí⁴.

En general, ¿qué posiciones han adoptado los Estados frente al régimen? Ubicándolos en un tablero según el cual i) se encuentren dentro o fuera del régimen y ii) hayan mantenido o cambiado su posición, los Estados se agrupan en cuatro posiciones: 1) los miembros: Estados que son parte del régimen (celebran acuerdos de protección de inversiones con prórroga de jurisdicción al arbitraje inversor-Estado) y no cambiaron su posición; 2) los confrontadores: aquellos Estados que, sin abandonar el régimen, presentan cambios respecto a su posición original, especialmente mediante la propuesta de creación de un régimen alternativo o procuran un escaso empleo del actual; 3) los externos: Estados que históricamente se ubican fuera del régimen, y 4) disidentes: los miembros del régimen que decidieron abandonarlo y, por consiguiente, han cambiado su posición en torno a este⁵. La ilustración 1 presenta gráficamente esta tipología.

ILUSTRACIÓN 1:
Tipología de Estados según su posición en torno al régimen de solución de controversias inversor-Estado



Fuente: Elaboración propia.

2. Sombras mercosurianas

2.1. Los miembros del Mercosur y el régimen de solución de controversias inversor-Estado

Todos los miembros originarios del Mercosur, a excepción de Brasil, han sido miembros del régimen de solución de controversias inversor-Estado desde finales de la década de los años ochenta e inicios de la de los noventa. Instalados en el Consenso de Washington, los Estados de la región abandonaron

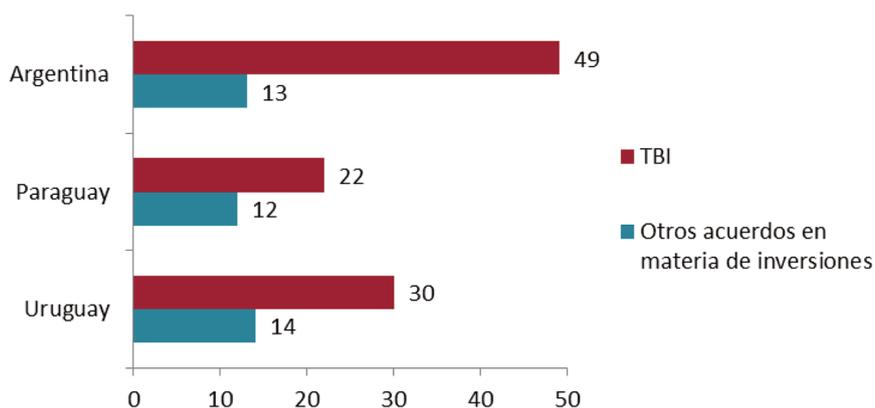
³ Los inversores extranjeros pueden ser personas jurídicas y personas físicas. En general son empresas transnacionales pero la casuística es amplia.

⁴ Las disposiciones en materia de inversiones pueden regularse en tratados bilaterales de inversión, capítulos de inversiones en tratados de libre comercio y otros acuerdos plurilaterales. El tema también puede ser objeto de un contrato entre el inversor extranjero y el Estado receptor de la inversión pero, en este caso, no se trata de una fuente de Derecho Internacional Público.

⁵ Esta tipología complementa la creada en 2017, véase Bas Vilizzio (2017).

la Doctrina Calvo y fueron impulsados hacia la liberalización del comercio y la inversión extranjera directa, las privatizaciones (que fomentaban el ingreso de empresas extranjeras a los servicios públicos), y la desregulación (Martínez Rangel y Reyes Garmendia, 2012)⁶. De esta manera comenzaron la práctica de celebrar tratados bilaterales de inversión (TBI) y otros acuerdos con disposiciones en materia de inversiones, y se adhirieron al Convenio de Washington constitutivo del CIADI (véase gráfica 1). Brasil, si bien en la década de los años noventa firmó 14, desde la primera década del siglo XXI se ha convertido en un Estado externo al régimen internacional. Su Congreso no aprobó TBI alguno de los que firmó el poder ejecutivo ni se adhirió al Convenio de Washington.

GRÁFICA 1:
TBI y acuerdos con disposiciones en materia de inversiones en vigor



Fuente: Elaboración propia con base en datos del Investment Policy Hub de la UNCTAD (consultado el 15 de octubre de 2019).

El Mercosur, como organización regional, no es ajeno a la tendencia multilateral y, en 1994, los miembros celebraron el Protocolo de Colonia para la promoción y protección recíproca de inversiones en el Mercosur (anexo a la decisión 11/93). El texto replica las características y estructura típicas de los TBI del momento y, en materia de solución de controversias inversor-Estado, establece el arbitraje internacional ante el CIADI o siguiendo las reglas de arbitraje de la UNCITRAL (artículo 9, numeral 4). El texto nunca entró en vigor. En 2017 se produjo un nuevo intento de regular las inversiones recíprocas, pero esta vez no se siguió el modelo de los TBI, sino el de los acuerdos de cooperación y facilitación de inversiones (ACFI) que Brasil negocia desde 2015.

¿La posición de Brasil es la única sombra en el régimen que proviene del Mercosur? La respuesta necesariamente debe ser negativa. Los miembros del Mercosur forman parte de la región más demandada del mundo, América Latina y el Caribe, que concentra el 27% de las demandas a nivel global⁷. Asimismo, ha habido casos emblemáticos que involucran asuntos de derechos humanos que han llamado la atención de la comunidad internacional: Philip Morris contra Uruguay (caso CIADI nº

⁶ Argentina, Paraguay y Uruguay siguieron la tendencia internacional y los años noventa fueron el momento de auge del régimen. Conforme a los datos del Investment Policy Hub de la UNCTAD, esta es la etapa en que se celebra el mayor número de acuerdos de inversiones (aproximadamente el 70%), tanto en el ámbito bilateral, como regional y multilateral. Además de los clásicos TBI, destacan el Tratado de la Carta de la Energía (1994), en el ámbito europeo, y una serie de acuerdos con disposiciones relativas a inversiones en el marco de la OMC (1994): el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (GATS, por sus siglas en inglés), el Acuerdo sobre Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

⁷ Datos del Investment Policy Hub de la UNCTAD, actualizados a 31 de julio de 2019 (consultado el 25 de octubre de 2019).

ARB/10/7), que cuestiona medidas de protección de la salud pública; CMS contra Argentina (caso CIADI nº ARB/01/8), relacionado con el derecho a la vivienda, o Urbaser contra Argentina (caso CIADI nº ARB/07/26), en el que por primera vez un tribunal de inversiones discute el derecho humano al agua.

2.2. Brasil: el externo

El inicio del proceso: celebración de TBI y limitaciones constitucionales

Brasil es un Estado paradigmático en América Latina ya que, históricamente, se ha comportado como un externo al régimen internacional de protección de inversiones, en general, y del régimen de solución de controversias inversor-Estado, en particular (incluso cuando elaboró un nuevo modelo de acuerdo bilateral: el ACFI, en cuyo articulado se excluye el cuestionado arbitraje inversor-Estado). Asimismo, cabe resaltar que ha marcado su liderazgo regional al transmitir la impronta del modelo ACFI a las relaciones entre los miembros del Mercosur con la celebración del Protocolo de cooperación y facilitación de inversiones intra-Mercosur (7 de abril de 2017).

Durante la década de los años noventa, Brasil fue parte del proceso de seguimiento de las premisas del Consenso de Washington. En este sentido, además de adherirse al Convenio constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones en 1994, firmó 14 TBI⁸. Cuando el poder ejecutivo envió los seis primeros⁹ al Congreso para su aprobación, en marzo de 2002 se creó un Grupo de Trabajo Interministerial con el fin de analizar la compatibilidad con el Derecho brasileño. El Grupo concluyó que era conveniente que los tratados fuesen retirados del Congreso, extremo que tuvo lugar en diciembre del mismo año (Actis, 2014: 23).

De Azevedo (2001: 9) destaca que los inconvenientes para la aprobación de los TBI por parte del Congreso se centran en temas directamente vinculados con la autonomía. La autora destaca que estos tratados comprometen al Estado por períodos muy extensos, y generan riesgos para la balanza de pagos por consagrar la libre transferencia de capitales, además de presentar problemas de constitucionalidad al establecer una jurisdicción diferente a la interna para la resolución de disputas entre inversores y el Estado, y privilegiar más al inversor extranjero en detrimento del nacional al darle derecho de iniciar un arbitraje internacional contra el Estado. Ejemplo de esto sería la vulneración del artículo 4, numeral 34, que reza:

Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes términos: (...) la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial la lesión o la amenaza de derechos (artículo 4, numeral 34, de la Constitución de Brasil).

La consolidación del proceso: nuevo modelo de acuerdo en materia de inversiones

Enmarcado en un flujo de inversiones que había dejado de ser unidireccional para convertirse en bidireccional, y en una política exterior de fuerte relacionamiento Sur-Sur (Morosini y Sánchez Badin, 2018: 247), en 2015 Brasil consolidó su posición autonomista mediante la presentación de un instrumento jurídico alternativo a los TBI. Tras un proceso de 12 años de negociación y elaboración interna, la dirección de la Secretaría de Comercio Exterior del Ministerio de Desarrollo, Industria y Comercio

⁸ TBI con Alemania; Bélgica y Luxemburgo; Chile; República de Corea; Cuba; Dinamarca; Finlandia; Francia; Italia; Países Bajos; Portugal; Reino Unido; Suiza, y Venezuela.

⁹ En 1996, los TBI con Suiza, Portugal, Chile y Reino Unido, y, en 2000, con Francia y Alemania (De Azevedo, 2001: 6).

presentó el nuevo modelo de tratado de inversiones: los ACFI. El nuevo modelo se enmarca en la tendencia global, especialmente en el ámbito de la OMC, relativa a la “simplificación de los trámites administrativos y, especialmente, de los procesos regulatorios para los inversores extranjeros y operadores económicos, con el fin de alivianar la carga regulatoria” (Ghiotto, 2018: 4).

Si bien los ACFI comparten algunas similitudes con los TBI respecto a la protección de la inversión extranjera (cláusulas de trato nacional, nación más favorecida, expropiación y compensación, etc.), se distinguen de estos al excluir de su articulado el tradicional arbitraje inversor-Estado. A fecha de cierre de este documento, Brasil ha firmado doce ACFI: cinco con Estados africanos —Mozambique (30 de marzo de 2015), Angola (1 de abril de 2015, único en vigor desde el 11 de octubre de 2017), Malawi (25 de junio de 2015), Etiopía (11 de abril de 2018) y Marruecos (13 de junio de 2019)—; seis con Estados latinoamericanos —México (26 de mayo de 2015), Colombia (9 de octubre de 2015), Chile (23 de noviembre de 2015), Surinam (2 de mayo de 2018), Guyana (13 de diciembre de 2018) y Ecuador (26 de septiembre de 2019)¹⁰—, y uno con Estados de Oriente Medio —Emiratos Árabes Unidos (15 de marzo de 2019)—. Asimismo, en el Acuerdo de Profundización Económico-Comercial entre Perú y Brasil (28 de abril de 2016) se incorporó un capítulo de inversiones (capítulo 2) que sigue el mismo formato.

Dos elementos son destacables en materia de solución de controversias. El primero es que, con diferente redacción, los preámbulos de los tratados reconocen que el Estado tiene autonomía para implementar políticas públicas o puede ejercer su derecho de regular para lograr objetivos de políticas públicas en salud, seguridad o medioambiente. Si bien la redacción puede ser laxa y la obligatoriedad cuestionada —al estar incluida en el preámbulo y no en el cuerpo del tratado—, es fundamental el reconocimiento del derecho de regular, esto es, la facultad que tiene el Estado de limitar las libertades particulares para proteger el orden público. El derecho de regular es el corazón del espacio de las políticas públicas.

En segundo lugar, los ACFI no incluyen mecanismos de solución de controversias inversor-Estado. Por tanto, conforme a las disposiciones constitucionales, la jurisdicción nacional sigue siendo la única opción disponible y válida en materia de disputas con inversores extranjeros. En lo que se refiere a disputas entre Estados parte, el instrumento introduce un novedoso sistema de prevención en función de Puntos Focales en cada Estado y un Comité Conjunto, que evalúa la disputa a partir de consultas y negociaciones con las partes. El mecanismo de prevención de disputas opera como requisito previo al arbitraje internacional interestatal, el cual puede presentar particularidades según el acuerdo (institucionalizado o *ad hoc*, reglas aplicables, áreas excluidas).

En el Mercosur, tras el fallido Protocolo de Colonia, el 7 de abril de 2017 se firmó el Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones intra-Mercosur (PCFI) (anexo a la decisión 03/17). El texto sigue el modelo de los ACFI de Brasil y, por tanto, excluye el arbitraje inversor-Estado. El instrumento innova al regular la prevención de controversias Estado-Estado (mecanismo obligatorio) que, de no prosperar, deja abierta la vía arbitral del Protocolo de Olivos para la solución de controversias entre Estados (2002). Quedan excluidas las medidas en materia de responsabilidad social empresarial, lucha contra la corrupción y la ilegalidad, medio ambiente, asuntos laborales y salud (artículos 14 y 15, párrafo 1, y artículo 16, párrafo 2).

El PCFI es una pieza clave de Brasil para ejercer su liderazgo en la región. En el ámbito multilateral también presentó una propuesta ante la OMC (documento JOB/GC/169 de 1 febrero de 2018). El texto

¹⁰ A fecha de cierre de este documento, no se dispone del texto del ACFI Brasil-Ecuador al no estar publicado en páginas web oficiales de los Estados parte ni en el Policy Investment Hub de la UNCTAD. Por tanto, el análisis del contenido de los acuerdos se realiza omitiendo sus características.

prevé que las disputas entre los Estados se resuelvan mediante el Acuerdo General sobre Aranceles, Aduanas y Comercio de 1994 (artículos XXII y XXIII) y el Entendimiento sobre Solución de Diferencias¹¹.

2.3. *¿Inversiones versus derechos humanos? Las particularidades del caso Urbaser contra Argentina*

Argentina, la crisis de 2001 y los arbitrajes de inversiones

La posición de Argentina frente al régimen de solución de controversias inversor-Estado merece un análisis. Argentina es el Estado más demandado de América del Sur y del mundo en el régimen de solución de controversias inversor-Estado, con 61 disputas conocidas en su contra a 31 de julio de 2019¹². Asimismo, Argentina es el Estado con mayor número de TBI en vigor de Sudamérica: 50, de los 61 acuerdos firmados. La experiencia argentina en el régimen de solución de controversias inversor-Estado se ve marcada por una trilogía: 1) apego al Consenso de Washington (1990-2002); 2) abandono de la práctica de celebrar nuevos TBI pero manteniendo la membresía en el CIADI y renovando los TBI en vigor (2003-2015), y 3) regreso a la firma de TBI (2016-presente).

La primera etapa coincide con los dos períodos presidenciales de Carlos Menem (1989-1999) durante los cuales se celebraron 53 de los 60 acuerdos firmados. Esta práctica estuvo motivada por el proceso privatizador, especialmente de los servicios públicos, de acuerdo con la creencia ideológica sobre las ventajas de una mayor apertura de la economía, la tendencia internacional a la firma de TBI impulsada por el Consenso de Washington, y la necesidad de contar con instrumentos jurídicos que brindaran mayor seguridad jurídica a los inversores extranjeros (Beltramino, 2010: 21). Es por este último punto que 41 de los TBI que se celebraron en este período no exigen el agotamiento de los recursos internos, lo que revela un claro alejamiento de la Doctrina Calvo.

La crisis socioeconómica de diciembre de 2001, y las medidas que se tomaron para paliar sus consecuencias negativas, marcan el punto de quiebre de la etapa de apego al Consenso de Washington. Dentro del paquete de medidas adoptadas, se encuentra la Ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario (Ley 24.561, sancionada el 6 de enero de 2002) que, al dejar sin efecto las cláusulas de ajuste en dólares u otras monedas extranjeras y las cláusulas basadas en parámetros internacionales —como los índices de precios de otros Estados—, y convertir a pesos argentinos los precios y tasas incluidos en contratos públicos (Fernández Alonso, 2013: 58, Ricaurte Herrera, 2012: 156), derivó en 37 demandas en contra del Estado.

Estos reclamos los presentaron, en general, empresas privatizadoras de servicios públicos y se centraron en la falta de trato justo y equitativo, trato menos favorable que el otorgado a inversores nacionales y expropiación indirecta, en función de la sanción de las normas internas citadas. Ejemplos de esta situación son los casos Azurix Corp. (CIADI caso n° ARB/01/12, sector de aguas y saneamiento, condena por 165,2 millones de dólares más intereses¹³), CMS Gas Transmission Company (CIADI caso n° ARB/01/8, sector de distribución de gas, condena por 133,2 millones de dólares más intereses¹⁴), y Ur-

¹¹ Bajo el paraguas de la facilitación de inversiones, otros Estados también presentaron sus proyectos a la OMC, como Rusia en el documento JOB/GC/120 (31 de marzo de 2017); México, Indonesia, Corea, Turquía y Australia con el documento JOB/GC/121 (6 de abril de 2017); China con el documento JOB/GC/123 (26 de abril de 2017), y Argentina y Brasil en conjunto con el documento JOB/GC/124 (26 de abril de 2017). Se destaca que la propuesta rusa plantea que las controversias se resuelvan en la jurisdicción nacional de los Estados miembros, en una suerte de retorno a la Doctrina Calvo.

¹² Datos del Investment Policy Hub de la UNCTAD (consultado el 25 de octubre de 2019).

¹³ Laudo de fecha 14 de julio de 2006. Argentina solicitó su anulación, y la solicitud fue rechazada en su totalidad por decisión del Comité *ad hoc* del 1 de septiembre de 2009.

¹⁴ Laudo de fecha 12 de mayo de 2005. Argentina solicitó su anulación. La solicitud fue aceptada parcialmente por decisión del Comité *ad hoc* del 27 de septiembre de 2007, sin afectar el monto indemnizatorio.

baser, S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa (CIADI caso nº ARB/07/26, sector de aguas y saneamiento).

La segunda etapa, que cubre los años 2003-2015 (gobiernos de Néstor Kirchner y Cristina Fernández), supuso un cambio estructural en el país, pues se abandonó la tendencia a la negociación y ratificación de nuevos TBI. Únicamente se modificó el tratado con Panamá en 2004 y entró en vigor el tratado con Senegal en 2010, pendiente de ratificación con el país africano. Sin embargo, se renovaron todos los TBI cuya cláusula de vigencia estaba a término y Argentina se mantuvo como miembro del CIADI. No es una etapa de quiebre, sino de mantenimiento del *statu quo* sin profundizarlo; en otros términos, conforme la teoría de los regímenes internacionales, Argentina se mantuvo como miembro del régimen de solución de controversias inversor-Estado pero con condiciones.

Finalmente, la trilogía se cierra con la llegada de Mauricio Macri al gobierno. En 2016 se retomó la práctica afín a los nuevos TBI, y se celebraron tres acuerdos: con Qatar (2016), con Emiratos Árabes Unidos (2018) y con Japón (2018)¹⁵. La firma de un menor número de TBI que en la etapa menemista tiene una explicación pragmática: Argentina ya contaba con acuerdos en vigor con las principales economías del mundo. Durante el gobierno macrista se emitió, el 8 de diciembre de 2016, el laudo del caso Urbaser, S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa contra Argentina (caso CIADI nº ARB/07/26).

El arbitraje de inversiones y el derecho humano al agua

Argentina es el Estado más demandado del mundo, con 61 demandas. De estos casos, 10 corresponden al sector de aguas y saneamiento (véase tabla 1), siendo también el Estado más demandado en este sector. En otros términos, Argentina es el Estado que cuenta con más demandas que involucran directamente el derecho humano al acceso al agua potable y saneamiento reconocido explícitamente por la Resolución 64/292 de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)¹⁶ como “un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos” (punto 3). Previamente, la Observación General nº 15 del Comité de Derechos Sociales Económicos y Culturales¹⁷ había definido el derecho humano al agua como “el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico” (punto 2). El núcleo duro del cuerpo normativo se completa con los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, que se refieren a un nivel de vida adecuado y al más alto nivel posible de salud física y mental, en las que el acceso al agua potable y el saneamiento son parte fundamental.

¹⁵ Ninguno de ellos en vigor.

¹⁶ Disponible en: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292&Lang=S.

¹⁷ Disponible en: <https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-15-derecho-al-agua-articulos-11-y-12-del-pacto-internacional>.

TABLA 1:
Disputas contra Argentina en el sector de aguas y saneamiento

Nombre abreviado	Inicio	Última decisión	TBI aplicable	Foro	Resultado
Vivendi contra Argentina (I)	1997	2010 (Decisión sobre la anulación)	TBI Argentina-Francia (1991)	CIADI	Decidido a favor del inversor. Monto: 105 millones de dólares de los 317 reclamados.
Azurix contra Argentina (I)	2001	2009 (Decisión sobre la anulación)	TBI Argentina-Estados Unidos (1991)	CIADI	Decidido a favor del inversor. Monto: 165,2 millones de dólares de los 685 reclamados.
Aguas Cordobesas contra Argentina	2003	Sin datos	TBI Argentina-España (1991) y TBI Argentina-Francia (1991)	CIADI	Acuerdo de partes. Monto: sin datos. 112 millones de dólares reclamados.
AWG contra Argentina	2003	2015 (Laudo) Procedimientos posteriores en la jurisdicción nacional de Estados Unidos	TBI Argentina-Reino Unido (1990)	CIADI (Reglas UNCITRAL)	Decidido a favor del inversor. Monto: 21 millones de dólares de los 34,1 reclamados.
Azurix contra Argentina (II)	2003	2012 (Orden de discontinuación)	TBI Argentina-Estados Unidos (1991)	CIADI	Discontinuado. Monto: sin datos.
Suez e Interagua contra Argentina	2003	2018 (Decisión sobre la anulación)	TBI Argentina-Francia (1991) y TBI Argentina-España (1991)	CIADI	Decidido a favor del inversor. Monto: 225,7 millones de dólares de los 257,7 reclamados.
Suez y Vivendi contra Argentina (II)	2003	2017 (Decisión sobre la anulación)	TBI Argentina-Francia (1991) y TBI Argentina-España (1991)	CIADI	Decidido a favor del inversor. Monto: 383,6 millones de dólares de los 834,1 reclamados.
SAUR contra Argentina	2004	2016 (Decisión sobre la anulación)	TBI Argentina-Francia (1991)	CIADI	Decidido a favor del inversor. Monto: 39,9 millones de dólares de los 143,9 reclamados.
Impregilo contra Argentina (I)	2007	2014	TBI Argentina-Italia (1990)	CIADI	Decidido a favor del inversor. Monto: 21, 29 millones de dólares de los 119 reclamados.
Urbaser y CABB contra Argentina	2007	2016 (Laudo)	TBI Argentina-España (1991)	CIADI	Decidido a favor de ninguna de las dos partes (responsabilidad establecida pero sin determinar daños). Monto reclamado: 211,2 millones de dólares.

Fuente: Elaboración propia en base a datos del Investment Policy Hub de la UNCTAD (consultado el 25 de agosto de 2019).

El laudo del 8 de diciembre de 2017: ¿son los derechos humanos el as bajo la manga?

En este marco, el caso Urbaser no es un caso más puesto que, por primera vez, un tribunal de inversiones introdujo explícitamente el análisis del derecho humano al agua en atención a la demanda reconvenzional que presentó Argentina. La controversia tiene como punto de partida la concesión del servicio de aguas y saneamiento del Gran Buenos Aires otorgada a inicios de 2000 a Aguas del Gran Buenos Aires, S.A., consorcio de capitales españoles. Con la crisis económica de 2001 —y las medidas que tomó el gobierno argentino a fin de mitigar sus efectos, especialmente aquellas vinculadas al cobro de las tarifas de los servicios públicos—, los inversores extranjeros entendieron que perdieron la posibilidad de obtener ganancias justas y razonables y por tanto sus inversiones no eran recuperables (laudo, párrafo 96). En efecto, en ese momento comenzó un proceso de negociación entre inversores y el Estado a efectos de revisar el contrato de concesión (2003-2005). Sin éxito para los inversores, la concesión fue terminada en julio de 2006.

Por consiguiente, los inversores extranjeros sostuvieron que el nuevo marco normativo era una violación de las cláusulas de trato justo y equitativo y expropiación del TBI entre Argentina y España (artículos III y V) por tratarse de una modificación unilateral del contrato de concesión de manos del Estado (laudos, párrafos 559 y 951). En consecuencia, con fecha 1 de octubre de 2007, las empresas solicitaron el inicio de un arbitraje ante el CIADI. A efectos de este trabajo, el foco no está puesto en la demanda de los inversores o en su contestación, sino en la demanda reconvenzional que presentó Argentina basada en el incumplimiento por parte de los inversores extranjeros del derecho humano al agua.

En la reconvencción, Argentina afirmó que la obligación más importante de los inversores era “garantizar el acceso al agua potable y así garantizar un derecho humano básico” (laudo, párrafo 1157), prevista además en el marco regulatorio y en el esquema protector del TBI; en consecuencia, reclamó daños correspondientes a inversiones que los inversores no realizaron (laudo, párrafo 1165)¹⁸. Las normas de Derecho Internacional en que Argentina basó la reconvencción son la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) y la Resolución 64/292 de la Asamblea General de la ONU (2010). Con respecto a la Declaración Universal es de interés la discusión acerca de la responsabilidad de las empresas sobre los derechos humanos. En este sentido, Argentina sostuvo que:

La Declaración no incluye ninguna referencia sobre quién sería responsable por los derechos y obligaciones resultantes de ella. Sin embargo, su lectura deja en claro que dichas obligaciones no son vinculantes únicamente para los Estados. El Preámbulo establece expresamente que los deberes recaen tanto sobre las instituciones como sobre los individuos. El Artículo 1 establece que sus disposiciones son aplicables a todos los individuos, incluso en relaciones personales. El Artículo 30 declara que nada en la Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades allí proclamados. El Artículo 29 establece que toda persona tiene deberes respecto a la comunidad. Por lo tanto, las sociedades comerciales y las empresas internacionales se encuentran alcanzadas por las obligaciones resultantes del derecho internacional sobre los derechos humanos (laudo, párrafo 1159).

La posición argentina es sólida y acorde a Derecho, más aún teniendo en cuenta la práctica de la ONU respecto de la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos. Basta recordar el se-

¹⁸ Los daños reclamados en la demanda reconvenzional ascienden a 191,5 millones o a 80,9 millones de dólares, según el período que se tome en cuenta. En un escrito posterior, Argentina propuso otra forma de cálculo que determinaba daños por valor de 61,3 millones de dólares (laudo, párrafo 1166).

gundo de los tres pilares de los 31 principios rectores sobre empresas y derechos humanos: proteger; esto es, la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos y de no producir consecuencias negativas por sus actividades. Asimismo, sigue la línea de razonamiento sobre las obligaciones empresariales por acciones transnacionales conforme al proyecto revisado de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos (2019)¹⁹. En efecto, en su preámbulo prevé que las empresas deben respetar los derechos humanos y evitar especialmente que sus actividades generen o contribuyan a generar consecuencias negativas sobre los derechos humanos, situación que tendrían que remediar en caso de incumplimiento²⁰.

Del análisis que realizó el Tribunal destacan dos elementos fundamentales. El primero es de tipo instrumental y tiene que ver con la aplicación de las condiciones más favorables enunciadas en el artículo VII del TBI (cláusula de la nación más favorecida). En este sentido, la disposición determina que, si una cuestión regulada por el TBI también lo estuviera por otro tratado del que Argentina y España sean parte, o por el Derecho Internacional General, se aplicarán las normas más favorables. Por tanto, en materia del derecho humano al agua, resultan de aplicación las disposiciones del régimen jurídico autocontenido de derechos humanos (párrafo 1192), como había argumentado Argentina.

El segundo elemento a destacar tiene que ver con los derechos humanos *per se*. El Tribunal entendió que, en el pasado, existía un principio en Derecho Internacional que sostenía la falta de subjetividad internacional de las empresas, idea discutible en el Derecho Internacional Público contemporáneo. No obstante, el Tribunal afirmó que nada en el TBI indica que una empresa inversora extranjera no pueda ser titular de obligaciones internacionales (párrafo 1194). El Derecho Internacional evoluciona y la Corte Internacional de Justicia ha indicado que los sujetos son diferentes en características y naturaleza; por tanto, la exigencia de los tres atributos tradicionales²¹ del Estado no es de aplicación para todos los sujetos (opinión consultiva relativa a las reparaciones a los daños sufridos al servicio de la ONU, de fecha 11 de abril de 1949)²².

Tras analizar los instrumentos internacionales que incorporan el derecho humano al agua, pasó a examinar la titularidad de la obligación en torno a garantizar tal derecho. El *quid* de la resolución del Tribunal está en la naturaleza de la obligación de garantizar el derecho humano al agua. Ni el TBI ni el Derecho Internacional General contienen una obligación hacia las empresas inversoras que ingresan a la relación de suministro mediante un contrato. Por tanto, el contrato es el instrumento que determina que la fuente de la obligación para la empresa es el Derecho nacional y no el Derecho Internacional (laudo, párrafos 1208 y 1210). El único titular de la obligación de hacer (garantizar el acceso al agua y saneamiento) es el Estado; diferente sería el caso de una obligación de no hacer (abstenerse de determinada conducta). Dicha obligación puede ser aplicada de manera inmediata a los Estados, las personas físicas y otros particulares, extremo que no está presente en esta disputa (párrafo 1210).

Este último punto es de especial interés ya que, ni el borrador cero ni el proyecto revisado de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas

¹⁹ Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf

²⁰ En relación a las normas vinculadas con la protección de los derechos humanos y el acceso efectivo a los recursos jurisdiccionales y no jurisdiccionales para las víctimas, la obligación sigue siendo estatal, como en los principios rectores.

²¹ *Jus tractatum, jus legationem, locus standi*.

²² Específicamente en la página 8 de la opinión consultiva, la Corte Internacional de Justicia afirma que: “The subjects of law in any legal system are not necessarily identical in their nature or in the extent of their rights, and their nature depends upon the needs of the community. Throughout its history, the development of international law has been influenced by the requirements of international life, and the progressive increase in the collective activities of States has already given rise to instances of action upon the international plane by certain entities which are not States”.

con respecto a los derechos, distinguen entre obligaciones de hacer y obligaciones de no hacer en la conducta de las empresas. Tal vez la respuesta se encuentre en que la distinción del Tribunal se refiere a que los Estados deben proteger los derechos humanos, que podría interpretarse esencialmente como una obligación de hacer, y las empresas deben respetar los derechos humanos, lo que podría interpretarse como una obligación de no hacer. Sin embargo, esta distinción, derivada de la lógica de los pilares de los principios rectores sobre empresas y derechos humanos, no es del todo correcta. Si bien una empresa debe abstenerse de cometer actos que vulneren los derechos humanos, también debe prevenir o mitigar las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos (principios 13 y 19), conducta que implica obligaciones tanto de hacer como de no hacer.

En suma, en el laudo del 8 de diciembre de 2016, el Tribunal decidió que Argentina había violado el trato justo y equitativo previsto en el TBI Argentina-España, pero no la condenó al pago de una indemnización, ya que la mayoría de los supuestos de incumplimiento se refieren al contrato de concesión y no al TBI. La demanda reconventional de Argentina también se desestimó y los derechos humanos no resultaron ser el *as bajo la manga*. Aun así, la disputa pasará a la historia por la introducción al análisis de las obligaciones de las empresas en torno a los derechos humanos²³. De este punto se derivan tres reflexiones: la primera es la relación de tensión entre el régimen de protección de derechos humanos y el régimen de protección de inversiones, aun cuando la regulación de los primeros sea considerada por el Tribunal al laudar.

Las diferencias entre ambos regímenes jurídicos autocontenidos son evidentes. Como discute Echaide (2016), los derechos humanos son normas de naturaleza *erga omnes* (carácter objetivo, obligaciones del Estado frente a la comunidad internacional en su conjunto), a diferencia de las disposiciones derivadas de los TBI que son de carácter subjetivo al regular una relación bilateral en particular. Estas se refieren a un orden público internacional que no pueden desconocer las demás normas. Ante la interpretación del Tribunal respecto al tipo de obligación (hacer o no hacer), cabe preguntarse si el tipo de obligación es el elemento que determina su inclusión como parte de ese orden público internacional, no así su prioridad como obligación *erga omnes*. La respuesta debe ser negativa en atención a que el régimen internacional de protección de los derechos humanos no plantea distinción alguna, según el tipo de obligación de que se trate.

La segunda reflexión se refiere a las posibilidades de introducir la defensa de los derechos humanos en el arbitraje inversor-Estado. En otras controversias emblemáticas, como los casos Pac Rim contra El Salvador (caso CIADI n° ARB/09/12) o Philip Morris contra Uruguay (caso CIADI n° ARB/10/7), su incorporación había sido con base en escritos *amici curiae*, presentados por organizaciones de la sociedad civil (Center for International Environmental Law) u organizaciones internacionales especializadas (Organización Mundial de la Salud), respectivamente. Las demandas reconventionales son otra instancia para hacer valer la carta de derechos humanos como reafirmación de la autonomía del Estado y defensa de su soberanía, al justificar medidas tomadas en ejercicio válido de estas. Además, le confiere al Estado una posibilidad de solicitar indemnización por los daños que ocasiona el inversor extranjero, lo cual es una mejora notable frente a las dos posibilidades anteriores. De esta manera, la maquinaria del arbitraje de inversiones podría volverse en contra de los propios inversores (Abel, 2018).

Finalmente, la tercera reflexión pone el foco en si los tribunales de inversiones, con sus características actuales, son el foro más adecuado para decidir en materia de derechos humanos, aun cuanto su res-

²³ Con anterioridad ya se había visto esta práctica en otros casos como Philip Morris contra Uruguay (Sur, 2017). Si bien el Tribunal examinó disposiciones relativas al Convenio Marco sobre control del Tabaco y reconoció el poder de policía del Estado para regular en materia de salud pública, no incorpora un enfoque de derechos humanos, sino uno de poder regulatorio. En el laudo no hay una referencia a las obligaciones de los inversores en la materia, sino a que estos deben esperar que las medidas de control de tabaco que tomen los Estados sean cada vez más severas.

peto sea el fundamento de una demanda reconvenional. Si, como expresa Echaide (2016: 91), el planteamiento se presenta en términos binarios — derecho al agua/derecho del inversor—, el CIADI no parece ser el foro más adecuado por no tratarse de un sistema judicial creado para interpretar el Derecho Internacional General ni ofrece un tratamiento equilibrado en razón de su materia. El desafío, entonces, es encontrar o crear un mecanismo jurisdiccional adecuado que englobe los derechos y las obligaciones de los inversores (Perrone, 2019: 21).

3. Sombras europeas

3.1. Instituciones europeas y el rechazo a los arbitrajes intra-UE

Analizadas las sombras mercosurianas, cabe hacer el examen de su contraparte. Desde la UE los motivos de exclusión de los mecanismos de controversias inversor-Estado del Acuerdo Mercosur-UE revelan un conflicto más profundo. La posición de sus instituciones presenta una dualidad. A nivel interno la posición es de rechazo frente a los arbitrajes intra-UE, esto es, arbitrajes entre una empresa de nacionalidad de un miembro y otro miembro receptor de la inversión. A nivel externo se sostiene una alternativa sin cambios ante los TBI en vigor (véase apartado 3.3).

La posición antagónica de las instituciones europeas frente a los arbitrajes intra-UE se viene gestando en la Comisión Europea desde 2014 y tuvo como detonante el caso Achmea (asunto C 284/16 del Tribunal de Justicia de la UE). Achmea, empresa de capitales holandeses, invertía en Eslovaquia en el sector de seguros médicos, cuando —en 2008— Eslovaquia dejó sin efecto el libre mercado en el sector y prohibió el reparto de beneficios. En consecuencia, la empresa inició un arbitraje contra el Estado, el cual se desarrolló en territorio alemán, bajo su Derecho, que culminó con la condena a Eslovaquia a pagar 22,1 millones de euros. Frente al recurso de casación de Eslovaquia, el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal envió una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la UE referente a la compatibilidad del TBI Países Bajos-República Checa con el Derecho de la Unión.

El 6 de marzo de 2018, el Tribunal de Justicia de la UE determinó que el artículo 8 del TBI era incompatible con el acervo normativo de la Unión, y destacó que el tribunal arbitral previsto no forma parte del conjunto de órganos con competencia para interpretar el Derecho Comunitario y, en consecuencia, no está facultado para remitir una cuestión prejudicial aun estando obligado a interpretar el Derecho de la Unión. De esta manera, la autonomía del Derecho de la Unión se ve vulnerada por el arbitraje inversor-Estado. La decisión en el caso Achmea, aun sin existir el principio del precedente judicial obligatorio, da luz verde a posibles recursos de anulación o no ejecución de laudos en arbitrajes intra-UE (inversor de un Estado miembro contra un Estado miembro). Si bien la sentencia se aplicó para ese caso concreto, recibió el apoyo de la Comisión en su comunicación al Parlamento de 19 de julio de 2018 (COM(2018) 547), en la que afirma que los TBI celebrados entre miembros de la UE son un riesgo para la autonomía, eficacia, primacía y efecto directo del Derecho de la Unión.

El “efecto Achmea” no se hizo esperar. El 15 de enero de 2019, 22 miembros de la UE²⁴ firmaron una declaración²⁵ que manifestaba la prevalencia del Derecho de la Unión sobre los TBI celebrados entre ellos. Todos los tratados celebrados por los miembros deben ser compatibles con el Derecho de la

²⁴ Estos son: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Eslovenia, España, Estonia, Dinamarca, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa y Rumanía.

²⁵ Disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/190117-bilateral-investment-treaties_en.pdf

Unión, incluso los TBI y el Tratado de la Carta de la Energía, acuerdo significativo por el alto número de arbitrajes intra-UE que se han basado en sus disposiciones. Si bien la declaración sostiene que los mecanismos de solución de controversias inversor-Estado son inaplicables, reafirma la obligación de los firmantes de brindar protección a los inversores extranjeros, incluyendo recursos ante los tribunales nacionales. Este punto es fundamental ya que zanja el debate de la protección efectiva al llevarla a las jurisdicciones nacionales.

La declaración prevé nueve acciones, entre las cuales destaca una por encima del resto: la obligación de terminar todos los TBI entre ellos, ya sea plurilateralmente o bilateralmente, si esto resultara más conveniente. Diez meses después, el 24 de octubre de 2019, la Comisión Europea anunció la firma del acuerdo multilateral de denuncia de los TBI intra-UE²⁶, y lamentó que un pequeño grupo de miembros no participara. Asimismo, recordó su posición con respecto al inicio de procedimientos de infracción a los miembros que no terminen sus TBI intra-UE.

El artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la UE establece que la Comisión puede emitir un dictamen en caso de incumplimiento por parte de un miembro de las obligaciones emanadas de los tratados. Si el incumplidor no se atiene a lo previsto en el dictamen, la Comisión puede llevar el caso al Tribunal de Justicia. Si bien la función de la Comisión es velar por el cumplimiento de los tratados fundamentales, la intención de iniciar los procesos de infracción manifiesta una clara posición política frente a los arbitrajes intra-UE. En este caso puede producirse una situación de negociación coercitiva, ya que los Estados, aun sin ser firmantes originarios, podrían adherirse al acuerdo plurilateral al entender que fuera del nuevo *statu quo* estarían en peores condiciones que formando parte de él (Krasner, 2011: 21305).

3.2. España y los arbitrajes en el área de energías renovables

Un botón de muestra: el caso Masdar

El impacto del caso Achmea sobre el conjunto de controversias inversor-Estado puede verse desde un ángulo más amplio que permita hacer un análisis más allá de la narrativa de un caso en particular. Es por esto que se opta por examinar la situación de España frente a los arbitrajes en el área de energías renovables, iniciados a raíz de las medidas tomadas por el Estado español ante la crisis económica de 2008-2014. El caso Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. contra España (caso CIADI n° ARB/14/1) presenta características particulares puesto que no se trata de un caso puntual y aislado, sino que es un botón de muestra de los 47 casos en los que empresas de energías renovables demandaron a España conforme a las disposiciones del Tratado de la Carta de la Energía.

Esta situación ha llevado a que España sea en la actualidad (octubre de 2019) el segundo Estado más demandado del mundo, con 51 controversias conocidas en su contra. Asimismo, es el Estado con mayor paridad entre controversias como Estado demandado (51) y como Estado de nacionalidad del inversor actor (54)²⁷. En octubre de 2019, de los 47 casos, el CIADI es la institución que administra el 74,4% de los mismos, la Corte Permanente de Arbitraje el 4,3%, y la Cámara de Comercio de Estocolmo el restante 21,3%²⁸. Los dos primeros laudos fueron favorables a España²⁹, uno fue anulado³⁰ y once fueron

²⁶ Disponible en: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/191024-bilateral-investment-treaties_en.pdf. Al cierre de este trabajo el texto de acuerdo plurilateral no está públicamente disponible.

²⁷ Datos del Investment Policy Hub de la UNCTAD actualizados con datos del CIADI (consultado el 25 de octubre de 2019).

²⁸ Datos obtenidos de la base de datos de casos contra España (abril 2019) publicada por el Transnational Institute (consultado el 25 de octubre de 2019).

²⁹ Casos Isolux y Charanne.

³⁰ Caso NovEnergia.

contrarios a sus intereses³¹, con condenas que, en su conjunto, superaron los 800 millones de euros, pese a que la cifra reclamada por los inversores fuera en algunos casos sensiblemente superior.

El reclamo de Masdar, similar al de los demás inversores en el sector de energías renovables, tuvo como centro la vulneración de los principios de trato justo y equitativo y legítimas expectativas ante el marco jurídico en el que confiaron e invirtieron, y que España impulsó en su momento para estimular la inversión en el sector de energías renovables (Real Decreto 661/2007). Las modificaciones de este marco se hicieron en función de los recortes y la posterior cancelación del programa de subsidios a las energías renovables, mediante la sanción del Real Decreto-ley 14/2010, la Ley 15/2012, el Real Decreto-ley 9/2013, la Orden IET/1045/2014 y normas específicas para la energía solar.

Las disposiciones mencionadas, según argumentó la empresa, irían en contra del compromiso de estabilidad previsto en el artículo 44, numeral 3, del Real Decreto 661/2007, respecto a las instalaciones puestas en servicio antes del 1 de enero de 2012, y el artículo 4 del Real Decreto 1614/2010, para las instalaciones de tecnología solar termodinámica inscritas con carácter definitivo antes del 7 de mayo de 2009. Masdar, empresa de capitales soberanos de Emiratos Árabes Unidos instalada en Países Bajos³² que había invertido en tres plantas de energía solar concentrada, entendió que estaba amparada en el compromiso de estabilidad incumplido por España y el 11 de febrero de 2014 solicitó el inicio de un arbitraje en el CIADI con base al Tratado de la Carta de la Energía³³.

La demanda del inversor extranjero no es consecuencia de un avance del Estado en materia de protección de los derechos humanos (derecho a un medio ambiente sano) o en defensa del interés público. Por el contrario, las 47 demandas en el sector de energías renovables tienen como foco normas que implican un retroceso en materia de protección del medio ambiente, al recortar y finalmente cancelar programas de atracción a la inversión en energías renovables. Sin perjuicio de lo anterior, en el otro platillo de la balanza está el derecho de regular de los Estados, esto es, aquellas medidas estatales que restringen la libertad general del ciudadano adoptadas en defensa del orden público (Hernández González, 2017: 11). En el caso de España, los recortes formaban parte del paquete de medidas para mitigar los efectos de la crisis económica 2008-2014.

Cabe trazar un paralelismo entre la situación de España y la de Argentina (analizada en el apartado 2.3), los Estados número 1 y 2 en la clasificación de los países más demandados del mundo en los arbitrajes inversor-Estado. Si bien a España se le cuestionan medidas tomadas en un sector económico puntual, su situación no parece muy diferente a la vivida por Argentina a consecuencia de las medidas para paliar la crisis económica de 2001, en particular la Ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario (Ley 24.561).

Las objeciones de jurisdicción y el “efecto Achmea”

En el laudo del 16 de mayo de 2018³⁴, en lo que respecta a las objeciones sobre la jurisdicción del Tribunal que presentó España, el Tribunal entendió que no había pruebas suficientes para la excepción

³¹ Casos Eiser; Antin; Masdar; Foresight Greentech Goresight y GWM; Nextera; REEF; Cube Infrastructure; 9REN; SolEs Badajoz; Infrared Environment Infrastructure; y Schwab Holding y OperaFund Ecoinvest.

³² Emiratos Árabes Unidos no es parte del Tratado de la Carta de la Energía, pero Países Bajos sí. Emiratos Árabes Unidos tampoco tiene un TBI que proteja las inversiones recíprocas con España. La práctica de elegir el tratado más conveniente a los intereses del demandante se denomina *treaty shopping*, y en algunas controversias se ha extendido a la reconfiguración empresarial posterior al inicio del arbitraje, como sucedió en el caso Philip Morris Asia contra Australia (caso CPA n° 2012-2).

³³ No solo 47 de los 51 casos contra España tienen como base el Tratado de la Carta de la Energía; este se ha invocado en numerosas oportunidades contra Italia (11), República Checa (6) y Hungría (5), entre otros.

³⁴ Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9710.pdf>.

de jurisdicción personal del Tribunal en función de que Masdar estaba bajo el control de Emiratos Árabes Unidos, Estado no parte del Tratado de la Carta de la Energía (laudo, párrafo 177). Tampoco admitió la objeción por razón material con respecto a que no se trataba de una inversión protegida (laudo, párrafo 202), ni la objeción por consentimiento (*rationae voluntatis*), ya que España no logró probar que Masdar no tenía actividades importantes en Países Bajos (laudo, párrafo 256). El Tribunal aceptó la segunda objeción por *rationae voluntatis* respecto al impuesto que creó la Ley 15/2012, el cual resultó incluido en la excepción prevista en el Tratado de la Carta de la Energía (artículo 21, numeral 7) (párrafo 295).

No obstante, las dos objeciones que presentan más interés para el régimen de solución de controversias inversor-Estado son aquellas que se refieren a los arbitrajes intra-UE. En primer lugar, España afirmó que el Tratado de la Carta de la Energía era inaplicable a las disputas inversor-Estado intra-UE. El argumento se basa en que el artículo 26 de ese tratado regula arbitrajes entre una parte contratante y nacionales de otra parte contratante y, en este caso, coinciden en el mismo sujeto: la UE. El *amicus curiae* que presentó la Comisión Europea el 14 de noviembre de 2014 reafirmó la idea anterior al señalar que el Tratado de la Carta de la Energía no puede crear derechos y obligaciones para los inversores de la UE puesto que la propia UE ya tiene normas que regulan la materia, y que los miembros de la UE no pueden acordar mecanismos de solución de controversias diferentes a los ya previstos por el Derecho de la Unión (párrafo 305). El Tribunal no admitió la primera objeción porque, si bien la UE es parte del acuerdo, la disposición sobre solución de controversias en materia de inversiones se refiere a los Estados y no a la UE en su conjunto. Por tanto, la norma es aplicable.

La segunda objeción puso el foco en que el Derecho de la Unión tiene preferencia o prevalencia sobre cualquier otra norma cuando se trata de relaciones intra-europeas, incluyendo las normas de solución de controversias (artículo 344 del Tratado de Funcionamiento de la UE). Esta objeción había sido rechazada en laudos anteriores³⁵ y, en la misma línea, concluyó que los sistemas no son incompatibles sino paralelos. En este punto es importante hacer una apreciación: la existencia de sistemas paralelos no genera seguridad jurídica, sino que, por el contrario, termina derivando en posibles soluciones contrapuestas o de imposible ejecución. A largo plazo, sistemas de solución de controversias paralelos y no excluyentes, típicos de la fragmentación del Derecho Internacional, se contraponen a los principios básicos del Derecho.

Cabe destacar que, en fecha posterior a la celebración de audiencias en el caso Masdar (19 a 23 de septiembre de 2016), el Tribunal de Justicia de la UE emitió la sentencia en el caso Achmea, asunto que tiene una conexión directa con las dos objeciones sobre arbitrajes intra-UE. Puntualmente, en el caso de España, todos los laudos emitidos en su contra cumplen conjuntamente con la condición de ser arbitrajes intra-UE y posteriores a la sentencia de Achmea, salvo uno: el caso Eiser (caso CIADI n° ARB/13/36).

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal del caso Masdar entendió que la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE tiene un efecto limitado, se refiere a arbitrajes en el marco de un TBI y no incumbe a ese arbitraje en particular (párrafos 678 y 683). Cabe destacar que aunque el caso Achmea tiene como foco a un mecanismo contenido en un TBI, no va de suyo que el análisis del Tribunal de Justicia de la UE quede restringido a esta clase de acuerdo con exclusión de los multilaterales. El razonamiento del caso Achmea puede aplicarse a cualquier mecanismo de solución de controversias inversor-Estado sin importar en qué instrumento internacional esté acordado. La clasificación de un tratado por la cantidad de partes no parece ser la que sigue el Tribunal de Justicia, sino una clasificación vinculada a la materia que el tratado regula.

³⁵ Electrabel contra Hungría (caso CIADI n° ARB/07/19), Charanne contra España (caso Cámara de Comercio de Estocolmo n° V2012/062) e Isolux contra España (caso Cámara de Comercio de Estocolmo n° V2013/153).

La responsabilidad estatal y la “tormenta Micula”

Teniendo el tribunal arbitral del CIADI competencia para resolver la controversia sin afectación por los desarrollos en la UE, el Tribunal concluyó que, aunque España podía modificar su legislación, la estabilidad económica y jurídica no puede considerarse dentro de las legítimas expectativas del inversor (párrafo 485). Sin embargo, el Estado no cuenta con un derecho incondicional y, por tanto, es responsable en caso de existir compromisos específicos de estabilidad, como las resoluciones que tomó España en el marco del Real Decreto 661/2007 respecto a todas y cada una de las empresas que operaban en su territorio (párrafo 521). En consecuencia, el Tribunal entendió que España violó el trato justo y equitativo (artículo 10, numeral 1, del Tratado de la Carta de la Energía), y la condenó al pago de 64,5 millones de euros más intereses.

El caso Masdar tiene similitudes con los otros 10 casos que han ganado los inversores contra España, pero a este escenario debe sumarse otro ingrediente europeo: el caso Micula contra Rumanía (caso CIADI nº ARB/05/20). Rumanía, al ingresar a la UE cumplió con el requisito de derogar las normas nacionales que establecían beneficios para inversores en regiones desfavorecidas. Los hermanos Micula y dos empresas, todos de nacionalidad sueca, decidieron iniciar un arbitraje en el CIADI por considerar que Rumanía había vulnerado sus legítimas expectativas conforme al TBI Suecia-Rumanía. El tribunal *ad hoc* falló a favor de los demandantes y condenó al Estado a una indemnización de aproximadamente 178 millones de euros. En consecuencia, Rumanía procedió al descuento de parte de la indemnización de una deuda tributaria que una de las empresas demandantes tenía con el Estado. Al ser informada del hecho, la Comisión Europea afirmó que cualquier forma de indemnización a una empresa de un Estado de la UE, conforme a un laudo arbitral, era considerada como una ayuda incompatible con el mercado interior y, en consecuencia, ilícita; por tanto, Rumanía debía recuperar el monto indemnizado (Decisión 2015/1470)³⁶.

Por tanto, aunque España contó con el apoyo de la UE en su batalla por la modificación del régimen de incentivos a las energías renovables, 11 de los 14 laudos emitidos a octubre de 2019 fueron contrarios a sus intereses. Asimismo, en el corto plazo, es factible que culminen otros procesos que pueden sumar cerca de 4.000 millones de euros más en su contra. Si España abona las indemnizaciones a las que se le condena, conforme al caso Micula, estaría incumpliendo el Derecho de la Unión por tratarse de una ayuda ilícita. Ahora bien, el caso Micula trae en sí mismo el germen de una tormenta: aun si en la UE una indemnización se considera una ayuda estatal ilícita, empresas como, por ejemplo, Eiser —con laudo favorable en el CIADI con sede en Washington—, han promovido recursos nacionales que les permiten ejecutar los bienes inmuebles del Estado español en territorio estadounidense.

Si bien la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes (2004) no está en vigor, esta cristaliza normas de fuente consuetudinaria. En este sentido, cabe señalar que las tres excepciones a la aplicación de medidas coercitivas posteriores a una resolución judicial nacional son: el consentimiento expreso del Estado involucrado, la satisfacción del objeto del proceso mediante la asignación de bienes por parte del Estado demandado, y el caso de los bienes con fines oficiales no comerciales que estén en el territorio del foro y tengan nexo con el actor del procedimiento (artículo 19). No son ejecutables los bienes de las misiones diplomáticas y oficinas consulares, los bienes militares, los bienes del Banco Central, los bienes culturales y los bienes de exposición que no estén destinados a su venta (artículo 21).

Respecto a los locales, muebles, vehículos y bienes de las misiones diplomáticas, el artículo 22, numeral 3 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (1961), señala que no pueden requisarse,

³⁶ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32015D1470>

embargase o ejecutarse. Solución similar aporta el artículo 31, numeral 4 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (1963). Ambas normas sí están vigentes. España es propietaria de bienes en territorio de Estados Unidos, ya sean bienes inmuebles en los cuales están ubicadas las misiones diplomáticas y oficinas consulares, como otros que no tienen esta naturaleza. En consecuencia, los últimos podrían ser susceptibles de ejecución³⁷. En definitiva, la suerte de los bienes españoles en el territorio del foro estará en la aplicación de las normas internacionales en los casos concretos.

Cabe señalar que es diferente la situación de los laudos que emiten tribunales arbitrales en territorio europeo (Cámara de Comercio de Estocolmo o Corte Permanente de Arbitraje), en aplicación del dictamen del Tribunal de Justicia de la UE en el caso Achmea. También es diferente el caso de las controversias cuyos actores son empresas de nacionalidad extra-UE, las cuales, conforme al razonamiento de las instituciones no entrarían en colisión con el Derecho de la Unión. En octubre de 2019 inversores no europeos iniciaron cuatro controversias, alguno de ellos en conjunto con empresas de la UE: 1) Eurus Energy Holdings Corporation (Japón) (caso CIADI n° ARB/16/4); 2) EBL (Genossenschaft Elektra Baselland) (Suiza) y Tubo Sol PE2 S.L. contra España (caso CIADI n° ARB/18/42); 3) Itochu Corporation (Japón) (caso CIADI n° ARB/18/25), y 4) DCM Energy GmbH & Co. Solar 1 KG (Alemania), DCM Energy GmbH & Co. Solar 2 KG (Alemania), Hannover Leasing Sun Invest 2 Spanien Beteiligungs GmbH (Alemania), Hannover Leasing Sun Invest 2 Spanien GmbH & Co. KG (Alemania), Edisun Power Europe A.G. (Suiza) (caso CIADI n° ARB/17/41).

3.3. El sistema de cortes de inversión

En paralelo a la situación analizada en los apartados anteriores, la UE impulsa desde 2015 una reforma del régimen de solución de controversias inversor-Estado en dos fases. En una primera instancia, la UE ha incluido en la negociación o renegociación (modernización) de los tratados de comercio y/o inversión con terceros Estados un sistema bilateral de tribunales de inversiones. En la segunda fase, que sustituirá a la anterior, el objetivo es crear un sistema multilateral cuya negociación estará abierta a todos los Estados interesados y no exclusivamente a los miembros del proceso de integración.

La primera fase se plasmó en el Acuerdo Económico y Comercial Global entre la UE y Canadá (CETA, por sus siglas en inglés)³⁸, entre otros tratados bilaterales³⁹. El CETA se celebró el 30 de octubre de 2016 y entró en vigor provisionalmente el 21 de septiembre de 2017, dado que las disposiciones relativas a protección de inversiones, inversiones de cartera (no así la inversión extranjera directa) y al sistema de tribunales de inversiones deben ser aprobadas por los parlamentos nacionales (y, en algunos casos, por los parlamentos regionales, dado que no se trata de competencias exclusivas de la UE)⁴⁰. Por este motivo, el 22 de mayo de 2018 el Consejo de la UE emitió un documento relativo a la negociación y la celebración de acuerdos comerciales de la Unión con terceros (8622/18), en el que recomienda la celebración por separado de acuerdos comerciales y acuerdos en materia de inversiones⁴¹.

En relación al CETA, en su capítulo 8 (Inversiones) se establece la creación de dos instituciones permanentes para resolver controversias inversor-Estado: un Tribunal de Inversiones Permanente y un

³⁷ El listado de bienes inmuebles puede consultarse en: <http://www.senado.es/web/expedientappendixblobervlet?legis=12&idi=62577&id2=1>.

³⁸ Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017A0114\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017A0114(01)&from=EN).

³⁹ Se destacan el Acuerdo de protección de inversiones con Singapur (celebrado el 15 de octubre de 2018), Vietnam (negociación culminada, no firmado) y México (negociación en curso).

⁴⁰ La entrada en vigor del CETA sustituirá los TBI de Canadá con Croacia, Eslovaquia, Hungría, Letonia, Malta, Polonia, República Checa y Rumanía.

⁴¹ Disponible en: <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8622-2018-INIT/en/pdf>

Tribunal de Apelación. Conforme al artículo 8.27, el Tribunal permanente está compuesto por quince jueces elegidos por un período de cinco años renovable por una única vez (cinco nacionales de la UE, cinco de Canadá, y cinco de terceros Estados). Tres de los quince jueces resolverán cada caso concreto y se mantendrá la proporción de nacionalidades previstas para el Tribunal en pleno, que será presidido por el juez nacional del tercer Estado.

Adicionalmente, el texto prevé un Tribunal de Apelaciones que tiene como fin confirmar, modificar o revocar los laudos del Tribunal permanente, y funcionará en divisiones de tres miembros (artículo 8.28). El hecho de que ambos tribunales sean permanentes, con independencia de su funcionamiento en divisiones, mitiga parte de las críticas al sistema actual de solución de controversias inversor-Estado, especialmente al CIADI, cuyos tribunales se conforman para el caso concreto y no tiene una instancia de apelación. En este sentido, Schill y Vidigal (2018: 15) afirman que el objetivo de esta propuesta es responder a la crítica al tradicional mecanismo de designación de los árbitros por las partes, que termina convirtiendo a los tribunales *ad hoc* en instituciones que presentan un déficit democrático, por la falta de rendición de cuentas de sus miembros, poniendo en riesgo la consistencia y coherencia de la jurisprudencia.

Otros elementos a destacar son: la prohibición de procedimientos paralelos tanto en tribunales nacionales como internacionales al mismo tiempo que en el sistema de tribunales de inversiones del CETA (artículos 8.22 y 8.23); la prevención de demandas fraudulentas o manipuladoras con base, por ejemplo, en reestructuraciones empresariales, como en el caso Philip Morris Asia contra Australia (caso CPA n° 2012-2) (artículo 8.18); la no derogación de la medida impugnada (artículo 8.39), y la inclusión de mecanismos alternativos de solución de disputas, como la mediación (artículo 8.20). Respecto al derecho de regular, el CETA prevé su consagración general, aunque ejemplifica áreas concretas de regulación (artículo 8.9). Este giro en la redacción puede llevar a interpretaciones diversas, a saber, si se incluye cualquier área de regulación estatal o únicamente aquellas indicadas expresamente en el texto.

Desde la sociedad civil organizada, el Centro Canadiense de Políticas Alternativas, el Corporate Europe Observatory, Amigos de la Tierra Europa, el Foro Alemán de ONG de Medio Ambiente y Desarrollo y el Transnational Institute, publicaron un documento de trabajo en el cual ponen a prueba el sistema de tribunales de inversiones que propuso la UE (Cingotti y otros, 2016), cuyo primer ejemplo es el del CETA. Respecto al derecho de regular, el documento es claro al dar la voz de alarma ante la redacción del artículo 8.9. En particular señalan que “la vaga formulación de la propuesta deja en manos de los árbitros interpretar qué medidas del gobierno son ‘necesarias’ para lograr objetivos ‘legítimos’” (Cingotti y otros, 2016: 9).

Por consiguiente, su interpretación queda en manos de los jueces como operadores jurídicos. Del análisis de las disputas inversor-Estado seleccionadas⁴² en el documento, concluyen que una interpretación restrictiva de normas que protegen el derecho de los Estados a legislar puede dar cabida a demandas que se dirijan “contra leyes u otras medidas adoptadas por los países para proteger la salud pública, el medio ambiente, las comunidades locales o luchar contra el cambio climático” (Cingotti y otros, 2016: 10).

El sistema previsto en la Sección III del Capítulo II (Inversiones) del último borrador del Acuerdo Transatlántico de Asociación (TTIP, por sus siglas en inglés) —noviembre de 2015— tiene las mismas ca-

⁴² Casos Philip Morris contra Uruguay (caso CIADI n° ARB/10/7), TransCanada contra Estados Unidos (caso CIADI n° ARB/16/21), Lone Pine contra Canadá (caso CIADI n° UNCT/15/2), Vattenfall contra Alemania (caso CIADI n° ARB/09/6) y Bilcon contra Canadá (caso CPA n° 2009-04).

racterísticas y ha sido blanco de diversas críticas. Se destaca, en primer lugar, el análisis de Sornarajah (2016), quien considera que el sistema propuesto no resuelve los problemas de los mecanismos actuales, dado que *per se* no asegura la legitimidad ni hay una determinación clara de la distribución geográfica de los miembros de los tribunales que corresponden a terceros Estados. Por los mismos motivos, Gaffney (2016) considera que el borrador se queda a mitad de camino entre la construcción de un nuevo sistema y la permanencia del actual. Finalmente, Schill (2016) agrega un elemento más al debate al cuestionar la ausencia del requisito de agotamiento previo de la jurisdicción nacional, aspecto que puede poner en tela de juicio la autoridad y legitimidad democráticas de los tribunales nacionales y quitarles la oportunidad de corregir posibles medidas arbitrarias, discriminatorias o ilegítimas que adopte el gobierno.

Movidos por la preocupación ante la solución de controversias inversor-Estado, dos parlamentos regionales de Bélgica (comunidad francófona de Valonia y federación de Valonia-Bruselas) votaron en contra del CETA en octubre de 2016, hecho que tuvo dos consecuencias directas. En primer lugar, determinó la entrada en vigor provisional del acuerdo y, en segundo lugar, llevó a Bélgica a realizar una consulta al Tribunal de Justicia de la UE sobre la compatibilidad del sistema de tribunales de inversiones del CETA con el Derecho de la Unión. En su dictamen 1/17 del 30 de abril de 2019⁴³, el Tribunal concluyó que el acuerdo es compatible, y destacó que la autonomía del Derecho de la UE no se vería comprometida. Afirmó que se trata de un mecanismo externo al sistema jurídico de la UE; por tanto, no habría espacio para la interpretación de las disposiciones de Derecho Comunitario, sino aplicación e interpretación de normas de Derecho Internacional. Tampoco considera que pueda trazarse un paralelismo con la situación del caso Achmea, toda vez que el sistema de tribunales de inversiones no se encargará de resolver disputas intra-UE.

En suma, la posición de la UE muestra una dualidad. Los arbitrajes intra-europeos se rechazan, mientras que los arbitrajes extra-europeos se impulsan, ya sea en el régimen tradicional (no hay propuesta de terminación de los TBI extra-UE ni de retirarse del CIADI) o con la propuesta alternativa. La construcción de una nueva institucionalidad (sistema de tribunales de inversiones) tiene como efecto la constitución de un régimen internacional paralelo, sin abandonar el tradicional régimen de solución de controversias inversor-Estado. En consecuencia, el lugar actual de la UE es el de confrontador: crítico del régimen actual, sin llegar a atravesar el umbral hacia la disidencia⁴⁴.

4. Reflexiones finales

Las sombras que proyectan los miembros del Mercosur y la UE sobre el régimen de solución de controversias inversor-Estado explican los motivos por los cuales no se incluyeron mecanismos de arbitraje en el acuerdo entre ambas partes. Según la tipología propuesta para las posiciones estatales, los Estados bajo análisis pueden clasificarse como miembros, externos y confrontadores. En el Mercosur, Argentina, Paraguay y Uruguay son miembros del régimen, ya que celebran TBI, son parte del Convenio de Washington y no han cambiado su posición luego de su ingreso al régimen con el abandono de los postulados de la Doctrina Calvo. Sin embargo, las disputas que involucraron temas de derechos humanos han generado críticas en el ámbito nacional. Brasil es el único externo al régimen, ya que su Congreso no aprobó ninguno de los TBI que firmó el gobierno en los años noventa y sigue sin adherirse

⁴³ Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=215650&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12661214>.

⁴⁴ A este grupo también puede sumarse India, con el reforzamiento de la jurisdicción nacional previo al arbitraje inversor-Estado, el cual mantiene e incluye en su nuevo modelo de TBI de 2016.

al Convenio de Washington. Sin perjuicio de lo anterior, desde que el flujo de inversión extranjera directa pasó a ser bidireccional, comenzó un proceso de negociación de un nuevo modelo de acuerdo de inversiones: los ACFI.

En lo que respecta a la UE, el rechazo de la Comisión hacia los arbitrajes intra-UE —por considerarlos contrarios al Derecho de la Unión y, por tanto, nulos—, coloca a la UE dentro de los confrontadores. Esta posición se consolida con el acuerdo plurilateral entre 22 miembros para terminar sus TBI intra-UE (a nivel interno) y con la propuesta de un sistema de tribunales de inversiones (a nivel externo). Respecto a los TBI extra-UE, no se han emitido pronunciamientos; por tanto, estos continuarán en vigor y se seguirá aplicando el arbitraje inversor-Estado para los inversores extra-UE. Esta dualidad hace que la UE confronte el régimen, pero no se posicione como disidente, tal como lo hicieron Bolivia, Ecuador, Venezuela y Sudáfrica, en 2007, 2009, 2012 y 2010, respectivamente.

Por consiguiente, la primera conclusión a la que se llega es que, con excepción de Brasil, tanto los miembros del Mercosur como los de la UE no rechazan el régimen internacional, más allá de las críticas que puedan emitirse. Aun así, incluir en un acuerdo interregional los mecanismos de arbitraje inversor-Estado hubiera significado que estas disposiciones no entrarían en vigor, salvo que Brasil cambiara su posición. Podría cuestionarse si no sucederá algo similar con el CETA en el caso de los parlamentos regionales de la comunidad francófona de Valonia y la federación de Valonia-Bruselas. Es una posibilidad, de continuarse con la negativa, especialmente porque se trata de acuerdos mixtos, cuya entrada en vigor está determinada por el tema regulado y las competencias de la UE.

En consecuencia, ¿es posible afirmar que es el fin de la solución de controversias inversor-Estado entre el Mercosur y la UE? La respuesta necesariamente debe ser negativa: en primer lugar, porque el acuerdo puede renegociarse y seguir la suerte del Acuerdo México-UE, en cuya modernización se incluyó el sistema de tribunales de inversiones. Otro escenario, teniendo en cuenta el papel de Brasil como líder regional, es que en una posible renegociación del acuerdo se siga el modelo ACFI, apostando por la prevención de disputas y el arbitraje interestatal, o siguiendo los mecanismos institucionales del acuerdo, en línea con el proyecto multilateral que presentó Brasil ante la OMC. En los hechos, este escenario no determinaría mayores modificaciones a la situación actual, a excepción de la institucionalización de una nueva gobernanza vinculada con los medios alternativos de solución de disputas.

El último escenario posible es mantener el *statu quo*, en el cual los mecanismos de solución de controversias inversor-Estado estén incluidos en la red de acuerdos que rigen las relaciones bilaterales entre los miembros del Mercosur y los de la UE. Teniendo en cuenta únicamente los TBI en vigor, Argentina cuenta con acuerdos que la vinculan con 20 de los 28 miembros de la UE; Paraguay con 13, y Uruguay con 15 (véase tabla 2). Por tanto, hay una amplia red de acuerdos en vigor que alberga el tradicional arbitraje inversor-Estado. Con excepción de Brasil, y a pesar de las sombras sobre el régimen, el tema ausente en el Acuerdo Mercosur-UE está presente en el entramado de relaciones bilaterales.

TABLA 2:
Red de TBI en vigor entre los miembros del Mercosur y de la UE

	Argentina	Brasil	Paraguay	Uruguay
Alemania				
Austria				
Bélgica				
Bulgaria				
Chipre				
Croacia				
Dinamarca				
Eslovaquia				
Eslovenia				
España				
Estonia				
Finlandia				
Francia				
Grecia				
Hungría				
Irlanda				
Italia				
Letonia				
Lituania				
Luxemburgo				
Malta				
Países Bajos				
Polonia				
Portugal				
Reino Unido				
República Checa				
Rumanía				
Suecia				
Total	20	0	13	15

Fuente: Elaboración propia con base en datos del Investment Policy Hub de la UNCTAD (consultado el 25 de octubre de 2019).

Notas: Se sombrea cuando hay un TBI en vigor. En el caso de Bélgica y Luxemburgo, los TBI se celebran conjuntamente.

Referencias bibliográficas

- ABEL, P. (2018): “Counterclaims based on international human rights obligations of investors in international investment arbitration. Fallacies and potentials of the 2016 ICSID Urbaser v. Argentina Award”, *Brill Open Law*, nº 1, vol. 1, pp. 61-90. Disponible en: <https://doi.org/10.1163/23527072-00101003>.
- ACTIS, E. (2014): “Brasil y la promoción de Tratados Bilaterales de Inversión: El fin de la disyuntiva”, *Latin American Journal of International Affairs*, vol. 6, nº 1, pp. 18-33. Disponible en: <http://www.lajia.net/volumenes/LAJIA%20vol6%20n1%20Arto2.pdf?attredirects=0&d=1>.
- BAS VILIZZIO, M. (2017): *América del Sur ante los tratados bilaterales de inversión: ¿hacia un retorno del Estado en la solución de controversias?*, Montevideo, Biblioteca Plural, Comisión Sectorial de Investigación Científica - Universidad de la República.
- BELTRAMINO, R. (2010): “Promoción de inversiones en los acuerdos de inversiones firmados por Argentina”, *Documento de trabajo* nº 49 (mayo), Área de Relaciones Internacionales, FLACSO Argentina. Disponible en: http://rrii.flacso.org.ar/wp-content/uploads/2010/06/FLA_Doc49.pdf.
- CINGOTTI, N. y OTROS (2016): *El Sistema de Tribunales de Inversiones puesto a prueba*, Ámsterdam/Bruselas/Berlín/Ottawa, Centro Canadiense de Políticas Alternativas, Corporate Europe Observatory, Amigos de la Tierra Europa, el Foro Alemán de ONG de Medio Ambiente y Desarrollo y Transnational Institute. Disponible en: https://www.tni.org/files/publication-downloads/el_ics_puesto_a_prueba.pdf.
- DE AZEVEDO, D. (2001): *Os acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos assinados pelo Brasil*, Brasília, Câmara dos Deputados. Disponible en: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/arquivos-pdf/pdf/102080.pdf/view>.
- ECHAIDE, J. (2016): “Demandas en el CIADI y el derecho humano al agua: ¿tratados de inversiones vs derechos humanos?”, *International Law - Revista Colombiana de Derecho Internacional*, nº 31, Universidad Javeriana, pp. 81-114. Disponible en: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.il14-31.dcdh>.
- FERNÁNDEZ ALONSO, J. (2013): “Controvérsias entre Estados e investidores transnacionais: reflexões sobre o acúmulo de casos contra a República Argentina”, *Revista Tempo do mundo*, vol. 5 nº 1 (abril), Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, pp. 45-87. Disponible en: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/rtm/140903_rtmv5_n1_port_cap2.pdf.
- GAFFNEY, J. (2016): “The EU proposal for an Investment Court System: what lessons can be learned from the Arab Investment Court?”, *Columbia FDI Perspectives*, nº 181, Nueva York, Columbia Center on Sustainable Development, Columbia University. Disponible en: <http://ccsi.columbia.edu/files/2013/10/Perspective-Gaffney-Final-Formatted.pdf>.
- GHIOTTO, L. (2018): “Una revisión crítica del Debate sobre Facilitación de Inversiones”, *Investment Treaty News*, nº 3, Tomo 9, International Institute for Sustainable Development, pp. 4-7. Disponible en: <https://iisd.org/sites/default/files/publications/iisd-itn-octubre-2018-espanol.pdf>.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, J. (2017): “Regulación económica y arbitraje internacional de inversiones”, *RED: Revista Electrónica de Direito*, nº 1, Oporto, Facultad de Derecho de la Universidad de Porto. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6421947&orden=0&info=link>
- HORN, H. y OTROS (2009): “Beyond the WTO? An anatomy of EU and US preferential trade agreements”, *Bruegel Blueprint Series*, v. VII, Bruselas, Bruegel. Disponible en: http://bruegel.org/wp-content/uploads/imported/publications/bp_trade_jan09.pdf.
- KRASNER, S. (2011): “Changing state structures: Outside”, *Proceedings of the National Academy of Sciences*, vol. 108, Suplemento 4, Princeton, Princeton University, pp. 21302-21307. Disponible en: <https://doi.org/10.1073/pnas.1100244108>.
- (1983): “Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables”, en: KRASNER, S. (ed.) (1983): *International regimes*, Ithaca, Cornell University Press.

- MARTÍNEZ RANGEL, R. y REYES GARMENDIA, E. (2012): “El Consenso de Washington: la instauración de las políticas neoliberales en América Latina”, *Política y cultura*, nº 37, pp. 35-64. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So188-77422012000100003&lng=es&tlng=es.
- MOROSINI, F. y SÁNCHEZ BADIN, M. (2018): “Navigating between resistnace and conformity with the international investment regime”, en: MOROSINI, F. y SÁNCHEZ BADIN, M. (ed.) (2018): *Reconceptualizing International Investment Law from the global south*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 218-250.
- PERRONE, N. (2019): “The ‘Invisible’ Local Communities: Foreign Investor Obligations, Inclusiveness, and the International Investment Regime”, *AJIL Unbound*, nº 113, pp. 16-21. Disponible en: [doi:10.1017/aju.2018.92](https://doi.org/10.1017/aju.2018.92).
- RICAUARTE HERRERA, C. (2012): “Las razones del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CIADI: análisis y evaluación del caso CMS contra Argentina (Jurisprudencia)”, *Foro: Revista de Derecho*, nº 18, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional.
- SANAHUJA, J. A. y RODRÍGUEZ, J. D. (2019): “Veinte años de negociaciones Unión Europea-Mercosur: Del interregionalismo a la crisis de la globalización”, *Documento de trabajo* nº 13 (segunda época), Madrid, Fundación Carolina. Disponible en: https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2019/09/DT_FC_13.pdf.
- SCHILL, S. (2016): “The European Commission’s Proposal of an ‘Investment Court System’ for TTIP: Stepping Stone or Stumbling Block for Multilateralizing International Investment Law?”, *Insights*, vol. 20, nº 9, Washington D.C., American Society of International Law (ASIL). Disponible en <https://www.asil.org/insights/volume/20/issue/9/european-commissions-proposal-investment-court-system-ttip-stepping>.
- SCHILL, S. y VIDIGAL, G. (2018): *Cutting the Gordian Knot: Investment Dispute Settlement à la Carte*, Ginebra/Washington, International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) y Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/rta_exchange_-_investment_dispute_settlement_-_schill_and_vidigal.pdf.
- SORNARAJAH, M. (2016): “An International Investment Court: panacea or purgatory?”, *Columbia FDI Perspectives*, nº 180, Nueva York, Columbia Center on Sustainable Development, Columbia University. Disponible en: <http://ccsi.columbia.edu/files/2013/10/No-180-Sornarajah-FINAL.pdf>.
- SUR, S. (2017): *Urbaser v. Argentina: Analysing the expanding scope of investment arbitration in light of human rights obligations*, European Federation for Investment Law and Arbitration Blog. Disponible en: <https://efilablog.org/2017/05/02/urbaser-v-argentina-analysing-the-expanding-scope-of-investment-arbitration-in-light-of-human-rights-obligations/>.
- ZELICOVICH, J. (2019): “El acuerdo Mercosur-Unión Europea en su recta final”, *Análisis Carolina* nº 13, Madrid, Fundación Carolina. Disponible en: <https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2019/07/AC-13.pdf>.



Fundación Carolina, noviembre 2019

Fundación Carolina
C/ Serrano Galvache, 26. Torre Sur, 3ª planta
28071 Madrid - España
www.fundacioncarolina.es
@Red_Carolina

ISSN-e: 1885-9119

DOI: <https://doi.org/10.33960/issn-e.1885-9119.DT21>

Cómo citar:

Bas Vilizzio, M. (2019): “Acuerdo Mercosur-Unión Europea: sombras y ausencia de la solución de controversias inversor-Estado” *Documentos de Trabajo* nº 21 (2ª época), Madrid, Fundación Carolina.

La Fundación Carolina no comparte necesariamente las opiniones manifestadas en los textos firmados por los autores y autoras que publica.

Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0)

