

EL PROTOCOLO DE INVERSIONES DEL MERCOSUR EN EL CONTEXTO DEL NUEVO DERECHO INTERNACIONAL DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

O PROTOCOLO DE INVESTIMENTO DO MERCOSUL NO CONTEXTO DO NOVO DIREITO INTERNACIONAL SOBRE INVESTIMENTO ESTRANGEIRO

*Alexis Rodrigo Laborías**

Resumen: *En abril de 2017 se firmó el Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-MERCOSUR, instrumento que cambia el paradigma de los acuerdos bilaterales de inversión clásicos, firmados por los países del Bloque Regional a fines del siglo XX. En un contexto de diferentes propuestas para una nueva generación de acuerdos en este campo, el Protocolo se destaca como un tratado internacional que prioriza los intereses del Estado receptor de la inversión, antes que los derechos del inversor extranjero. En este sentido, el presente trabajo tiene dos objetivos principales. El primero es contextualizar el Protocolo en el marco de los debates y propuestas contemporáneos en materia de inversiones extranjeras. El segundo objetivo es analizar aquellas cláusulas que mejor evidencian el nuevo paradigma propuesto por el Protocolo: el desarrollo sostenible como objetivo de las inversiones, la contribución del inversor a la comunidad a través de criterios de responsabilidad social empresarial, y la potestad que se reservan los Estados para establecer regulaciones, entre otras, en materia de medio ambiente.*

Resumo: *Em abril de 2017, foi assinado o Protocolo de Cooperação e Facilitação do Investimento Intra-MERCOSUL, instrumento que muda o paradigma dos clássicos acordos bilaterais de investimento, firmados pelos países do Bloco Regional no final do século XX. Em um contexto de diferentes propostas para uma nova geração de acordos neste domínio, o Protocolo se destaca como um tratado internacional que prioriza os interesses do Estado que recebe o investimento, e não os direitos do investidor estrangeiro. Nesse*

* Instituto de Ciencias Sociales y Disciplinas Projectuales, Argentina.
E-mail: alaborias@uade.edu.ar
Las opiniones expresadas son estrictamente personales del autor.
Recibido: 05/05/2018. Aceptado: 23/07/2018.

sentido, o presente trabalho tem dois objetivos principais. O primeiro é contextualizar o Protocolo no marco dos debates e propostas contemporâneos sobre investimento estrangeiro. O segundo objetivo é analisar as cláusulas que melhor demonstram o novo paradigma proposto pelo Protocolo: o desenvolvimento sustentável como um objetivo de investimento, a contribuição do investidor para a comunidade através de critérios de responsabilidade social corporativa, e o poder reservado pelos Estados para estabelecer regulamentos, entre outros, sobre questões ambientais.

Palabras clave: Inversiones extranjeras, Inversiones Intra-MERCOSUR, Desarrollo sostenible, Responsabilidad social empresarial, Medio ambiente
Palavras-chave: Investimentos estrangeiros, Investimento Intra-MERCOSUL, Desenvolvimento sustentável, Responsabilidade social corporativa, Meio ambiente

1. INTRODUCCIÓN

En su “Informe Mundial sobre las Inversiones”, correspondiente al año 2018, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (en adelante UNCTAD, por su sigla en idioma inglés) hacía un recuento de un total de 3.322 acuerdos internacionales de inversiones, con datos completos al año 2017. Asimismo, anunciaba que otros tres tratados ya habían sido concluidos entre enero y marzo de 2018¹. Este entramado de acuerdos internacionales, que apropiadamente UNCTAD identifica como un *universo*, es objeto de diversas críticas, tanto por la ingente cantidad de instrumentos, como por las características de sus cláusulas.

Durante décadas los principales ejes en la redacción de los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, también conocidos como Tratados Bilaterales de Inversión (o por la sigla TBIs), fueron las consideraciones financieras y económicas, teniendo en miras prioritariamente los intereses de los inversores, al mismo tiempo que se limitaban las posibilidades regulatorias del Estado receptor de la inversión². El articulado de estos acuerdos,

1 UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2018. Investment and new industrial policies*. Gineva: United Nations, 2018, p. 88. Disponible en: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf>. El Informe hace referencia a tratados “concluidos”, es decir, cuyo proceso de celebración haya finalizado. El sitio web específico de esta materia, UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Investment Policy Hub*. Disponible en: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>>, identifica 2.952 tratados bilaterales de inversión, y otros 380 acuerdos con disposiciones acerca de inversiones, de los cuales se encontraban en vigor a la fecha de consulta 2.358 y 310, respectivamente.

2 Si bien resulta preferible hacer referencia a un Estado receptor, en diversas publicaciones también se los identifica como “Estados anfitriones”. A los fines de este trabajo, ambas expresiones serán utilizadas en forma indistinta.

...refleja un formato estandarizado, al reproducir los modelos de cláusulas propuestas mayoritariamente por los Estados exportadores de capital y organismos o agencias internacionales. Sus objetivos generales son promover y proteger las inversiones entre los Estados parte, garantizar una estabilidad para el inversor y las inversiones, y limitar el accionar unilateral de los gobiernos anfitriones. De esta manera, a través de compromisos internacionales los Estados receptores aceptan restringir su campo de acción, a cambio de atraer inversiones extranjeras que permitan mejorar su crecimiento económico. Sin embargo, los años de práctica en el uso de estos TBIs y las controversias derivadas de su aplicación determinaron la necesidad de modificar esa estandarización para reflejar las particularidades de cada Estado anfitrión y que las autoridades locales pudieran recuperar las potestades reglamentarias, cuestionadas en diversos laudos arbitrales³.

De esta manera, la nueva generación de acuerdos de inversiones, o los modelos propuestos, contemplan un equilibrio más adecuado entre la promoción y facilitación del arribo de capitales extranjeros, y una reserva soberana del Estado receptor para legislar acerca de aquellas cuestiones que considere prioritarias en su esfera interna⁴. En esta recuperada potestad reguladora, muchos Estados buscan colocar el foco de interés en el desarrollo sostenible⁵, entendido como aquél que cumple con las necesidades del presente sin comprometer la habilidad de futuras generaciones para satisfacer sus propias necesidades⁶, en la promoción de los derechos humanos, en la protección del medio ambiente, en el impulso del concepto de responsabilidad social empresarial, y en el fomento al cumplimiento de estándares laborales. Lo antedicho no implica que se hayan dejado de lado los tradicionales objetivos de un acuerdo de inversiones, sino sólo que se busca compatibilizarlos con otros fines más novedosos y, hasta cierto punto, imperiosos para la sociedad. Es decir que mediante una inversión basada en un acuerdo de la nueva generación,

3 LABORÍAS, Alexis Rodrigo. "De los tratados bilaterales al multilateralismo: la nueva perspectiva para las inversiones extranjeras del 'Acuerdo Internacional Modelo para el Desarrollo Sostenible'". *Revista Electrónica Cordobesa de Derecho Internacional Público (RECORDIP)*, 2015, vol 1, n° 2, p. 1-23. Disponible en: <<https://revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/article/view/13268>>

4 Acerca de las nuevas preocupaciones en los acuerdos de inversión, ver SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: University Press, 2004, p. 259-266.

5 El Protocolo de Inversiones del MERCOSUR que se comenta, al igual que muchos otros instrumentos de similar tenor, hace referencia al desarrollo sustentable (*sic*), cuando en realidad el adjetivo correcto es sostenible. La Real Academia Española lo define de la siguiente manera: "Especialmente en ecología y economía, que se puede mantener durante largo tiempo sin agotar los recursos o causar grave daño al medio ambiente".

6 Esta definición fue incluida en el informe de la COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO. *Nuestro futuro común*. Nueva York: ONU, 1987. Disponible en: <<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/42/427>>. Es conocido coloquialmente como "Informe Brundtland", en homenaje a quien fuera presidente de la Comisión, Gro Harlem Brundtland.

el inversor aún espera obtener un importante rédito económico, una estabilidad para su inversión, y una adecuada compensación en caso que se afecten sus derechos. Estas expectativas de ninguna forma se descartaron, aunque en ciertos casos sí pueden verse limitadas frente a las nuevas exigencias reclamadas por los Estados receptores.

Teniendo presente esta dicotomía entre el esquema clásico de los TBIs y los nuevos enfoques en la materia, el presente trabajo tiene dos objetivos principales. El primero es contextualizar el Protocolo en el marco de los debates y propuestas contemporáneos respecto de las inversiones extranjeras. El segundo objetivo es analizar aquellas cláusulas del Protocolo que mejor evidencian el nuevo paradigma propuesto: el desarrollo sostenible como objetivo de las inversiones, la contribución del inversor a la comunidad a través de criterios de responsabilidad social empresarial, y la potestad que se reservan los Estados para establecer regulaciones, entre otras, en materia de medio ambiente.

2. NUEVOS ENFOQUES RESPECTO DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

Posiblemente, uno de los ámbitos en los cuales resulta más evidente la novedosa perspectiva acerca de las inversiones sea en la propia UNCTAD, entidad que había promovido el formato clásico de los TBIs en innumerables Informes⁷. En el año 2012 presentó una propuesta de nombre “*Investment Policy Framework for Sustainable Development*”, respaldada por los diferentes cambios que se apreciaban en el campo de las inversiones a nivel mundial⁸. Como se advierte en la presentación de dicho Informe, la política de inversiones no se concreta en el vacío, sino teniendo en cuenta el contexto en el cual dicha inversión se desenvolvería.

En particular, la UNCTAD observó que los países en desarrollo se habían transformado en los principales destinatarios de las inversiones extranjeras directas, a partir de un punto de equilibrio alcanzando en el año 2010, en el cual habían igualado a las inversiones dirigidas a países desarrollados. Incluso, muchos países en desarrollo se habían transformado, al mismo tiempo, en inversores por sí mismos. Esto se explicaba teniendo en cuenta la cada vez más activa participación de empresas estatales y de fondos soberanos de inversión. Otro cambio destacable era la decisión de muchos Estados de volver a establecer planificaciones para la economía. Esto implicaba un progresivo abandono

⁷ A tal efecto, se puede ver la colección UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Issues in International Investment Agreements* [en línea]. Gineve: United Nations, 1998-2011. Disponible en: <<http://unctad.org/en/pages/publications/Intl-Investment-Agreements---Issue-Series-I.aspx>>.

⁸ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Investment Policy Framework for Sustainable Development*. Gineve: United Nations, 2012. Disponible en: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2012d5_en.pdf>

de la visión estrictamente liberal (o neo-liberal) de la economía, que había caracterizado la década posterior al fin de la Guerra Fría. En este sentido, una parte de los esfuerzos estatales se dirigían a la planificación económica, con especial énfasis en áreas socialmente sensibles, como el combate a la pobreza y la reducción del desempleo. Por otra parte, las sucesivas crisis económicas (e incluso las simples turbulencias en los ciclos económicos) habían resuelto a muchos Estados a buscar nuevos paradigmas en materia de inversiones, orientados a los esfuerzos cooperativos, en vez de ceñirse a lo estrictamente competitivo.

Estos factores percibidos y analizados por la UNCTAD determinaron la aparición de una nueva generación de políticas gubernamentales de inversiones que, sin cuestionar la necesidad de una apertura económica, buscaban un equilibrio entre el liberalismo y la planificación, incorporando la preocupación por el desarrollo sostenible entre sus prioridades⁹.

En este contexto, la UNCTAD elaboró once Principios Fundamentales (“*Core Principles for Investment Policymaking*”), que no se aplican como reglas estrictas, sino sólo como guías para las autoridades estatales que se involucren con el tema de inversiones extranjeras. Los Principios se complementan con recomendaciones más específicas, aplicables tanto al diseño de políticas nacionales como a la negociación de acuerdos internacionales¹⁰.

Cabe agregar que en el año 2015 la UNCTAD aprobó la segunda versión del “*Investment Policy Framework*”, que refleja los nuevos desarrollos y las lecciones aprendidas en el período de tres años, así como también los comentarios recibidos por diversos Estados. En este nuevo texto, los Principios Fundamentales fueron reorganizados a partir de un primer Principio Global, seguido de otros diez enfocados en áreas específicas. Como referencia sintética, el Principio Global (antiguo Principio 1 en la versión 2012) estipula que debe ser un objetivo de cualquier política la promoción de inversiones que busquen un crecimiento inclusivo y el desarrollo sostenible¹¹.

Otro espacio desde el cual surgió una propuesta alternativa en este campo fue el *International Institute for Sustainable Development*, organización no gubernamental con sede en Canadá, que formuló el texto de un “Acuerdo internacional modelo del IISD sobre inversión para el desarrollo sostenible”¹². A diferencia del universo de TBIs, el

9 *Ibíd.*, p. 3-6.

10 *Ibíd.*, p. 10-14.

11 UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Investment Policy Framework for Sustainable Development*. Geneva: United Nations, 2015, p. 28-36. Disponible en: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf>

12 INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT. *Acuerdo internacional modelo del IISD sobre inversión para el desarrollo sostenible. Guía para negociadores*. Winnipeg: IISD, 2005. Disponible en: <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/investment_model_int_handbook_es.pdf>

Acuerdo modelo se presenta como un tratado multilateral, para ser utilizado como base de negociación entre los Estados. Sus disposiciones establecen derechos y obligaciones tanto para los inversores y el Estado de su nacionalidad, como para los Estados receptores, buscando un equilibrio adecuado entre todos ellos. Adicionalmente, el Acuerdo modelo propone la creación de varias instituciones, entre ellas, una Conferencia de las Partes, un Comité de Asistencia Técnica, una Secretaría, un Órgano de solución de controversias, y un Centro de Asistencia Legal¹³.

Las propuestas de la UNCTAD y del IISD, al igual que otras de similar tenor, poseen ciertas características comunes, dado que son producto de las críticas antes señaladas respecto de los acuerdos de inversiones clásicos y su foco casi unidireccional hacia los aspectos económicos. Desde una visión académica, Mann identifica siete ejes comunes de las nuevas propuestas respecto de los tratados de inversión¹⁴. Primero, se establece como un objetivo del tratado la vinculación entre las inversiones y el desarrollo sostenible, lo cual permite que esa relación sea tenida en miras al momento de una controversia. Segundo, los derechos de los inversores poseen mayores límites que en los esquemas clásicos, ya que se especifica que se encuentran alcanzados por la potestad regulatoria del Estado. Tercero, la liberalización de las inversiones no aparece como un eje central, sino que se plantea la importancia para el Estado receptor de considerar en cada caso la conveniencia de admitir o rechazar una inversión, de acuerdo con sus necesidades internas. Cuarto, se incluyen cláusulas específicas con derechos del Estado receptor, a diferencia de los instrumentos anteriores que incluían estas potestades como excepciones a los derechos de los inversores. Quinto, se fijan obligaciones para los inversores, entre ellas, acatar estándares mínimos ambientales y laborales, respetar los derechos humanos, buscar el desarrollo económico y social de la población local, evitar prácticas de corrupción o fraudulentas, y aplicar estándares de gobernanza corporativa. Sexto, se rediseñan los mecanismos de solución de controversias, por ejemplo, limitando la demandabilidad internacional, incluyendo expresamente el requisito de agotamiento de los recursos internos, y estipulando la imposibilidad de llegar a un arbitraje internacional mediante cláusulas “flexibles”, que habilitan el reclamo ante cualquier tipo de afectación a la inversión. Y séptimo, se exige que la relación entre el inversor y el Estado receptor se base en la transparencia.

13 Un análisis en detalle puede verse en MALIK, Mahnaz. “The IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development”. En: CORDONIER SEGGER, Marie-Claire; GEHRING, Markus W.; NEWCOMBE, Andrew (Eds.). *Sustainable Development in World Investment Law*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2011, p. 565-584; y en LABORÍAS, Alexis Rodrigo. Op. cit., p. 19.

14 MANN, Howard. “Reconceptualizing international investment law: its role in sustainable development”. *Lewis & Clark Law Review*. 2013, vol 17, n° 2, 2013, p. 521-544 (535-543).

Teniendo presentes estas nuevas orientaciones respecto de las inversiones, tres años atrás habíamos sugerido que el MERCOSUR debía prestarles especial atención, atento que hasta ese momento carecía de un marco normativo adecuado, luego de la fallida experiencia de los estándares propuestos a comienzos de la década del '90 del siglo pasado¹⁵. En este sentido, se puede recordar que mediante la Decisión del Consejo del Mercado Común N° 11/93 se aprobó el Protocolo de Colonia, que contenía el marco legal para inversiones provenientes de inversores intra-grupo¹⁶. De forma equivalente, mediante la Decisión CMC N° 11/94 se aprobó el esquema de inversiones para inversores extra-zona¹⁷. Estas Decisiones reflejaban un esquema clásico en materia de inversiones extranjeras, a tono con los postulados económicos liberales que imperaban en esos años, marcados por la finalización de la Guerra Fría. De su lectura surge una patente coincidencia entre ambos Protocolos y los modelos de TBIs que proliferaban en esa época¹⁸.

Sin embargo, estas normas no contaron con la aceptación de los Estados parte y no entraron en vigor. En 2010 la Decisión CMC N° 30/10 dispuso la aprobación de las "Directrices para la celebración de un Acuerdo de Inversiones en el MERCOSUR"¹⁹, que incluían la derogación de los Protocolos antes mencionados. Asimismo, se instruyó al Subgrupo de Trabajo N° 12 "Inversiones" para que elevara al Grupo del Mercado Común una propuesta de acuerdo²⁰. Luego de un prolongado proceso de negociación y consenso en este campo, el esfuerzo rindió sus frutos, al aprobarse mediante la Decisión CMC N°

15 LABORÍAS, Alexis Rodrigo. Op. cit., p. 19.

16 MERCOSUR. Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. N° 11/93. *Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR (Intrazona)*, firmado en Colonia del Sacramento, República Oriental del Uruguay, el 17 de enero de 1994.

17 MERCOSUR. Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. N° 11/94. *Protocolo sobre Promoción y Protección de Inversiones provenientes de Estados No Partes del Mercosur*, firmado en Buenos Aires, República Argentina, el 5 de mayo de 1994.

18 Un análisis pormenorizado de estos instrumentos internacionales se puede consultar en FRAGA LERNER, Diego. "The Protection of Foreign Direct Investment in MERCOSUR". En: TOSCANO FRANÇA, Marcílio; LIXINSKI, Lucas and OLMOS GIUPPONI, María Belén (Eds.). *The Law of MERCOSUR*. Oxford and Portland, OR: Hart Publishing, 2010, p. 277-290; CASTILLO ARGANARÁS, Luis Fernando. "MERCOSUR e inversiones extranjeras. Una aproximación desde el derecho comparado y de la integración". *Ámbito Jurídico*, 2011, vol 14, n° 84. Disponible en: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8899&revista_caderno=19>; SUNÉ, Natasha y VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. "Inversiones y solución de controversias en el MERCOSUR". *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 2013, vol 1, n° 2, 2013, p. 195-220. Disponible en: <<http://revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/59/39>>

19 MERCOSUR. Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. N° 30/10. *Directrices para la celebración de un Acuerdo de Inversiones en el MERCOSUR*, firmada en Foz do Iguaçu, República Federativa del Brasil, el 16 de diciembre de 2010.

20 Este Subgrupo había sido creado en el año 2000 y entre sus funciones se incluyó la de analizar las dificultades que habían encontrado los Estados Parte para aprobar e implementar los textos de 1993 y 1994. Ver MERCOSUR. Resolución MERCOSUR/GMC/RES. N° 13/00. *Subgrupo de Trabajo N° 12 "Inversiones"*, firmada en Buenos Aires, República Argentina, el 5 de abril de 2000.

03/17 el Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-MERCOSUR (en adelante, el Protocolo)²¹.

En su aspecto formal, la Decisión CMC N° 03/17 posee cinco artículos. El primero de ellos aprueba el Protocolo, contenido en el Anexo. El art. 2° señala que el CMC recomienda a los Estados Parte la suscripción del Protocolo, que sigue la regla general de cualquier acuerdo internacional, al requerir la manifestación del consentimiento de los Estados para su entrada en vigor, en los términos del art. 4° de la Decisión y del art. 26 del Protocolo²². Por su parte, el art. 3° de la Decisión deroga a su similar N° 11/93, normativa que, como fuera mencionado, no entró en vigor. Por último, el art. 5° aclara que la Decisión no necesita ser incorporada al ordenamiento jurídico interno de los Estados parte.

3. EL PROTOCOLO COMO UN MARCO INNOVADOR EN MATERIA DE INVERSIONES

En una visión abarcativa de su articulado se observa que el Protocolo es concordante con los nuevos desarrollos del derecho internacional de las inversiones extranjeras, de acuerdo con lo expuesto en los párrafos precedentes. En su redacción se aprecia el esfuerzo para alcanzar un equilibrio entre los derechos y obligaciones recíprocos de los inversores y de los Estados receptores, explorando nuevos espacios antes no considerados, entre ellos, el desarrollo sostenible, la responsabilidad social empresarial y la protección del medio ambiente. A diferencia del contenido de los TBIs clásicos, los Estados se reservan expresamente un margen de apreciación, tanto para aceptar las inversiones, como para introducir modificaciones durante la vigencia de su estancia en el país. Al respecto, Iriberry comenta que el Protocolo

...se ajusta no sólo a las Directrices de 2010, sino – muy especialmente – al nuevo modelo de acuerdos sobre inversión propugnado por Brasil desde hace unos años. Esa nueva generación de tratados que Brasil ha accedido a celebrar se conoce como Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones (ACFI). Tanto el alcance de la protección sustantiva otorgada por los ACFI, como el mecanismo de solución de controversias que ellos contemplan, difieren mucho de los habitualmente previstos en los TBI²³.

21 MERCOSUR. Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. N° 03/17. *Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-MERCOSUR*, firmada en Buenos Aires, República Argentina, el 7 de abril de 2017.

22 Al momento de escribir este trabajo el Protocolo aún no se encuentra en vigor, conforme PARAGUAY. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. *Tratados del MERCOSUR*. [consulta 23/04/2018]. Disponible en: <http://www.mre.gov.py/tratados/public_web/ConsultaMercosur.aspx>

23 IRIBERRI, Bernardo A. “Nuevo Protocolo de Buenos Aires en materia de inversiones Intra-MERCOSUR”. *Abogados.com.ar*, 15 de mayo de 2017. Disponible en: <<http://abogados.com.ar/nuevo-protocolo-de-buenos-aires-en-materia-de-inversiones-intra-mercosur/19825>>

A efectos de realizar una comparación, se pueden utilizar como referencia los acuerdos que entraron en vigor para Argentina en el decenio 1992-2002²⁴. En la mayoría de los preámbulos se hace referencia a la búsqueda del crecimiento o desarrollo económico, mientras que las cláusulas acordadas despliegan definiciones muy abarcativas de los términos aplicables, y se limitan a enunciar los derechos de los inversores. Sólo en algunas disposiciones muy específicas se prevé alguna potestad del Estado receptor, por ejemplo, en lo referido a las expropiaciones²⁵.

Por el contrario, el Protocolo, al igual que otros instrumentos de nueva generación, contiene un preámbulo que expone la amplitud de los intereses de los negociadores, incluyendo el desarrollo sostenible, los derechos humanos y los derechos laborales, entre otros. Sus cláusulas son también un reflejo de esta amplitud, ya que se busca un equilibrio entre derechos y obligaciones en la relación consensual de la inversión, si bien su redacción presenta algunas deficiencias por no haber incluido algunas áreas prioritarias, como la de solución de controversias entre el inversor y el Estado anfitrión²⁶.

En el “Informe Mundial sobre las Inversiones” del año 2017, la UNCTAD formuló un comentario sintético respecto de este Protocolo, exponiendo que enumera las características que debe poseer una inversión para ser abarcada por ese marco legal, circunscribe el alcance de las cláusulas de trato nacional y de nación más favorecida, y prevé una protección contra la expropiación, pero sin hacer referencia a la expropiación regulatoria o indirecta. Se menciona también que el texto del MERCOSUR incluye disposiciones específicas de facilitación de las inversiones, enfatiza las obligaciones del inversor y la responsabilidad social, e incluye una provisión para crear un punto focal u “ombudsman” en cada Estado parte, a cargo del desarrollo, promoción y cooperación en la materia. Como observación negativa, la UNCTAD indicó que el Protocolo no contiene cláusulas acerca del trato justo y equitativo, ni tampoco para la solución de controversias entre el inversor y el Estado receptor²⁷.

24 La información se puede consultar en ARGENTINA. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO. *Biblioteca Digital de Tratados*. Disponible en: <<http://tratados.cancilleria.gob.ar/>>, y en UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Investment Policy Hub*. Disponible en: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/8#iiaInnerMenu>>

25 Una referencia general a los estándares que Argentina garantiza a los inversores en los TBI se puede consultar en SOMMER, Christian G. “La aplicación de estándares de protección de inversiones extranjeras. Una mirada desde los casos argentinos”. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 2013, vol 6, p. 95-130. Disponible en: <<https://revistas.urosario.edu.co/index.php/acdi/article/view/2963>>

26 IRIBERRI, Bernardo A. Op. cit., indica que el Protocolo “...al reproducir fielmente el modelo de ACFI brasileño, seguramente decepcionará a muchos de los actores económicos que esperaban un acuerdo moderno y equilibrado. En lugar de eso, el instrumento aprobado restringe de manera considerable el alcance habitual de la protección otorgada por los TBI”.

27 UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2017. Investment and the digital economy*. Geneva: United Nations, 2017, p. 113. Disponible en: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf?user=46>

Esta última característica del instrumento bajo estudio, y las críticas que se le pueden formular, debe ser entendida en el contexto general de la visión que tienen los países del MERCOSUR respecto de la solución de disputas en materia de inversiones extranjeras²⁸. El Protocolo es un instrumento primordialmente dirigido a regular la conducta de los Estados, como se explicará al analizar su art. 1° en párrafos subsiguientes. De ahí que lo referente a la solución de controversias se habría reservado para futuras regulaciones, evitando una temática sensible. Al menos desde la óptica de Argentina, uno de los países más demandados frente al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), hubiera sido problemático negociar una cláusula que permitiera el acceso del inversor a un foro decisorio internacional. En forma opuesta, Brasil no es parte del CIADI, de ahí que su modelo de acuerdo de inversiones carezca de este tipo de cláusula compromisoria.

4. ESTIPULACIONES DESTACADAS DEL PROTOCOLO

De acuerdo con el segundo objetivo fijado para este trabajo, serán analizadas las disposiciones del Protocolo que reflejan en forma inequívoca su pertenencia a la nueva generación de instrumentos de inversiones. Así, se comentará respecto de la inclusión de cláusulas referentes al desarrollo sostenible, a la responsabilidad social empresarial y a la protección del medio ambiente. En forma concreta, dichos aspectos son regulados en el Preámbulo del Protocolo y en sus artículos 1°, 14 y 16.

4.1. La importancia del Preámbulo

El Preámbulo señala que los Estados Parte reconocen "...el papel fundamental de la inversión en la promoción del desarrollo sustentable, en el crecimiento económico, en la reducción de la pobreza, en la creación de empleo, en la expansión de la capacidad productiva y en el desarrollo humano". A renglón seguido, se declara como intención "... que sus inversionistas y sus respectivas inversiones tengan una conducta socialmente responsable y contribuyan al desarrollo sustentable de los Estados Parte.

Si bien cualquier preámbulo de un acuerdo internacional contiene necesariamente fórmulas amplias, que reflejan los grandes ejes de concordancia entre los negociadores, su lectura y análisis es de gran relevancia para precisar los objetivos fijados, a partir de los cuales se

28 BAS VILIZZIO, Magdalena. "Solución de Controversias en los Tratados Bilaterales de Inversión: mapa de situación en América del Sur". *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 2015, vol 3, n° 5, p. 233-253. Disponible en: <<http://revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/120/128>>

puede interpretar el instrumento en su totalidad²⁹. Por este motivo, son auspiciosas las menciones al desarrollo sostenible dado que, en caso de controversia entre un inversor y el Estado anfitrión, permitirán enfocar la solución en dicho sentido³⁰.

A modo comparativo, el TBI entre Argentina y España sostiene en su Preámbulo que las Partes desean “...intensificar la cooperación económica en beneficio económico de ambos países”³¹. También hacen referencia al desarrollo o la prosperidad económica los acuerdos con los Estados Unidos de América³², la Confederación Suiza³³ y los Estados Unidos Mexicanos³⁴, entre otros. Sólo en algunos de los TBIs de esa época aparece una terminología diferente, como aquél con Alemania³⁵, que incluye el objetivo de incrementar el bienestar de ambos pueblos, frase inusual para estos acuerdos³⁶.

Una cuestión de gran relevancia es planteada por Sornarajah, con relación a los preámbulos de los acuerdos de inversión. Si estos instrumentos plantean como objetivo la concreción de inversiones que ayuden al desarrollo del Estado anfitrión, entonces puede alegarse que es válido rechazarlas en caso que no alcancen ese objetivo. Adicionalmente, se podría plantear que el Estado receptor podría incumplir las obligaciones a su cargo, en atención a la previa violación de un inversor que no haya contribuido al desarrollo³⁷.

29 Cabe recordar que el art. 31, inc. 1º, de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), codificadorio de la costumbre internacional, estipula: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.” Asimismo, el inc. 2º aclara que el contexto incluye, entre otros elementos, el preámbulo y los anexos.

30 Ver NEWCOMBE, Andrew and PARADELL, LLuis. *The Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. The Hague: Kluwer Law International, 2009, p. 113-116.

31 Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones entre la República Argentina y el Reino de España, firmado en Buenos Aires el 3 de octubre de 1991. Aprobado por Ley 24.118, en vigor desde el 28 de septiembre de 1992.

32 Tratado entre la República Argentina y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, firmado en Washington el 14 de noviembre de 1991. Aprobado por Ley 24.124, en vigor desde el 20 de octubre de 1994.

33 Acuerdo entre la República Argentina y la Confederación Suiza para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones, firmado en Berna el 12 de abril de 1991. Aprobado por Ley 24.099, en vigor desde el 6 de noviembre de 1992.

34 Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, firmado en Buenos Aires el 13 de noviembre de 1996. Aprobado por Ley 24.972, en vigor desde el 22 de julio de 1998.

35 Tratado entre la República Argentina y la República Federal de Alemania sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, firmado en Bonn el 9 de Abril de 1991. Aprobado por Ley 24.098, en vigor desde el 8 de noviembre de 1993.

36 Una visión más amplia es aportada por NEWCOMBE, Andrew. “Sustainable Development and Investment Treaty Law”. *The Journal of World Investment & Trade*, 2007, vol 8, 2007, p. 357-407. Disponible en: <<https://ciaj-icaj.ca/wp-content/uploads/2016/05/newcombe.pdf>>, quien compara la terminología usada en 71 tratados bilaterales firmados en el período 2000-2005.

37 SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*, Op. cit. p. 218-220.

4. 2. La consagración del desarrollo sostenible

El art. 1° del Protocolo especifica que su objetivo es “...promover la cooperación entre los Estados Partes con el fin de facilitar la inversión directa que viabilice el desarrollo sustentable de los Estados Partes”. En forma comparativa, un TBI de formato clásico, como aquél celebrado entre Argentina y España antes citado, carece de un artículo específico que indique sus objetivos, los cuales deben deducirse del Preámbulo, destacándose entonces el deseo de “...intensificar la cooperación económica en beneficio económico de ambos países” y “crear condiciones favorables para las inversiones realizadas por inversores de cada una de las Partes en el territorio de la otra”.

El objetivo del Protocolo, centrado en la relación interestatal, se reitera en diversas cláusulas y evidencia un instrumento que establece un marco general entre los países del MERCOSUR, que posteriormente podría complementarse con disposiciones más específicas que dicte un Estado receptor, respetando los parámetros regionales³⁸. Como fuera mencionado, la redacción del tratado en estudio responde al modelo de Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones utilizado por Brasil, como surge del cotejo de los textos bilaterales firmados, entre otros, con México, Colombia y Chile³⁹.

Este diseño de los objetivos es concordante con la nueva generación de acuerdos, que plantea que las inversiones deben ser hechas en un marco común de coincidencias entre Estados, que exceden el mero interés particular del inversor. Justamente, una de las críticas formuladas a los TBIs era que el Estado de la nacionalidad del inversor se desentendía de la relación entre su inversor y el Estado receptor. Esto se reflejaba, por ejemplo, en la consagración de un sistema de solución de controversias directo entre el inversor y el Estado anfitrión, generalmente mediante el arbitraje, ya sea del CIADI o bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en lugar de recurrir al mecanismo clásico de la protección diplomática⁴⁰.

Dadas las características comentadas del art. 1°, si en caso de controversia una autoridad jurisdiccional debe remitirse a la

38 El propio Preámbulo indica que los Estados procuran el establecimiento de una asociación estratégica entre ellos en materia de inversión, que aporte amplios y mutuos beneficios.

39 Se firmaron en la Ciudad de México, Bogotá y Santiago, con fechas 26 de mayo de 2015, 9 de octubre de 2015 y 24 de noviembre de 2015, respectivamente. A julio de 2018, ninguno de estos tres instrumentos se encuentra en vigor. Como referencia comparativa, el art. 1° del Acuerdo entre Brasil y Colombia indica: “El objetivo de este Acuerdo es promover la cooperación entre las Partes con el fin de facilitar y promover la inversión mutua mediante el establecimiento de un marco institucional para la gestión de una agenda de cooperación y de facilitación de las inversiones; y de mecanismos para la mitigación de riesgos y la prevención de conflictos, entre otros instrumentos mutuamente acordados por las Partes”.

40 Ver SORNARAJAH, M. *Resistance And Change In The International Law On Foreign Investment*. Cambridge: University Press, 2015, p. 78-135.

justificación del Protocolo para determinar el alcance de las reglas de derecho vigentes entre un inversor y un Estado parte, deberá realizar una fusión entre este artículo y el Preámbulo, integrando ambos textos para comprender el real sentido del texto acordado en el MERCOSUR.

4.3. Criterios de Responsabilidad Social Empresarial

El art. 14 desarrolla lo atinente a la Responsabilidad Social Empresarial (RSE), expresión que puede tener diversas acepciones, lo cual dificulta muchas veces su aplicación en situaciones de controversias⁴¹. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) la define como “...la contribución positiva que las empresas multinacionales pueden aportar al progreso económico y social y a la consecución del trabajo decente para todos, así como minimizar y resolver las dificultades a que pueden dar lugar las operaciones de estas empresas”⁴². La Declaración de la OIT aporta también una interesante descripción de este concepto, que resulta conveniente transcribir *in extenso*:

Las empresas multinacionales desempeñan un papel importante en las economías de la mayor parte de los países y en las relaciones económicas internacionales, lo que es motivo de creciente interés para los gobiernos, así como para los empleadores, los trabajadores y sus respectivas organizaciones. Mediante las inversiones directas internacionales, el comercio y otros medios, estas empresas pueden aportar beneficios substanciales, tanto para los países de origen de las empresas como para los países anfitriones, al contribuir a una utilización más eficaz del capital, la tecnología y el trabajo. En el marco de las políticas de desarrollo sostenible establecidas por los gobiernos, pueden aportar también una contribución importante a la promoción del bienestar económico y social; a la mejora del nivel de vida y la satisfacción de las necesidades básicas; a la creación de oportunidades de empleo, tanto directa como indirectamente; y al ejercicio efectivo de los derechos humanos, incluida la libertad sindical, en todo el mundo (...)⁴³.

41 A modo de referencia, ver UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *The Social Responsibility of Transnational Corporations*. Geneva: United Nations, 1999, p. 2-18. Disponible en: <http://unctad.org/en/Docs/poiteiitm21_en.pdf>. En este Informe se brindan diferentes enfoques descriptivos como los siguientes: “It implies that firms have obligations that go beyond what countries require individually, and agreements prescribe internationally” (p. 1), “Corporate social responsibility concerns how business enterprises relate to, and impact upon, a society’s needs and goals” (p. 1), y “...a firm’s operational behaviour and its impacts on the surrounding society” (p. 3).

42 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social*. 5ª ed. Ginebra: OIT, 2017, p. 2. Disponible en: <http://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS_124924/lang-es/index.htm>. Originalmente formulada en 1977, la Declaración fue enmendada en las sesiones de los años 2000, 2006 y 2017.

43 Ídem.

Asimismo, en el año 2000 la Organización de las Naciones Unidas (ONU) lanzó una iniciativa internacional conocida como “Global Compact”, que tiene por objetivo alcanzar consensos con el sector empresarial para implementar diez Principios, que deberían regir las actividades y estrategias de negocios empresariales⁴⁴. Los Principios 1 y 2 hacen referencia a los derechos humanos; los Principios 3 a 6, al ámbito del trabajo; los Principios 7 a 9, a la protección del medio ambiente, y el Principio 10, a prevenir la corrupción. En lo que es materia de nuestro interés, el Principio 7 establece: “Las empresas deberán mantener un enfoque preventivo que favorezca el medio ambiente”; el Principio 8 afirma: “Las empresas deben fomentar las iniciativas que promuevan una mayor responsabilidad ambiental”; y el Principio 9 determina: “Las empresas deben favorecer el desarrollo y la difusión de las tecnologías respetuosas con el medioambiente”⁴⁵.

En consonancia con estos antecedentes, el art. 14 del Protocolo estipula en su primer inciso: “Los inversionistas y sus inversiones se esforzaran por lograr el más alto nivel posible de contribución al desarrollo sustentable del Estado Parte Anfitrión y la comunidad local, a través de la adopción de un alto grado de prácticas socialmente responsables, sobre la base de los principios y normas voluntarias establecidas en este Artículo”.

Lo primero que debe advertirse es que el mandato establecido respecto de los inversores es de difícil verificación, al utilizar la expresión “se esforzarán”, de ahí que sea identificable como una obligación de medios. Corresponderá en tal caso al Estado anfitrión verificar si el inversor se ha esforzado lo suficiente como para considerar cumplido el objetivo de contribuir al desarrollo sostenible, o aportar las pruebas necesarias en caso de considerar que no la ha hecho y aplicar las sanciones correspondientes.

La redacción del Protocolo presenta consonancia con las reglas de la OIT y de la ONU antes mencionadas, que dejan en claro que la adhesión a las reglas de RSE es voluntaria. El MERCOSUR no podía ser ajeno a este esquema e imponer obligaciones más estrictas al respecto, lo cual podría derivar en un rechazo a la inversión o, al menos, dificultades para su concreción. En este sentido, sería posible para el Estado anfitrión dictar una reglamentación más específica, con miras a reducir el margen potestativo de la decisión empresarial. De hecho, es en el marco de la legislación nacional, y no tanto en los instrumentos internacionales, en que pueden encontrarse la mayor cantidad de regulaciones destinadas a

44 UNITED NATIONS. *Global compact*. Disponible en: <<https://www.unglobalcompact.org/>>.

45 El Informe 2017 de la iniciativa detalla los progresos efectuados hasta la fecha, destacándose que 2.116 empresas en Latinoamérica habían adherido a los Principios. Ver UNITED NATIONS GLOBAL COMPACT. *Progress Report 2017. Business solutions to Sustainable Development*. New York: United Nations, 2017. Disponible en: <<https://www.unglobalcompact.org/library/5431>>

guiar la conducta de las empresas⁴⁶.

Un aspecto adicional que debe resaltarse es que se determina una conexión estrecha entre el desarrollo sostenible, establecido como objetivo al cual deben contribuir los inversores, y las acciones de RSE, que son los medios para alcanzar el propósito anterior.

El segundo inciso del art. 14 enumera una serie de "...principios y normas voluntarias para una conducta empresarial responsable y coherente con las leyes aplicadas por el Estado Parte Anfitrión". A los fines de este trabajo, se puede destacar que la primera de esas normas es "estimular el progreso económico, social y ambiental, con miras a lograr el desarrollo sustentable." Nuevamente, este inciso hace referencia a la voluntariedad respecto de las posibles medidas a implementar.

Si bien en una primera óptica esta disposición, y otras de similar contenido, puedan parecer excesivamente potestativas y limitadas, reflejan un proceso de avance en el campo de la responsabilidad empresarial, que aún puede demorar muchos años en concretarse efectivamente. Al menos, la situación particular del Protocolo, como instrumento eminentemente dirigido a los Estados Parte, admitiría su implementación en el derecho interno de los países ratificantes, mediante legislación que establezca en forma imperativa determinadas obligaciones para las empresas inversoras.

4.4. Potestades reglamentarias del Estado receptor

El art. 16 contiene un área de reserva soberana en su primer inciso, al estipular que un Estado podrá adoptar medidas que considere apropiadas para garantizar que las actividades de inversión en su territorio se efectúen de conformidad con la legislación laboral, ambiental o de salud. La limitación razonable a esta potestad es que las medidas reglamentarias no pueden constituir un medio de discriminación arbitraria o injustificable, o una restricción encubierta.

En concordancia, el segundo inciso contiene una declaración en la cual los Estados Parte "...reconocen que no es apropiado estimular la inversión disminuyendo los estándares de su legislación laboral y ambiental o de sus medidas de salud." En razón de lo anterior, garantizan que no modificaran o derogarán esos estándares, ni ofrecerán hacerlo para estimular la llegada de una inversión⁴⁷.

46 SALGADO LEVY, Claudia. "Drafting and Interpreting International Investment Agreements from a Sustainable Development Perspective". *Groningen Journal of International Law*, 2015, vol 3, n° 1, p. 59-84 (77). Disponible en: <<https://ugp.rug.nl/GROJIL/article/view/31113/28420>>

47 Una disposición similar, acotada a las cuestiones de medio ambiente, se encuentra en el art. 1.114 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (*North American Free Trade Agreement*, o NAFTA). Un análisis en CASTILLO ARGANARÁS, Luis Fernando. "Arbitraje, expropiaciones y ambiente. La experiencia del Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte". *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 2015, vol 3,

La temática regulada por el art. 16 representa uno de los ejes más conflictivos en la relación entre los inversores y el Estado anfitrión. El ejercicio de la potestad regulatoria dio origen a innumerables litigios jurisdiccionales que, posiblemente en la mayoría de los casos, derivó en una condena contra el Estado⁴⁸. El modelo clásico de los TBIs ofrecía un panorama en el cual el inversor debía tener absoluta libertad para desarrollar su actividad, en la forma en que creyera conveniente para sus intereses. Cualquier tipo de intromisión estatal era considerada contraria a los derechos contemplados en el TBI e, incluso en ciertos supuestos, se las reputaba como acciones equivalentes a una expropiación⁴⁹. Este punto de tensión alcanzó su máxima expresión cuando en algunos casos litigiosos se rechazó la defensa del Estado, que alegaba haber dictado medidas que afectaron al inversor motivado por razones ambientales, de emergencia económica o social, o de salud pública, entre otras⁵⁰. No obstante, las nuevas tendencias en este campo parecen admitir, en ciertos supuestos, que la potestad regulatoria es un derecho inalienable del Estado, derivado de su soberanía, que se debe ejercer siempre en sus cauces adecuados⁵¹.

El artículo del Protocolo establece un punto de equilibrio, lo cual no excluye que, en una controversia específica, una medida reglamentaria pueda ser cuestionada por un inversor. Sin embargo, para que ello ocurra el inversor deberá alegar y probar la existencia de un acto de discriminación arbitraria o injustificable, o de una restricción encubierta. Esto implica que, como principio general, se reconoce la validez de la potestad reglamentaria del Estado receptor, salvo prueba en contrario.

CONSIDERACIONES FINALES

A partir del análisis desarrollado, se aprecia que el Protocolo

n° 5, p. 391-405. Disponible en: <<http://revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/124/137>>.

48 SORNARAJAH, M. *Resistance And Change In The International Law On Foreign Investment*, Op. cit., p. 212-220.

49 De ahí su denominación de “expropiación indirecta”. Para una caracterización, ver SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*, Op. cit., p. 349-352; y DOLZER, Rudolf and SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford: University Press, 2008, pp. 92-114.

50 Una referencia ineludible es “Metalclad Corporation and The United Mexican States” (ICSID Case No. ARB (AF)/97/1, laudo del 30/08/2000), litigio en el cual la empresa inversora demandó a México por el ejercicio de su potestad regulatoria en materia ambiental. Un comentario en WEILER, Todd. “Good Faith and Regulatory Transparency: The Story of Metalclad v. Mexico”. En: WEILER, Todd (Ed.). *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. London: Cameron May, 2005, p. 701-745.

51 A modo de ejemplo, el litigio entre Philip Morris y Uruguay remite a una regulación aprobada por el Estado anfitrión, con miras a proteger la salud de la población. Ver BAS VILIZZIO, Magdalena. “Arbitraje en el CIADI: algunas reflexiones en torno al caso Philip Morris contra Uruguay”. *El Dial*, 13/07/2015. Disponible en: <www.eldial.com>

constituye una herramienta de utilidad para los países del MERCOSUR, respecto del cual sólo será posible considerar su efectiva utilidad una vez en vigor y aplicado por los Estados parte. Entre sus aportes valiosos se puede destacar la existencia de un conjunto de definiciones, que serán una gran ventaja no sólo para interpretar el texto en su vigencia cotidiana, sino también en los casos de controversias. A modo de ejemplo, se puede recordar los innumerables arbitrajes en el CIADI en los cuales se debatió el alcance exacto del término “inversión”, que no fue explicitado en el Convenio de Washington⁵². Por el contrario, es criticable la carencia de un sistema de solución de controversias entre el inversor y el Estado anfitrión, que quizás pueda ser entendida si se parte de la perspectiva del Protocolo como un tratado que busca establecer una base de consenso entre los Estados Partes, dejando para una etapa posterior la relación de aquéllos con los inversores.

Como puede observarse, el esquema regional difiere notablemente del modelo de los TBIs, por lo cual es dable plantear cómo podrían compatibilizarse con el Protocolo, en caso que entrara en vigor. En principio, no podría argumentarse que ante esta última circunstancia todos los TBIs quedan automáticamente terminados, regla no autorizada por el derecho internacional general. En todo caso, los Estados del MERCOSUR que sean parte de TBIs que se consideren contrarios a las obligaciones asumidas con el Protocolo deberían renegociarlos si ello fuera posible, denunciarlos o esperar su plazo de terminación. Desde el punto de vista de Argentina, que es parte de aproximadamente cincuenta TBIs, se debería realizar un análisis cauteloso de estas opciones y de las posibles vías a adoptar.

Con relación a las cláusulas que fueron objeto de análisis, se encuentran en ellas diversas fórmulas de esta nueva etapa del derecho internacional de las inversiones extranjeras, que todavía encuentra poco eco en los países locales. Sin embargo, el hecho de contar con un marco regional posibilitaría empezar a tener en cuenta estos parámetros en la legislación nacional, dictando normas más específicas para los inversores.

Lo antedicho pone de relieve la necesidad de realizar una planificación estatal integral en el campo de las inversiones extranjeras. Los Estados deberían considerar la temática de las inversiones en forma estratégica, abarcando las reglas generales, por ejemplo, aquellas del

⁵² Un análisis de esta temática, con un enfoque relacionado con la deuda externa como forma de inversión, en SOMMER, Christian G. “El arbitraje de inversión extranjera y los bonos soberanos. ¿Una nueva evolución del derecho internacional de las inversiones extranjeras?”. En: ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA. INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y DERECHO DE LA INTEGRACIÓN. *Cuaderno de Derecho Internacional N° 6: Los aportes de la jurisprudencia al desarrollo del derecho internacional*. Córdoba: Advocatus, 2011, p. 181-204. Disponible en: <<http://www.acaderc.org.ar/cuaderno-de-derecho-internacional-vi/view>>

Protocolo, a otras más específicas, como sería una nueva generación de acuerdos bilaterales adaptados a las nuevas necesidades del desarrollo sostenible, la responsabilidad social empresarial y la protección del medio ambiente.

En este sentido, los considerandos de la Decisión CMC N° 03/17 mencionan un eje esencial que debe guiar a un Estado interesado en atraer inversiones: la seguridad jurídica. Esto implica no sólo la existencia de un marco normativo adecuado, integrado por normas internas e internacionales, sino también su correcta aplicación y respeto estricto por las autoridades locales, en los tres Poderes de Estado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARGENTINA. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO. *Biblioteca Digital de Tratados*. Disponible en: <<http://tratados.cancilleria.gob.ar/>>

BAS VILIZZIO, Magdalena. “Arbitraje en el CIADI: algunas reflexiones en torno al caso Philip Morris contra Uruguay”. *El Dial*, 13/07/2015. Disponible en: <www.eldial.com>

BAS VILIZZIO, Magdalena. “Solución de Controversias en los Tratados Bilaterales de Inversión: mapa de situación en América del Sur”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 2015, vol 3, n° 5, p. 233-253. Disponible en: <<http://revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/120/128>>

CASTILLO ARGANARÁS, Luis Fernando. “Arbitraje, expropiaciones y ambiente. La experiencia del Capítulo 11 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, 2015, vol 3, n° 5, p. 391-405. Disponible en: <<http://revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/124/137>>

CASTILLO ARGANARÁS, Luis Fernando. “MERCOSUR e inversiones extranjeras. Una aproximación desde el derecho comparado y de la integración”. *Ámbito Jurídico*, 2011, vol 14, n° 84. Disponible en: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8899&revista_caderno=19>

COMISIÓN MUNDIAL SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO. *Nuestro futuro común*. Nueva York: ONU, 1987. Disponible en: <<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/42/427>>

FRAGA LERNER, Diego. “The Protection of Foreign Direct Investment in MERCOSUR”. En: TOSCANO FRANCA, Marcílio; LIXINSKI, Lucas

and OLMOS GIUPPONI, María Belén (Eds.). *The Law of MERCOSUR*. Oxford and Portland, OR: Hart Publishing, 2010, p. 277–290.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT. *Acuerdo internacional modelo del IISD sobre inversión para el desarrollo sostenible. Guía para negociadores*. Winnipeg: IISD, 2005. Disponible en: <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/investment_model_int_handbook_es.pdf>

IRIBERRI, Bernardo A. “Nuevo Protocolo de Buenos Aires en materia de inversiones Intra-MERCOSUR”. *Abogados.com.ar*, 15 de mayo de 2017. Disponible en: <<http://abogados.com.ar/nuevo-protocolo-de-buenos-aires-en-materia-de-inversiones-intra-mercosur/19825>>

LABORÍAS, Alexis Rodrigo. “De los tratados bilaterales al multilateralismo: la nueva perspectiva para las inversiones extranjeras del Acuerdo Internacional Modelo para el Desarrollo Sostenible”. *Revista Electrónica Cordobesa de Derecho Internacional Público (RECORDIP)*, 2015, vol 1, n° 2, p. 1-23. Disponible en: <<https://revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/article/view/13268>>

MALIK, Mahnaz. “The IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development”. En: CORDONIER SEGGER, Marie-Claire; GEHRING, Markus W.; NEWCOMBE, Andrew (Eds.). *Sustainable Development in World Investment Law*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2011, p. 565-584.

MANN, Howard. “Reconceptualizing international investment law: its role in sustainable development”. *Lewis & Clark Law Review*. 2013, vol 17, n° 2, 2013, p. 521-544 (535-543).

MERCOSUR. Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. N° 30/10. *Directrices para la celebración de un Acuerdo de Inversiones en el MERCOSUR*, firmada en Foz do Iguaçu, República Federativa del Brasil, el 16 de diciembre de 2010.

MERCOSUR. Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. N° 11/93. *Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR (Intrazona)*.

MERCOSUR. Decisión MERCOSUR/CMC/DEC. N° 11/94. *Protocolo sobre Promoción y Protección de Inversiones provenientes de Estados No Partes del Mercosur*, firmado en Buenos Aires, República Argentina, el 5 de mayo de 1994

MERCOSUR. Resolución MERCOSUR/GMC/RES. N° 13/00. *Subgrupo de Trabajo N° 12 “Inversiones”*, firmada en Buenos Aires, República Argentina, el 5 de abril de 2000.

NEWCOMBE, Andrew and PARADELL, LLuís. *The Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. The Hague: Kluwer Law International, 2009

NEWCOMBE, Andrew. “Sustainable Development and Investment Treaty Law”. *The Journal of World Investment & Trade*, 2007, vol 8, 2007, p. 357-407. Disponible en: <<https://ciaj-icaj.ca/wp-content/uploads/2016/05/newcombe.pdf>>

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social*. 5ª ed. Ginebra: OIT, 2017. Disponible en: <http://www.ilo.org/empent/Publications/WCMS_124924/lang--es/index.htm>

PARAGUAY. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES. *Tratados del MERCOSUR*. [consulta 23/04/2018]. Disponible en: <http://www.mre.gov.py/tratados/public_web/ConsultaMercosur.aspx>

SALGADO LEVY, Claudia. “Drafting and Interpreting International Investment Agreements from a Sustainable Development Perspective”. *Groningen Journal of International Law*, 2015, vol 3, n° 1, p. 59-84 (77). Disponible en: <<https://ugp.rug.nl/GROJIL/article/view/31113/28420>>

SOMMER, Christian G. “El arbitraje de inversión extranjera y los bonos soberanos. ¿Una nueva evolución del derecho internacional de las inversiones extranjeras?”. En: ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA. INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y DERECHO DE LA INTEGRACIÓN. *Cuaderno de Derecho Internacional N° 6: Los aportes de la jurisprudencia al desarrollo del derecho internacional*. Córdoba: Advocatus, 2011, p. 181-204. Disponible en: <<http://www.acaderc.org.ar/cuaderno-de-derecho-internacional-vi/view>>

SOMMER, Christian G. “La aplicación de estándares de protección de inversiones extranjeras. Una mirada desde los casos argentinos”. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 2013, vol 6, p. 95-130. Disponible en: <<https://revistas.urosario.edu.co/index.php/acdi/article/view/2963>>

SORNARAJAH, M. *Resistance And Change In The International Law On Foreign Investment*. Cambridge: University Press, 2015.

SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge: University Press, 2004.

SUÑÉ, Natasha y VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. “Inversiones y solución de controversias en el MERCOSUR”. *Revista de la Secretaría*

del Tribunal Permanente de Revisión, 2013, vol 1, n° 2, 2013, p. 195-220. Disponible en: <<http://revistastpr.com/index.php/rstpr/article/view/59/39>>

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Investment Policy Hub*. Disponible en: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>>

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Investment Policy Framework for Sustainable Development*. Geneve: United Nations, 2015, p. 28-36. Disponible en: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcb2015d5_en.pdf>

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Investment Policy Hub*. Disponible en: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/8#iiaInnerMenu>>

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *The Social Responsibility of Transnational Corporations*. Geneve: United Nations, 1999, p. 2-18. Disponible en: <http://unctad.org/en/Docs/poiteiitm21_en.pdf>

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2018. Investment and new industrial policies*. Geneve: United Nations. Disponible en: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2018_en.pdf>

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *World Investment Report 2017. Investment and the digital economy*. Geneve: United Nations, 2017. Disponible en: <http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf?user=46>

UNITED NATIONS GLOBAL COMPACT. *Progress Report 2017. Business solutions to Sustainable Development*. New York: United Nations, 2017. Disponible en: <<https://www.unglobalcompact.org/library/5431>>

UNITED NATIONS. *Global compact*. Disponible en: <<https://www.unglobalcompact.org/>>

WEILER, Todd. "Good Faith and Regulatory Transparency: The Story of Metalclad v. Mexico". En: WEILER, Todd (Ed.). *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*. London: Cameron May, 2005, p. 701-745.

RESUMEN BIOGRÁFICO

Alexis Rodrigo Laborías es Magíster en Defensa Nacional (EDENA). Abogado (UBA). Docente de Derecho Internacional Público, Universidad Argentina de la Empresa. Investigador del Instituto de Ciencias Sociales y Disciplinas Proyectuales (INSOD – UADE). Miembro del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales.