

Treinta años del MERCOSUR: caminos recorridos y hoja de ruta para la solución de controversias inversor-Estado

Thirty years of MERCOSUR: paths travelled and a roadmap for investor-State dispute settlement

Por Dra. Magdalena Bas

Resumen Durante los treinta años del MERCOSUR, el bloque y sus miembros han atravesado diferentes etapas en relación con el régimen de solución de controversias inversor-Estado, desde la fragmentación a la construcción de normas regionales. La actual crisis de legitimidad del régimen es interpelada por la pandemia por covid-19, con críticas y acciones que se originan tanto en el Sur Global como el Norte Global. A la luz de lo anterior, esta pieza busca contestar a las siguientes preguntas guía: 1) ¿Cuál es el mapa de situación de los miembros del MERCOSUR en torno al régimen de solución de controversias inversor-Estado?; 2) ¿Qué camino de construcción regional ha recorrido el bloque? ¿Constituye el Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones un punto de inflexión?; 3) ¿Qué opciones debería incluir una nueva hoja de ruta en tiempos de covid-19?

Palabras clave: MERCOSUR; solución de controversias inversor-Estado; Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones; espacio de política pública.

Abstract During the thirty years of MERCOSUR, the bloc and its members have gone through different stages in relation to investor-State dispute settlement regime, from fragmentation to the construction of regional regulations. The current legitimacy crisis of the regime is challenged by the covid-19 syndemic, with criticisms and actions originating from both the Global South and the Global North. Considering the above, this piece aims to answer the following guiding questions: 1) What is the situation map of MERCOSUR members regarding the investor-State dispute settlement regime?; 2) What path of regional construction has the bloc travelled? Is the Investment Cooperation and Facilitation Protocol a turning point?; 3) What options should a new roadmap include in times of covid-19 syndemic?

Keywords: MERCOSUR; investor-state dispute settlement; Cooperation and Facilitation Investment Protocol; policy space.

Fecha de recepción: 01/10/21
Fecha de aceptación: 22/10/21

Esta obra se publica bajo licencia Creative Commons 4.0 Internacional. (Atribución-No Comercial-Compartir Igual)



Treinta años del MERCOSUR: caminos recorridos y hoja de ruta para la solución de controversias inversor-Estado

Por Dra. Magdalena Bas*

I. Punto de partida

El régimen de solución de controversias inversor-Estado se encuentra en medio de una crisis de legitimidad, tanto en el sentido jurídico como sociológico que propone KEOHANE (2006). La retirada de la hiperglobalización (RODRIK, 2012) podría explicar, en parte, la crisis de un régimen que tiene su auge en pleno apogeo globalizador. Sin embargo, las raíces son más profundas aún: críticas que tienen origen desde Estados tanto del Sur Global como del Norte Global, sumado a las observaciones desde instituciones típicas de la gobernanza del régimen.

Así, en el año 2003, el Informe sobre las inversiones en el mundo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD por su sigla en inglés) trae al debate el condicionamiento por parte de los mecanismos de solución de controversias inversor-Estado del espacio de política pública, cuya base es el derecho de regular¹, una prerrogativa soberana. Por consiguiente, el informe marca la eventual tensión entre dos ideas fuerza: la liberalización del mercado en materia de inversiones y la necesidad de los Estados de regular (GHIOTTO, 2017, p.69).

Si se coloca el lente a escala regional, la situación del MERCOSUR a treinta años de su creación muestra momentos de apego a las tendencias internacionales y otros de construcción regional en clave de contestación o separación de los principios tradicionales del régimen de solución de controversias inversor-Estado. La expansión de la

* Investigadora posdoctoral del Instituto de Derechos Humanos y Empresas de la Universidad de Monterrey (México). Doctora en Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de La Plata (Argentina). Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (Uruguay). E-mail: maria.bas@udem.edu
¹ Conforme a Titi (2014, 18), el derecho de regular es lo que permite que el Estado receptor de la inversión pueda regular aun en contra de los compromisos internacionales asumidos, sin necesidad de compensar por su conducta.

covid-19 a nivel global, los debates en torno al acceso a las vacunas y las leyes sancionadas en Argentina² y Paraguay³ para su adquisición y producción, sumado al registro de la primera controversia contra medidas de cierre de fronteras y cuarentena en Chile (caso ADP y Vinci Airports), evidencian la pertinencia de repensar los mecanismos arbitrales inversor-Estado.

Con estas ideas en mente, esta pieza busca contestar a las siguientes preguntas guía: 1) ¿Cuál es el mapa de situación de los miembros del MERCOSUR en torno al régimen de solución de controversias inversor-Estado?; 2) ¿Qué camino de construcción regional ha recorrido el bloque? ¿Constituye el Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones un punto de inflexión?; 3) ¿Qué opciones debería incluir una nueva hoja de ruta en tiempos de sindemia⁴ por covid-19?

II. Mapa de situación: los miembros del MERCOSUR frente al régimen de solución de controversias inversor-Estado

Después de una etapa dominada por la doctrina Calvo y el “no de Tokio” en el que los Estados Latinoamericanos votaron en contra del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio de Washington), el ingreso a la década de los noventa se caracteriza por la inserción obediente a la globalización (TUSSIE y RIGGIROZZI, 2018) y el seguimiento de los postulados del consenso de Washington. Entre estos, se destaca la celebración de acuerdos internacionales de inversión (AII)⁵, particularmente tratados bilaterales de

² Ley 27.573: “Ley de vacunas destinadas a generar inmunidad adquirida contra el covid-19”, 29 de octubre de 2020. Disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/340000-344999/343958/norma.htm>

³ Ley 6707: “Que declara bien público la investigación, desarrollo, fabricación y adquisición para la distribución gratuita a la población de las vacunas contra el COVID-19”, 14 de enero de 2021. <https://alertas.directoriolegislativo.org/wp-content/uploads/2021/01/Ley-6707.pdf>

⁴ El concepto de sindemia es originalmente empleado por Singer (2009) y Horton (2020) lo recupera para incluir en el análisis de la covid-19 los factores económicos y sociales además del patógeno, que coadyuvan a su expansión y son efecto de la emergencia sanitaria.

⁵ Tratados bilaterales de inversiones, tratados de libre comercio con capítulos de inversiones, acuerdos plurilaterales con capítulos de inversiones como el Tratado de la Carta de la Energía, etc.

inversión (TBI), y la apertura a capitales externos. En materia de solución de controversias inversor-Estado, en los inicios del Mercosur tanto el bloque como sus miembros siguieron la tendencia a la firma de TBI.

Los acuerdos de inversiones y los mecanismos de solución de controversias inversor-Estado constituyen una respuesta a los pedidos de redistribución, reconocimiento y garantía de los derechos de los inversores en el extranjero (PERRONE, 2021, p.2013). En otros términos, son instrumentos que permiten compensar los riesgos no comerciales en la inversión extranjera, particularmente en Estados en desarrollo, por ejemplo los cambios en el Derecho interno que conlleven efectos negativos en las inversiones extranjeras, y así generar un clima propicio de seguridad jurídica y política (DE AZEVEDO, 2001, p.4)⁶. Al mismo tiempo, el fracaso en la negociación del Acuerdo Multilateral de Inversión, auspiciado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo⁷, también contribuye a consolidar la tendencia a la celebración de acuerdos bilaterales.

Es en este contexto que Argentina, Paraguay y Uruguay inician un proceso de negociación de TBI y adhesión al Convenio de Washington. Si bien en la década de los noventa Brasil firma catorce TBI⁸, cuando seis de ellos arriban al Congreso para su aprobación, el Grupo de Trabajo Interministerial creado para su estudio, concluye en la conveniencia de su retiro. El argumento central es que los acuerdos son contrarios a disposiciones constitucionales, particularmente el artículo 34 numeral 4 que establece la igualdad entre nacionales y extranjeros. Los TBI, al incluir la facultad del inversor extranjero de iniciar arbitrajes contra el Estado receptor de la inversión, vulneraría esta norma privilegiando al inversor extranjero sobre el nacional, que no cuenta con tal facultad (DE AZEVEDO, 2001, p.9).

⁶ Si bien los Estados desarrollados impulsaron la construcción del régimen internacional de inversiones, los emprendedores normativos también fueron empresarios, banqueros y abogados (personas físicas) que propulsaron la creación de un sistema jurídico para la protección de sus capitales en el exterior en las décadas de los cincuenta y sesenta. El sistema finalmente se consolida en la década de los noventa. En este sentido, véase Perrone (2021), particularmente el capítulo 2.

⁷ Último borrador disponible en: <http://www1.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng987r1e.pdf>

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

Siguiendo la tipología de Estados frente al régimen de solución de controversias de BAS VILIZZIO (2015, 2016, 2019), Brasil es un externo al no contar con TBI en vigor no haber adherido al Convenio de Washington. Desde el año 2015, Brasil celebra un nuevo modelo de acuerdo de cooperación y facilitación de inversiones (ACFI) que dentro de su articulado no cuenta con prórroga de jurisdicción a favor del arbitraje inversor-Estado sino mecanismos de prevención de disputas Estado-Estado, mediante la intervención de Puntos Focales en cada Estado y un Comité Conjunto. Conforme a datos del *Investment Policy Hub* de la UNCTAD, a septiembre de 2021, Brasil celebró 13 ACFI con Estados del Sur Global de los cuales dos están en vigor.

El resto de los Estados originarios del Mercosur son miembros del régimen, figura residual caracterizada por la firma de TBI y adhesión al Convenio de Washington, siendo Argentina el Estado con mayor número de acuerdos celebrados y en vigor (véase tabla 1). En cuanto a Venezuela (suspendido) y Bolivia (Estado en proceso de adhesión) son disidentes, dado que terminaron todos o parte de sus TBI en vigor y se retiraron del Centro de Arreglo de Disputas relativas a Inversiones (CIADI) en 2012 y 2007, respectivamente. El cambio de posición es motivado por aspectos coyunturales, particularmente las controversias en su contra en sectores estratégicos o sensibles⁹, y las nuevas disposiciones constitucionales en el caso de Bolivia (reforma de 2009) que prevé que las controversias deben someterse a los tribunales bolivianos (cláusula de aislamiento absoluto en términos de Cervantes, 2017).

Tabla 1: Acuerdos Internacionales de Inversiones por Estado

Estatus en el Mercosur	TBI celebrados	TBI en vigor	TBI terminados ¹⁰	ACFI celebrados	ACFI en vigor
Miembro	61	49	6	-	-
Miembro	14	0	0	13	2
Miembro	26	22	1	-	-
Miembro	36	30	4	-	-
En proceso de adhesión	23	6	16	-	-

⁹ A modo de ejemplo pueden señalarse los casos Aguas del Tunari contra Bolivia (CIADI caso número ARB/02/3) vinculado al acceso al agua potable y saneamiento en Cochabamba, y Conoco Phillips contra Venezuela (CIADI caso número ARB/07/30) en el sector hidrocarburos.

¹⁰ Dentro de esta categoría se incluyen los acuerdos terminados por denuncia unilateral, no renovación al concluir el plazo, y derogados por un acuerdo posterior entre las mismas partes.

Estatus en el Mercosur	TBI celebrados	TBI en vigor	TBI terminados ¹⁰	ACFI celebrados	ACFI en vigor
Miembro suspendido	30	25	2	-	-

Fuente: Elaboración propia en base a datos del Investment Policy Hub de la UNCTAD, al 20 de septiembre de 2021.

Dentro del MERCOSUR no hay Estados confrontadores, esto es, aquellos que contestan las normas del régimen sin abandonarlo, esto es, no se convierten en disidentes. Conforme a WIENER (2014, 2017), en Relaciones Internacionales, la contestación refiere a un amplio espectro de prácticas sociales que, desde el discurso, desapruueba las normas. La autora distingue cuatro contextos o escenarios en los que se cristaliza la contestación, predominando en cada uno de ellos un modo típico de contestación: 1) los procesos jurisdiccionales en los tribunales, 2) la deliberación en los regímenes u organizaciones internacionales, 3) la contienda en los movimientos de protesta, y 4) la justificación en las comunidades epistémicas. En la tipología de Bas Vilizzio en torno a la posición de los Estados respecto al régimen de solución de controversias inversor-Estado, los confrontadores se manifiestan al interior del régimen internacional, expresándose mediante la introducción de cambios o nuevas legalidades que critican y hasta quiebran los preceptos básicos del régimen, a pesar que no lo abandonan.

Dada la originalidad de esta postura, es pertinente realizar un breve análisis de algunos ejemplos que presenta la cartografía global de AII. El primer caso es el de la Unión Europea con el Acuerdo de terminación de los TBI entre 23 de sus miembros (2020), instrumento jurídico que surge como consecuencia del cambio de posición de las instituciones comunitarias a raíz de los casos Micula contra Rumania (CIADI caso número ARB/05/20¹¹) y Achmea (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, procedimiento prejudicial, asunto C-284/16¹²). Este último constituye un momento decisivo

¹¹ Decisiones y otros documentos disponibles en: <https://www.italaw.com/cases/697>. Decisión de la Comisión Europea 2015/1470 sobre la ilicitud de la indemnización en el caso Micula disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32015D1470>

¹² Texto de la sentencia disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62016CJ0284>

en el régimen dado que el tribunal concluye que los mecanismos de arbitraje inversor-Estado son contrarios al Derecho de la Unión cuando involucran a un Estado miembro y a un inversor de otro Estado miembro. Sin embargo, en lo que respecta a mecanismos en acuerdos con Estados extra-Unión Europea, no se visualiza intención de terminar los TBI en vigor. Incluso el Tribunal de Justicia se ha pronunciado a favor de la compatibilidad del sistema de tribunales de inversión previsto en el Acuerdo Económico y Comercial Global entre la Unión Europea y Canadá con el Derecho de la Unión (dictamen 1/17¹³)¹⁴.

Se ven indicios de contestación del régimen en Nueva Zelanda, que a través de notas reversales excluyó de las relaciones bilaterales con Australia, Brunei Darussalam, Malaysia, Perú y Vietnam las disposiciones del Acuerdo de Asociación Transpacífica relativas a los mecanismos de solución de controversias inversor-Estado. También es el caso de la India, que a consecuencia de la controversia White Industries (arbitraje bajo Reglas Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) en territorio de Singapur)¹⁵ se embarca en la terminación por no renovación de 61 TBI y la renegociación de 25 que no habían completado el plazo inicial. La preocupación de los efectos del arbitraje inversor-Estado sobre los poderes regulatorios del Estado y la consecuente búsqueda de un balance entre los derechos de los inversores extranjeros y el desarrollo (NEDUMPARA, 2018), lleva a la elaboración de un nuevo modelo de acuerdo (2016) caracterizado por un complejo sistema para el acceso al arbitraje internacional inversor-Estado.

¹³ Texto 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>

¹⁴ Si bien excede los objetivos de este trabajo, puede considerarse parte del “efecto Bruselas” (Bradford, 2020) el sistema de tribunales de inversiones propuesto en los acuerdos bilaterales de la Unión Europea (con Canadá, modernización del Acuerdo Comercial con México, Acuerdo de Inversiones con Singapur, Acuerdo de Inversiones con Vietnam) y con autorización para negociar un tratado que constituya un tribunal a nivel multilateral (Consejo, Documento 12981/17).

¹⁵ Laudo disponible en: <https://www.italaw.com/cases/documents/1170>

Más recientemente, otra pieza innovadora es el Tratado de Libre Comercio entre Reino Unido y Australia (Acuerdo en principio, 2021)¹⁶, puesto que no incluye mecanismos de solución de controversias inversor-Estado dentro de su capítulo de inversiones y vincula a dos Estados del Norte Global.

III. El MERCOSUR en su trigésimo aniversario: ¿construcción regional como punto de inflexión en la cartografía internacional de protección de inversiones?

Los vaivenes en las posturas individuales de los miembros fundadores del MERCOSUR también son materializados en los avances de la construcción regional. La etapa de auge del consenso de Washington coincide con la adopción del texto del Protocolo para la promoción y protección recíproca de inversiones en el MERCOSUR (Protocolo de Colonia), anexo a la decisión del Consejo Mercado Común 11/93. Sin embargo, no entra en vigor, ya que solo es aprobado internamente por Argentina.

El Protocolo de Colonia sigue la estructura tradicional de los TBI, la cual usualmente presenta en cuatro partes: 1) las normas generales sobre inversiones (definiciones, trato nacional, cláusula de la nación más favorecida, trato justo y equitativo); 2) protección de inversiones (compensación por expropiación, libre transferencia de capitales al exterior); 3) excepciones, entrada en vigor; 4) solución de controversias (SALACUSE, 2010). En cuanto al último punto, para la solución de controversias inversor-Estado, el protocolo prevé prórroga de jurisdicción al CIADI o un tribunal ad hoc bajo las Reglas de Arbitraje de la UNCITRAL.

El otro instrumento jurídico de interés en la cartografía de la construcción regional de un régimen de solución de controversias inversor-Estado es el Protocolo sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Provenientes de Estados no Partes del MERCOSUR (Protocolo de Buenos Aires), anexo a la decisión del Consejo Mercado Común 11/94. SUÑÉ Y DE VASCONCELOS (2013, p.210) argumentan que el objetivo del acuerdo es “armonizar los principios jurídicos generales que serían aplicados por cada uno de los Estados miembros a las inversiones provenientes del exterior

¹⁶ Texto no disponible. Véase Webb (2021: 4).

del conjunto de territorios nacionales para que no se creasen diferencias que permitiesen distorsiones en el flujo de capitales”. En definitiva, el instrumento cristaliza la demanda de certeza jurídica y reducción de riesgos políticos para el inversor de nacionalidad extrazona MERCOSUR.

El Protocolo de Buenos Aires sigue una estructura similar a los TBI, salvo por la ausencia de cláusulas de trato nacional y nación más favorecida, y en materia de solución de controversias inversor-Estado da la opción entre la jurisdicción doméstica o el arbitraje internacional ad hoc o en una institución internacional. Este instrumento jurídico es aprobado internamente por Argentina, Paraguay y Uruguay, pero no por Brasil, fiel a su tradicional postura. En consecuencia, tampoco entra en vigor.

Culminado el auge del consenso de Washington, no se identifican nuevos intentos regulatorios hasta el año 2017 cuando los miembros originarios del Mercosur firman el Protocolo de cooperación y facilitación de inversiones intra-Mercosur (PCFI), anexo a la decisión del Consejo Mercado Común 03/17. Este deroga la decisión 11/93 en cuyo anexo se encontraba el Protocolo de Colonia, derogación a texto expreso que despeja cualquier duda al respecto ya que entre ambos instrumentos existe una diferencia sustancial: el PCFI no incluye en su articulado mecanismos de solución de controversias inversor-Estado como sí lo hacía su antecesor. Su entrada en vigor, prevista a los 60 días del depósito en Paraguay del segundo instrumento de ratificación, se cumple el 30 de julio de 2019 para Uruguay y Brasil, y para Argentina el 24 de noviembre de 2020.

El PCFI regula ocho temas centrales: Trato de la inversión; Protección de inversiones por parte del Estado receptor; Excepciones a la responsabilidad del Estado receptor; Obligaciones de los inversores; Gobernanza institucional; Prevención y solución de controversias entre Estados; Agenda para cooperación y facilitación de inversiones; Disposiciones relativas a la duración y vigencia. En cuanto a las disputas Estado-Estado, se resaltan los medios alternativos para su prevención mediante la participación de una Comisión, y mecanismos para su solución que excluyen aquellas medidas adoptadas por los Estado relativas a responsabilidad social empresarial, medidas de lucha contra la corrupción y la legalidad, medio ambiente, asuntos laborales y

salud. Asimismo, en última instancia podría activarse el sistema de solución de disputas previsto en el Protocolo de Olivos.

El PCFI sigue el modelo ACFI de Brasil así como la tendencia a la previsión de excepciones para proteger el espacio de política pública en torno a temas de interés general o sensibles como la protección del medio ambiente o la salud pública. Estas excepciones no son previstas en la mayoría de los TBI, que fueron celebrados en la década de los noventa, hecho que entraña el riesgo de un aumento de demandas en situaciones como la emergencia sanitaria desatada por la covid-19, como explica la UNCTAD (2020). Por consiguiente, el PCFI no solo es innovador a nivel regional sino también global y presenta respuestas a la crítica basada en la vulneración del espacio de política pública por parte de los AII.

En este punto cabe señalar que el reclamo de ampliar el espacio de política pública tiene diferentes matices en el Sur Global y el Norte Global. RATTON SANCHEZ BADIN y MOROSINI (2018, p.33) explican que mientras en el Norte el debate busca corregir las externalidades negativas mediante excepciones de salud, seguridad y medio ambiente, en algunos países del Sur se siguen principios arraigados constitucionalmente. Un ejemplo ajeno al Mercosur puede ser ilustrativo. En seguimiento de los preceptos de la Constitución postapartheid (1996), a fin de lograr la equidad en el acceso a la explotación de los recursos mineros en Sudáfrica, especialmente para ampliar las oportunidades hacia los grupos históricamente desfavorecidos durante el apartheid, conducen al caso Piero Foresti (CIADI caso ARB(AF)/07/01)¹⁷. Si bien el arbitraje culmina por acuerdo de partes, este fue el catalizador para la terminación de diez TBI y la revisión de la ley de inversiones¹⁸.

Ahora bien, ¿constituye el Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones un punto de inflexión? En parte sí, ya que el PCFI avance en la construcción regional, no prevea mecanismos arbitrales inversor-Estado, o establezca normas innovadoras respecto a las disputas Estado-Estado, no cambia que Argentina, Paraguay y Uru-

¹⁷ Decisiones y otros documentos disponibles en: <https://www.italaw.com/cases/446>

¹⁸ Cabe señalar que en estos casos el reforzamiento del Derecho Interno suele ser un canal para sustituir los acuerdos internacionales existentes (Bernasconi-Osterwalder, 2015: 7).

guay siguen siendo miembros del régimen bajo análisis. Por tanto, los inversores extranjeros continúan teniendo una vía para hacer valer sus derechos en caso que entiendan que fueron vulnerados, con escasas o nulas excepciones.

IV. Solución de controversias inversor-Estado en la era covid-19: ¿hacia una nueva hoja de ruta para el MERCOSUR?

La expansión de la covid-19 a escala global derivó en la adopción de medidas para atenuar y/o controlar los efectos sanitarios, sociales y económicos del virus. Especialmente durante el año 2020, las medidas fueron desde el estricto aislamiento social, cierre de fronteras, cuarentenas y control sanitario (realización de uno o más *tests* de diagnóstico, exigencia del esquema completo de vacunación, etc.) al ingreso al territorio, hasta medidas vinculadas a la enseñanza en línea, el teletrabajo, el cierre o restricción de horarios de las actividades comerciales, entre otras¹⁹.

Si bien en una primera instancia las mencionadas medidas no parecen tener una relación directa con la solución de controversias inversor-Estado, los antecedentes indican que políticas vinculadas a la salud pública han sido contestadas por inversores extranjeros. En este sentido, en el reporte de la UNCTAD sobre inversiones y salud pública, detalla que se conocen al menos 33 controversias vinculadas a políticas de salud: control del tabaco, acceso al agua potable y saneamiento, propiedad intelectual de medicamentos, entre otros tópicos (UNCTAD, 2021). Asimismo, al no existir normas internacionales que regulen las pandemias o sindemias²⁰, la aplicación del estado de necesidad como eximente de la responsabilidad internacional del Estado (artículo 25 de la Resolución AG/56/83) o la necesidad de postergar los plazos prevista queda a interpretación de los tribunales arbitrales.

Ahora bien, en un mundo globalizado, cualquier cambio significativo a nivel internacional requerirá necesariamente la cooperación entre los Estados (Perrone,

¹⁹ Para un análisis sobre la relación entre las medidas adoptadas en el marco de la sindemia por covid-19 y la solución de controversias inversor-Estado, véase: Bas Vilizzio (2020).

²⁰ En la reunión del 31 de mayo de 2021 de la Asamblea Mundial de Salud (Organización Mundial de la Salud), los miembros decidieron iniciar el debate de un tratado sobre la prevención y preparación ante pandemias, en la sesión extraordinaria de noviembre de 2021.

2020: 3), por tanto, el rol de los Estados es fundamental para propiciar diferentes acciones que permitan cambios significativos en el régimen de solución de controversias inversor-Estado, especialmente en tiempos excepcionales. Los espacios de integración regional pueden ser el ámbito de contestación de normas globales e incluso creación de nuevas legalidades, como en el caso de los ya mencionados Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones en el Mercosur o el Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de inversión entre los Estados miembros de la Unión Europea.

Independientemente de los procesos de reforma del régimen en el marco de la UNCTAD o el Grupo de Trabajo III de la UNCITRAL, para hacer frente a la pandemia por covid-19, este artículo propone una nueva hoja de ruta que prevea alguna de las siguientes posibilidades para el corto y mediano plazo: 1) una moratoria sobre las disputas pendientes de resolución y una restricción a las reclamaciones futuras relacionadas con las medidas adoptadas para paliar la covid-19; 2) introducción de contrademandas o demandas reconventionales como regla general; 3) una consagración directa y general del derecho a regular; 4) un elenco determinado y excluyente de áreas o políticas públicas a ser excluidas.

La primera opción, en tiempos de pandemia por covid-19 resulta imprescindible. Con el fin de asignar mayores recursos presupuestarios para hacer frente a la crisis sanitaria, así como sus efectos sociales y económicos, desde la academia (COLUMBIA CENTER FOR SUSTAINABLE INVESTMENT, 2020; GALLAGHER Y KOZULWRIGHT, 2020) así como la sociedad civil (ACAFREMIN y otros, 2020) se ha propuesto una restricción a futuras reclamaciones relacionadas con las medidas sanitarias, sociales y económicas adoptadas a los efectos de hacer frente a la propagación del virus. Si bien esta opción puede ser considerada temporal, esto es, mientras se desarrolle la pandemia, o intermedia ya que no resuelve la crisis de legitimidad del régimen, al tratarse de una medida a corto plazo es relevante para resolver problemas específicos y urgentes.

En este sentido, una moratoria generalizada permitiría que las solicitudes de suspensión o prórroga de plazos no sean estudiadas para cada caso concreto, como en las controversias Orlandini contra Bolivia (Corte Permanente de Arbitraje, caso nú-

mero 2018-39)²¹ y Glencore contra Bolivia²² (Corte Permanente de Arbitraje, caso número 2016-39). Por otra parte, una restricción en el acceso al arbitraje internacional por medidas adoptadas para controlar o paliar los efectos de la covid-19, evitaría demandas como la presentada por las principales accionistas de la Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel del Aeropuerto de Santiago de Chile (Arturo Merino Benítez), las empresas de origen francesas ADP y Vinci Airports (CIADI caso número ARB/21/40²³). Las empresas cuestionan las medidas de cierre de fronteras y cuarentena, que determinaron una caída en el tráfico aéreo con pérdida de 19 rutas, cancelación de cerca de 600 vuelos semanales y disminución del 70% de los pasajeros (INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT, 2021). Asimismo, conforme al comunicado de la Subsecretaría de Relaciones Internacionales de Chile (2021), los inversores reclaman “que el Estado debía haber adoptado medidas particulares en beneficio exclusivo de la Concesionaria, para aliviar la baja temporal de ingresos”. La demanda es registrada por la Secretaria General del CIADI en fecha 13 de agosto de 2021, solicitando una indemnización de 37 millones de dólares.

La segunda opción es introducir como regla general del régimen la facultad de presentar contrademandas o demandas reconventionales²⁴. Si bien en el artículo 46 del Convenio de Washington está previsto que los tribunales ad hoc entiendan sobre las eventuales demandas reconventionales, al no tratarse de la regla general “ubica a los Estados en una situación de indefensión” conforme a BAS VILIZZIO y MICHELINI (2019, p.57). Las contrademandas constituyen una instancia para hacer valer los derechos humanos y defender la soberanía, al tratarse de un canal para que el Estado

²¹ Orden de procedimiento número 7. <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11453.pdf>

²² Orden de procedimiento número 11. Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11514.pdf>

²³ Información disponible: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/21/40>

²⁴ Las reglas básicas son: 1) el inversor extranjero tiene *locus standi* y *jus standi*; 2) se prevé un período enfriamiento (*cooling-off period*) previo al inicio del arbitraje internacional; 3) el agotamiento de los recursos domésticos no es la regla general sino la excepción; 4) las disputas son resueltas por tribunales *ad hoc*; 5) no está prevista una instancia de apelación; 6) la cláusula de nación más favorecida es aplicable a la solución de controversias; 7) las cláusulas de permiten la presentación de reclamos incluso después de que los AII sean terminados. Para un análisis más detallado, puede verse: Bas Vilizzio (2018).

pueda solicitar una indemnización por los daños causados por los inversores extranjeros. De esta manera, la propia arquitectura del régimen podría volverse en contra de los inversores extranjeros (ABEL, 2016), teniendo por efecto una reducción en el número de reclamaciones.

Las dos opciones siguientes implican cambios sustanciales ya sea mediante la modernización de los acuerdos en vigor o la creación de nuevas legalidades que reconozcan expresamente el derecho de regular, corazón del espacio de política pública. Si se analiza el tema desde el lente de la teoría de la vulnerabilidad de FINEMAN (2010, 2018), coadyuvar a la construcción de resiliencia por parte de las instituciones estatales requiere que los Estados cuenten con suficiente espacio de política pública. El reconocimiento del derecho a regular no es una innovación en el sistema. De hecho, una de las formas más habituales para su incorporación es su mención en el preámbulo de los acuerdos, buscando equilibrar el régimen mediante referencias generales o específicas en áreas de interés no económico (MOURAL, 2016: posición 5233 - 5241). Por ejemplo, algunos ACFI contienen disposiciones en este sentido²⁵. Sin embargo, los ACFI no incluyen mecanismos de solución de controversias inversor-Estado.

A diferencia de los anteriores, el TBI Marruecos-Nigeria incluye arbitraje inversor-Estado. Su preámbulo reafirma el derecho a regular y adoptar medidas internas en materia de inversiones para el logro de sus objetivos de políticas públicas. Adicionalmente, bajo el título “Inversiones y medio ambiente” (artículo 13), reconoce expresamente el derecho a actuar con discrecionalidad en la regulación, cumplimiento, investigación, persecución y toma de decisiones en materia ambiental. La relevancia de las mencionadas normas está en el reconocimiento de que la protección del medio ambiente puede ser una prioridad sobre la inversión extranjera con un amplio margen discrecional (KENDRA, BRADSHAW Y KABBOURI, 2017).

Finalmente, una opción más profunda es la exclusión de una lista de políticas públicas o áreas de regulación a ser protegidas y por tanto no ser susceptibles de de-

²⁵ Se trata de los ACFI celebrados por Brasil con Mozambique, Angola, Malawi, Perú, Etiopía, Surinam, Guyana y Emiratos Árabes Unidos en los que se reconoce expresamente la facultad de los Estados de implementar políticas públicas.

mandas de inversores extranjeros. Esta es una forma de retomar el balance entre Estados y mercado, en términos de Strange (1996). Este nuevo equilibrio no significa que los Estados deban seguir una tendencia hacia una menor regulación internacional a fin de proteger su espacio de política pública. El corazón del problema reside en crear normas que no limiten el espacio de política pública y permitan a las instituciones estatales generar andamiaje para reducir la vulnerabilidad.

V. Reflexiones finales

A lo largo de los treinta años del Mercosur, el bloque y sus miembros han surcado diferentes etapas en el régimen de solución de controversias inversor-Estado. Si bien el mosaico regional actual es una muestra de la fragmentación y los desacuerdos en las posiciones individuales frente a los TBI y el Convenio de Washington, la construcción regional posterior al apogeo del consenso de Washington da cuenta de avances e innovaciones en respuesta a la crisis de legitimidad del régimen.

La pandemia por covid-19 interpela a los Estados, tanto a nivel individual, como regional. En materia de arbitrajes inversor-Estado, el 2020 representó un aumento en el número de demandas registradas (68) respecto al año anterior (59), que solo es superado por el cuatrienio 2015-2018 con un promedio anual de 82 controversias iniciadas²⁶. Asimismo, las experiencias en los casos Glencore contra Bolivia y Orlandini contra Bolivia, sumado a la demanda de ADP y Vinci Airports contra Chile, demuestran que la pandemia requiere la adopción de medidas a corto y mediano plazo, como las cuatro propuestas en este trabajo.

En este marco, el PCFI es un punto de inflexión en el régimen internacional de solución de controversias inversor-Estado, al constituir un avance en la construcción normativa en clave regional e innovadora, aunque no tenga efecto sobre la red de TBI en vigor para Argentina, Paraguay y Uruguay. Las excepciones que el Protocolo prevé para la prevención y solución de disputas Estado-Estado, son una demostración de que el Mercosur puede anticiparse a próximas crisis y así coadyuvar a la creación de mayor

²⁶ Datos del Policy Investment Hub de la UNCTAD, recabados el 27 de septiembre de 2021.

resiliencia, especialmente en áreas del espacio de política pública vinculadas a medio ambiente y salud²⁷.

Bibliografía

- ABEL, Patrick (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*, 1 (1), 61 – 90. Disponible en: <https://doi.org/10.1163/23527072-00101003>
- ACAFREMIN y otros (2020). *Open Letter to Governments on ISDS and COVID-19*. Disponible en: http://s2bnetwork.org/wp-content/uploads/2020/06/OpenLetterOnISDSAndCOVID_June2020.pdf
- BAS VILIZZIO, Magdalena (2020). Las respuestas a la COVID-19 en el laberinto de la solución de controversias inversor-estado. *Análisis Carolina 46/2020*. Fundación Carolina. Disponible en: https://doi.org/10.33960/AC_46.2020
- BAS VILIZZIO, Magdalena (2019). Acuerdo Mercosur-Unión Europea: sombras y ausencia de la solución de controversias inversor-Estado. *Documento de trabajo 21/2019 Segunda época*. Fundación Carolina. Disponible en: https://www.fundacioncarolina.es/wp-content/uploads/2019/11/DT_FC_21.pdf
- BAS VILIZZIO, Magdalena (2018). Régimen de solución de controversias inversor-Estados: ¿resistencias del modelo relacional en un marco institucional de las relaciones internacionales? *Relaciones Internacionales*, 27 (54), 163-178. Instituto de Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de La Plata. Disponible en: <https://doi.org/10.24215/23142766e032>
- BAS VILIZZIO, Magdalena (2016). América do Sul em face dos tratados bilaterais de investimento: rumo ao retorno do Estado na solução de controvérsias? *Brazilian Journal of International Law*. UniCEUB. 13(1), 133-144. Disponible en: <https://doi.org/10.5102/rdi.v13i1.3944>

²⁷ Robustecerse en estas áreas es uno de los desafíos que actualmente enfrenta el bloque, como identifican Zelicovich y Bas Vilizzio (2021).

- BAS VILIZZIO, Magdalena (2015). 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*, 3 (5), 233-253. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a3.n5.233>
- BAS VILIZZIO, Magdalena y MICHELINI, Felipe (2019). *Arbitraje de inversiones y derechos humanos: un análisis particular del caso Philip Morris contra Uruguay*. Montevideo: Comisión Sectorial de Investigación Científica, Universidad de la República. Disponible en: https://www.csic.edu.uy/sites/csic/files/Bas%20Vilizzio_Arbitraje%20de%20inversiones%20y%20derecho%20humanos%20Un%20an%C3%A1lisis%20particular%20del%20caso%20Philip%20Morris%20contra%20Uruguay_FDER.pdf
- BERNASCONI-OSTERWALDER, Nathalie. (2015). Repensando la Solución de Controversias Relativas a Inversión. *Investment Treaty News*, 2(6), Mayo 2015, 6 – 8. International Institute for Sustainable Development. Disponible en: <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/iisd-itn-may-2015-sp.pdf>
- BRADFORD, Anu (2020). *The Brussels Effect. How the European Union Rules the World*. Oxford: Oxford University Press.
- CERVANTES, Andrés (2017). Nuevo constitucionalismo latinoamericano y arbitraje de inversión. *Spain Arbitration Review*, No. 30, 81-99. Madrid: Club Español del Arbitraje.
- COLUMBIA CENTER FOR SUSTAINABLE INVESTMENT (2020). *Call for ISDS moratorium during COVID-19 crisis and response*. Disponible en: <http://ccsi.columbia.edu/2020/05/05/isds-moratorium-during-covid-19/>
- DE AZEVEDO, Débora Bithiah (2001). *Os acordos para a promoção e a proteção recíproca de investimentos assinados pelo Brasil*. Câmara dos Deputados, Brasil. Disponible en: <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/arquivos-pdf/pdf/102080.pdf/view>
- FINEMAN, Martha (2019). Vulnerability and Social Justice. *Valparaiso University Law Review*, 53(2), 341-369. Disponible en: <https://scholar.valpo.edu/vulr/vol53/iss2/2>

- FINEMAN, Martha (2010). The Vulnerable Subject and the Responsive State. *Emory Law Journal*, 60, Emory Public Law Research Paper No. 10-130. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1694740>
- GALLAGHER, Kevin y KOZUL-WRIGHT, Richard (2020). Breaking Out of the Double Squeeze: The Need for Fiscal and Policy Space during the COVID-19 Crises. *Global Policy Journal*, 26 junio 2020. Disponible en: <https://www.globalpolicyjournal.com/blog/26/06/2020/breaking-out-double-squeeze-need-fiscal-and-policy-space-during-covid-19-crises>
- GHIOTTO, Luciana (2017). ¿UNCTAD pro-desarrollo o pro-liberalización? Un estudio de los cambios en el organismo a la luz de las políticas sobre inversiones. ECHAIDE, Javier (Dir.) *Inversiones extranjeras y responsabilidad internacional de las empresas. Problemáticas en torno al CIADI, los TBI y los derechos humanos*, 53-78. Buenos Aires: BdeF.
- HORTON, Richard (2020). Offline: COVID-19 is not a pandemic. *The Lancet*, 396 (10255), 874. Disponible en: [doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)32000-6](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)32000-6)
- INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT (2021). Consorcio francés inicia demanda en el CIADI contra Chile después de sufrir pérdidas por USD 37 millones debido a la pandemia del COVID-19. *Investment Treaty News*, 23 marzo 2021. Disponible en: <https://www.iisd.org/itn/es/2021/03/23/french-consortium-kicks-off-an-icsid-claim-against-chile-after-usd-37-million-loss-due-to-covid-19-pandemic/>
- KENDRA, Thomas; BRADSHAW, Robert y KABBOURI, Ilham (2017). The Morocco-Nigeria BIT: a new breed of investment treaty? *Practical Law arbitration blog*, 16 noviembre 2017. Disponible en: <http://arbitrationblog.practicallaw.com/the-morocco-nigeria-bit-a-new-breed-of-investment-treaty/>
- KEOHANE, Robert (2006). The contingent legitimacy of multilateralism. NEWMAN, Edward; THAKUR, Ramesh y TIRMAN, John (Edit.). (2006) *Multilateralism Under Challenge: Power, International Order, and Structural Change*, 56-76. Nueva York: United Nations University Press.

- MOROSINI, Fabio y RATTON SANCHEZ BADIN, Michelle (2018). Reconceptualizing International Investment Law from the Global South An Introduction. MOROSINI, Fabio y RATTON SANCHEZ BADIN, Michelle (Edit.). (2018). *Reconceptualizing International Investment Law from the Global South*. Cambridge: Cambridge University Press.
- MOUYAL, Lone Wandahl (2016). *International Investment Law and the Right to Regulate - A human rights perspective*. Routledge.
- NEDUMPARA, James (2018). India's Trade and Investment Agreements. Striking a balance between investor protection rights and development concerns. MOROSINI, Fabio y RATTON SANCHEZ BADIN, Michelle (Edit.). (2018). *Reconceptualizing International Investment Law from the global south*, 188 – 217. Cambridge: Cambridge University Press.
- PERRONE, Nicolás (2021). *Investment Treaties and the Legal Imagination. How Foreign Investors Play by Their Own Rules*. Oxford: Oxford University Press.
- PERRONE, Nicolás (2020). Speed, law and the global economy: How economic acceleration contributes to inequality and precarity. *Leiden Journal of International Law*, Septiembre 2020, 557 – 576. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0922156520000242>
- RODRIG, Dani (2012). *La paradoja de la globalización*. Barcelona: Antoni Bosch.
- SINGER, Merrill (2009). *Introduction to Syndemics: A Critical Systems Approach to Public and Community Health*. San Francisco: Jossey-Bass.
- STRANGE, Susan (1996). *The Retreat of the State: The Diffusion of Power in the World Economy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- SUBSECRETARÍA DE RELACIONES INTERNACIONALES DE CHILE (2021). *Chile es notificado de la solicitud de arbitraje presentada por ADP_VINCI ante el CIADI. Comunicado* Dirección: Doblado 608, C1424 CABAprensa/noticias/detalle-noticias/2021/08/17/chile-es-notificado-de-la-solicitud-de-arbitraje-presentada-por-adp_vinciante-el-ciadi
- SUÑÉ, Natasha y DE VASCONCELOS, Raphael (2013). Inversiones y solución de controversias en el Mercosur. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de*

- Revisión*, 1(2), 195-220. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5830150.pdf>.
- TITI, Catherine (2014). *The right to regulate in International Investment Law*. Munich: Nomos.
- TUSSIE, Diana y RIGGIROZZI, Pía (2018). Claves para leer al regionalismo sudamericano: fortaleciendo el estado, regulando el mercado, gestionando autonomía. *Revista Perspectivas de las Ciencias Sociales*, 3(5). Enero-junio 2018, 6-21. Disponible en: <http://hdl.handle.net/2133/11498>
- UNCTAD (2021). International Investment Policies and Public Health. *IIA Issues Note*, Issue 2. Julio 2021. Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2021d5_en.pdf
- UNCTAD (2020). Investment policy responses to covid-19 pandemic. *Investment Policy Monitor*. Special Issue No. 4, Mayo 2020. Ginebra: UNCTAD. Disponible en: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2020d3_en.pdf
- UNCTAD (2003). *World Investment Report 2003. FDI Policies for Development: National and International Perspectives*. Disponible en: https://unctad.org/en/Docs/wir2003light_en.pdf
- WIENER, Antje (2017). A Theory of Contestation - A Concise Summary of Its Argument and Concepts. *Polity*, 49(1), 109–125. Disponible en: <https://doi.org/10.1086/690100>
- WIENER, Antje (2014). *A Theory of Contestation*. Londres: Springer.
- WEBB, Dominic (2021). *UK-Australia free trade agreement*. House of Commons Library, 3 September 2021. Disponible en: <https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-9204/CBP-9204.pdf>
- ZELICOVICH, Julieta y BAS VILIZZIO, Magdalena (2021). Mercosur's Unsettling 30th Anniversary and the Challenge of Keeping it Relevant. *Policy brief 04/2021*. Brujas: United Nations University, Institute on Comparative Regional Integration Studies. Disponible en: https://cris.unu.edu/sites/cris.unu.edu/files/PB21.04%20-%20Bas%20and%20Zelicovich_0.pdf