

# Los tratados bilaterales de inversión en las relaciones económicas internacionales

## Bilateral investments treaties in international economic relations

*Luis Castillo Argañarás\**

### Resumen

En la actualidad existen casi 3.000 tratados bilaterales de inversión. En ese sentido, el objetivo de este artículo es responder los siguientes interrogantes: a) ¿Cuáles son las causas de la proliferación de los TBI? b) ¿Cuál es su estructura básica? c) ¿Existe una nueva tendencia en la estructura de los TBI?

### Summary

Currently, there are nearly 3.000 bilateral investment treaties. Therefore, the aim of this paper is to answer the following questions: a) what are the causes behind the proliferation of BITs? b) What is its basic structure? c) Is there a new trend in the structure of the BITs?

**Palabras clave:** Inversiones extranjeras – Tratados bilaterales de inversión

**Keywords:** Foreign investments- Bilateral investments treaties

## 1. Introducción

Los tratados bilaterales de inversión (en adelante TBI) son una versión modernizada de los antiguos tratados de amistad comercio y navegación. Así, el primero de esa naturaleza fue el firmado entre Francia y los Estados Unidos de América en 1788. Este tipo de tratados tenían incorporadas disposiciones sobre inversiones.

En la actualidad, no existe un tratado multilateral que tienda a la protección de las inversiones extranjeras. A principios de 1995, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) inició las negociaciones para lograr un Acuerdo Multilateral de Inversiones.

---

\* Investigador del CONICET/UADE. Contacto: [lcastillo@uade.edu.ar](mailto:lcastillo@uade.edu.ar)

Los objetivos eran “alcanzar un marco amplio para las inversiones internacionales con altos estándares para la liberalización de los regímenes de inversión y protección de las inversiones y estableciendo procedimientos efectivos de solución de controversias” (Ortiz, 2006: 3). Ricardo Ortiz agrega que este acuerdo multilateral “intentaba reflejar también, el hecho de que cada vez más países no miembros de la OCDE se estaban convirtiendo en importantes actores en la inversión extranjera - en su rol tanto de importadores como de exportadores de capital” (Ortiz, 2006). Las negociaciones fracasan en 1998 luego de tres años de arduas negociaciones.

De esta forma, cobra importancia la bilateralidad siendo el primer tratado en esta materia el firmado entre la República Federal de Alemania y Pakistán en 1959. Vandeveldt estima que “los TBI son presentados generalmente como la quintaesencia de un documento liberal. Un típico TBI, cita en su preámbulo dos objetivos: la creación de condiciones favorables para las inversiones y nacionales de compañías de una parte en el territorio de la otra, e incrementar la prosperidad de ambos Estados. En suma, el propósito declarado de un TBI puede ser resumido en las siguientes palabras: incrementar la prosperidad a través de la inversión. El preámbulo afirma así la doctrina liberal básica según la cual la libre circulación del capital contribuye a incrementar la productividad” (Vandeveldt, 1998: 621).

En ese sentido surgen los siguientes interrogantes: a) cuáles son las causas de la proliferación de los TBI? b) ¿Cuál es su estructura básica? c) ¿Existe una nueva tendencia en la estructura de los TBI? Las respuestas a estas preguntas nos permitirán llegar a las conclusiones.

### **Las causas de la proliferación de los tratados bilaterales de inversión.**

El primer TBI fue entre la República Federal de Alemania y Pakistán de 1959; pero “en los años 1990 se observó un crecimiento, sin precedentes, de los flujos de inversión extranjera directa (IED), en niveles que superaron los montos asociados al comercio así como aquellos movilizados bajo la forma de préstamos financieros (bancarios y oficiales). Aunque los países desarrollados continuaban siendo los principales receptores de IED, un grupo de países en desarrollo comenzó a mostrar un renovado protagonismo. En este período también resurgió la inversión directa en América Latina, donde los inversores llegaron atraídos por el proceso de transformación que experimentaba la mayor parte de la región” (Mortirore y Stanley, 2006: 189).

Ricardo Ortiz, refiriéndose a la década de los años setenta, considera que era “la etapa de la industrialización por sustitución de importaciones en América Latina, en la cual los determinantes de la inversión estaban relacionados con las características de los mercados internos (fundamentalmente el tamaño y la protección arancelaria) y la ubicación respecto de las casas matrices” (Ortiz, 2006: 2); mientras que “los años ochenta y noventa mostraron el crecimiento y establecimiento de una nueva manera de inversión: la de las filiales que asumen el desarrollo de una parte del proceso productivo, integrándolo en una estrategia centralizada en la cual los diferentes eslabones de este proceso resultan en el ensamblado de un producto final, elaborado a escala mundial” (Ortiz, 2006:2). En ese orden de ideas, “la circulación internacional de estos

insumos impulsan a las corporaciones transnacionales a la búsqueda de la superación de las barreras aduaneras, avanzándose de ese modo en la instrumentación de políticas de apertura económica y de liberalización a las inversiones extranjeras por parte de los Estados nacionales” (Ortiz, 2006: 2).

John Ruggie, en su informe sobre empresas transnacionales y los derechos humanos presentado ante el Secretario General de la ONU, señala que “los más de 1.000 casos de nacionalización de empresas en los años setenta dieron lugar a la proliferación de los TBI, que ahora suman un total de casi 3.000. No obstante, en sucesivas negociaciones de los TBI, algunos importadores de capital que carecían de un poder de mercado significativo se vieron más presionados a competir entre sí aceptando disposiciones cada vez más expansivas, que limitaban su capacidad de decisión para optar por objetivos de interés público legítimos” (ONU, 2010: 7).

En ese sentido, “Jorge Bercholz, citado por Máximo Borzi de Lucía, considera que “los Estados forzados a adecuarse a las nuevas ‘reglas globales’, alteraban sus estructuras internas, en respuesta a las crecientes transformaciones que les mostraba esa flamante realidad mundial, poniéndose en crisis el modelo tradicional de los Estados nacionales. Bien se señala que dicha crisis no es sino una consecuencia lógica derivada del actual desarrollo del capitalismo, para lo cual las fronteras jurídico – políticas de los Estados nacionales resultan disfuncionales” (Borzi De Lucía, 2009:1). Este autor subraya que “desde el plano económico, el elemento central es la concentración económica en empresas y holdings multinacionales que llevan sus negocios a todas las latitudes, y cuyo patrimonio resulta muchas veces mayor al producto bruto interno de los países en vías de desarrollo receptores de aquella inversión. Estos grupos poseen un fuerte poder de negociación respecto del Estado que se apresta a recibir la inversión, forzado por las altas tasas de desempleo y por la posibilidad de acrecentar los magros ingresos fiscales” (Borzi De Lucía, 2009:1). Es por ello que se celebran los tratados bilaterales de inversión al efecto de brindar un adecuado ambiente de seguridad para las inversiones extranjeras. Mortimore y Stanley consideran que “los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) se convirtieron en el principal sostén jurídico en materia de protección y promoción de la IED, lo que permitió divulgar un nuevo sistema arbitral para dirimir casos de disputa entre inversores y países huéspedes: el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)” (Mortimore y Stanley, 2006: 189).

Andrea Gualde, refiriéndose a los TBI, considera que “desde el punto del Estado receptor de las inversiones, se ha señalado que a través de su suscripción se estimula la radicación de inversiones extranjeras en países emergentes. Para el inversor, se ha puesto el énfasis en la necesidad de contar con reglas claras. Para los países exportadores de capital, dar a sus nacionales un marco de seguridad jurídica y protección cuando invierten en países emergentes, importadores de capital” (Gualde, 2004:5). La autora citada agrega que “la distribución se verifica, en una casi mayoría, entre países centrales y periféricos (norte –sur) o entre países periféricos (sur – sur); siendo raros los casos de tratados norte – norte” (Gualde, 2004: 5).

Desde el punto de vista de las empresas transnacionales (ETN), en una encuesta realizada en el año 2007 entre 602 corporaciones por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio

y Desarrollo (UNCTAD) se preguntaba “¿en qué medida influye la existencia de un acuerdo internacional (por ejemplo, un tratado bilateral de inversión) en las decisiones de su empresa sobre que mercado invertir? Casi una cuarta parte de las ETN participantes respondieron que se basaban en los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII), incluidos los TBI, ‘en gran medida’, y otro 48% de ETN que los tenía en cuenta ‘en absoluto’, y el 9% restante respondió ‘no sabe’. Esto significa que en una abrumadora mayoría de más de 70 % de las ETN participantes en la encuesta, los AII influían a la hora de tomar decisiones en materia de inversión” (ONU, 2009: 48). En la misma encuesta se indagaba sobre el rol de los TBI entre los factores que influían en las decisiones de las ETN sobre las inversiones. De la encuesta surgía que “esos tratados se tenían en cuenta para determinar si convenía o no intervenir en países en desarrollo y economías en transición de Europa Central y Oriental y en la Comunidad de Estados Independientes” (ONU, 2009: 48) En los resultados de la encuesta se subrayaba que “factores como la estabilidad macroeconómica y política se identificaban como los factores más importantes que afectaban a las decisiones sobre inversión y que ‘el fortalecimiento del entorno normativo e institucional’ era el aspecto citado con más frecuencia en el que los países en desarrollo podían incrementar su atractivo para la IED” (ONU, 2009: 49).

### **Estructura básica de los tratados bilaterales de inversión.**

Mediante la firma de los TBI, los Estados buscan brindar protección a las inversiones que realizan sus nacionales en el territorio del otro Estado parte. Por lo general tienen una estructura básica que contienen determinadas cláusulas típicas. No obstante, “registran importantes matices que deben ser tenidos en cuenta cuando se discuten controversias de inversión” (Gualde, 2004: 5). En ese orden de ideas, en los TBI podemos observar:

#### **1. Concepto de Inversión e Inversor**

Es lo que se denomina ámbito de protección del tratado. El bien jurídico protegido es la “inversión”; mientras que el titular de ese bien es el “inversor”. Suelen ser definidos con criterio amplio. Así, en el TBI entre Argentina y España<sup>1</sup> se establecen las siguientes definiciones:

*“1. (...) el término "inversores" designa:*

*a) las personas físicas que tengan su domicilio en una de las Partes y la nacionalidad de esa Parte, de conformidad con los acuerdos vigentes en esta materia entre los dos países:*

*b) las personas jurídicas, incluidas compañías, sociedades mercantiles y otras organizaciones que se encuentren constituidas según el derecho de esa Parte y tengan su sede en el territorio de esa misma Parte.*

---

<sup>1</sup> Firmado el 3 de Octubre de 1991 y entró en vigor el 28 de Septiembre de 1992. Disponible en [http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/ARG\\_Spain\\_s.pdf](http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/ARG_Spain_s.pdf) (última consulta realizada el 1/3/11)

2. — El término "inversiones" designa todo tipo de haberes, tales como bienes y derechos de toda naturaleza, adquiridos o efectuados de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión y en particular, aunque no exclusivamente, los siguientes:

— acciones y otras formas de participación en sociedades;

— derecho derivados de todo tipo de aportaciones realizadas con el propósito de crear valor económico, incluidos los préstamos directamente vinculados a una inversión específica, hayan sido o no capitalizados;

— los bienes muebles e inmuebles, así como los derechos reales tales como hipotecas, privilegios, prendas, usufructos y derechos análogos;

— todo tipo de derechos en el ámbito de la propiedad intelectual, incluidas patentes de invención y marcas de comercio, así como licencias de fabricación y "know-how";

— derechos para realizar actividades económicas y comerciales otorgados por la ley o en virtud de un contrato, en particular los relacionados con la prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales.

El contenido y alcance de los derechos correspondientes a las diversas categorías de haberes estarán determinados por las leyes y reglamentaciones de la Parte en cuyo territorio esté situada la inversión.

Ninguna modificación de la forma jurídica según la cual los activos y capitales hayan sido invertidos o reinvertidos deberá afectar su calificación de inversiones de acuerdo con el presente Acuerdo.”

El TBI entre Argentina con Estados Unidos es tan amplio que incluye los contratos de Estado en su Art. 1. “(v) cualquier derecho conferido por ley o **contrato**, y cualesquier licencia y permiso de conformidad con la ley”.<sup>2</sup>

## 2. Cláusula de la Nación más Favorecida

Es uno de los estándares que integran el derecho sustantivo creado por los TBI. Borzi de Lucia considera que mediante esta disposición se “pretende asegurar a las inversiones un trato no menos favorable que el otorgado por la Parte receptora de la inversión a los inversores nacionales o de terceros Estados. Como advierte Bevillaqua, la cláusula de nación más favorecida produce la universalización de la base jurídica de los tratados en sus aspectos más favorables al inversor. Esto significa, que los beneficios que acuerde el Estado a sus nacionales o, a los inversores de un determinado país a través de los TBI, alcanzan a todos los inversores extranjeros de Estados que hayan celebrado TBI con el Estado receptor de la inversión” Borzi De Lucia, 2009: 2).

La aplicación de la cláusula de la Nación más favorecida fue interpretada con sentido amplio en el caso “Maffezini V. Reino de España s/ excepciones a la jurisdicción.” (CIADI, 2000). En este laudo del CIADI, se puntualizó que “(...) si un tratado contiene disposiciones para la solución de

<sup>2</sup> Firmado el 14 de noviembre de 1991 y entró en vigor el 20 de octubre de 1994. Disponible en [http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITS/US\\_Argentina\\_e.asp](http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITS/US_Argentina_e.asp) (Última consulta realizada el 1/04/11)

*controversias que sean más favorables para la protección de los derechos en intereses del inversor que aquellos del tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula de la Nación más favorecida”* (CIADI, 2000: 56) . Se extiende de esta manera esta protección al ámbito procesal.

### 3. Umbrella Clause

Hay que tener en consideración si en el tratado existe una “umbrella clause” o “cláusula de ámbito general”. Se señala que “no existe una certidumbre absoluta sobre la naturaleza y el efecto precisos de esas cláusulas. Por un lado, se ha sostenido que dichas disposiciones protegen los derechos contractuales de un inversor frente a cualquier injerencia en que se hubiese incurrido por el simple incumplimiento del contrato o de disposiciones administrativas o legislativas” (ONU, 2004: 16). Un ejemplo puede ser el Art. 2, 2) del BIT entre Santa Lucía y Reino Unido celebrado en 1983 que establece:

*“cada Parte contratante observará las obligaciones que haya contraído con respecto a las inversiones de nacionales o empresas de la otra Parte contratante”* (ONU, 2004: 16).

Se considera que en un TBI “se incorpora una disposición de esa naturaleza para evitar la incertidumbre y poder determinar con certeza si esos incumplimientos del contrato constituyen o no infracciones del Derecho Internacional general. No obstante, no queda claro si el propio inversor extranjero puede invocar el cumplimiento de la obligación que se ha creado respecto de los dos Estados partes en contrato” (ONU, 2004: 17).

Esta situación ha dado lugar a laudos de tribunales arbitrales. Un primer caso, *SGS Société Générale de Surveillance S.A vs. Islamic Republic of Pakistan* (ICSID, 2003). El tribunal debía interpretar el Art. 11 del BIT de 1995 firmado entre Pakistán y Suiza debido a que SGS es una empresa radicada en este país. El artículo en cuestión expresaba: “ambas partes contratantes garantizarán constantemente la observancia de los compromisos que hayan contraído respectivamente en relación con las inversiones de la otra parte contratante”.<sup>3</sup> El Tribunal entendió que “todos los incumplimientos de los contratos de cada uno de los Estados con inversores extranjeros del otro Estado se convertirán inmediatamente y serán considerados como incumplimientos del TBI” (ICSID, 2003); aunque no existía “prueba clara y persuasiva de que esa fuera de hecho la intención de Suiza y Pakistán al adoptar el Art. 11 del TBI” (ICAID, 2003).

Un segundo caso, es *SGS Société Générale de Surveillance S.A vs. Republic of the Philippines* (ICSID, 2004). En esta oportunidad, el Tribunal “abordó nuevamente la cuestión del efecto de una cláusula de ámbito general. Si bien en el contrato entre SGS y Filipinas se preveía que las controversias en el marco del contrato pertenecerían exclusivamente a la jurisdicción de los tribunales de Filipinas. SGS inició los procedimientos de arbitraje ante el CIADI alegando que su reclamación en el marco del contrato podía ser considerada una reclamación en el marco de un

---

<sup>3</sup> Disponible en [http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/switzerland\\_pakistan\\_fr.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/switzerland_pakistan_fr.pdf)

(última consulta 31 de Enero de 2011).

tratado de conformidad con la cláusula de ámbito general del TBI entre Filipinas y Suiza” (ONU, 2004). El Tribunal cambió su postura con respecto al caso anterior y señaló que la cláusula de ámbito general “transforma en un incumplimiento del TBI para el Estado receptor la falta de observancia de los compromisos obligatorios, incluyendo compromisos contractuales, que éste ha asumido respecto de inversiones específicas: Pero esto no convierte el problema de la *extensión* o *contenido* de tales obligaciones en una cuestión de Derecho Internacional” (ICSID, 2004).

En el caso *CMS v. Argentina* (Comité Ad Hoc sobre Anulación) se señaló que “el efecto de una cláusula paraguas no es transformar la obligación en que se basa en algo distinto; el contenido de la obligación se mantiene inalterado, tal como su derecho aplicable. Si esto es así, pareciera que las partes de la obligación (i.e., las personas vinculadas por ella y facultadas para basarse en ella) tampoco son afectadas en razón de la cláusula paraguas” (CIADI, 2007: 27). Honlet y Borg señalan que ésto es una remisión al caso *SGS v. Filipinas* (Honlet y Borg, 2008: 13). Así, “una cláusula paraguas no debe convertir cuestiones de derecho contractual en cuestiones de derecho de tratados” (Honlet y Borg, 2008: 13).

#### 4. Cláusulas de Estabilización

Máximo Borzi de Lucia considera que “constituyen el standard que mejor ilustran la rigidez en que se describen los TBI, los efectos que producen en el derecho interno y los condicionamientos que provocan sobre las políticas públicas estatales” (Borzi De Lucia, 2009: 2). El jurista citado agrega que estas cláusulas “garantizan que en caso que sea modificada la normativa aplicable en relación con la inversión realizada, tal alteración no se aplique ni derogue la legislación vigente al momento de realizarse el tratado” (Borzi De Lucia, 2009: 2). El TBI entre Argentina y Panamá contiene este tipo de cláusula en su Art. 3 Inc. 1 que establece “*Ninguna de las Partes Contratantes tomará directa o indirectamente medidas de expropiación o de nacionalización, ni ninguna otra medida similar, incluyendo modificación o derogación de leyes (...)*”<sup>4</sup>

Granato y Oddone estiman que esta “cláusula busca establecer el compromiso del Estado contratante de no aplicarle al inversor extranjero una nueva legislación que se dicte más adelante y que lo afecte de manera desfavorable. El alcance y extensión de dicha cláusula ha importado generalmente la asunción de obrar de buena fe, y, eventualmente, la obligación de indemnizar al inversor en los supuestos que tales cambios normativos unilaterales produzcan daños o incumplimientos contractuales” (Granato y Oddone, 2006: 8).

#### 5. Expropiación

---

<sup>4</sup>Firmado el 10/5/1996. Entró en vigor el 22/6/1998. Disponible en [http://www.sice.oas.org/BITS/argpan\\_s.asp](http://www.sice.oas.org/BITS/argpan_s.asp) (Última consulta realizada 5/4/11).

Tradicionalmente los acuerdos que protegen las inversiones extranjeras las han protegido de las expropiaciones ilegales. En general, estos acuerdos “permiten a los países expropiar las inversiones extranjeras sobre una base no discriminatoria, para propósitos de utilidad pública, y mediante el pago de una compensación” (ONU, 2007: 44).

Según Agustín Rodríguez y Galletta de Rodríguez, “la expropiación es una compraventa forzosa de carácter administrativo para el beneficio comunitario (...). La calificación de utilidad pública que constitucionalmente corresponde efectuar al Congreso, por ser un acto político, no es revisable judicialmente, salvo excepción de notoria arbitrariedad descalificante (...). No es constitucional ni legal una indemnización no justa y es justa cuando restituye al propietario el mismo valor económico de que se lo priva y cubre, además los daños y perjuicios que son consecuencia inmediata de la de la expropiación” (Rodríguez y Galletta de Rodríguez, 2008: 100).

Granato y Oddone estiman que la “indemnización ha sido una de las cuestiones que mayores controversias generó en la medida en que numerosos países en desarrollo receptores de capital, han argumentado que se trata de una materia propia de la competencia local y que debe ser determinada por la legislación y tribunales locales, cuestión no compartida por los países exportadores de capital” (Granato y Oddone, 2006: 8).

El CIADI, en el caso *Eastern Sugar v. Czech Republic*, consideró que la violación de una cláusula sobre expropiación en un TBI podría ser aplicable solo si “existe una sustancial privación de la totalidad de la inversión o de una parte sustancial de la misma”.<sup>5</sup>

## 6. Solución de Controversias

Tradicionalmente la protección diplomática era el mecanismo previsto por el Derecho Internacional para proteger a los inversores extranjeros. Ejemplos son los casos ante la Corte Internacional de Justicia conocidos como *Barcelona Traction Light & Power* (1971) y *Eletronica Sicula* (1989), entre otros. Así, “el particular cuyos intereses eran afectados por la política de un Estado podía acudir a la ‘protección diplomática’, una herramienta que permitía a su Estado Nacional asumir como propio el caso y reclamar diplomáticamente ante el otro la protección de sus derechos” (Nieto Navia, 2007: 35). Este instituto fue siendo dejado de lado paulatinamente desde la aparición de un régimen especial de protección a las inversiones extranjeras.

Los TBI estipulan distintas etapas antes de llegar al arbitraje. Por ejemplo, el Tratado entre Argentina y España, citado anteriormente, estipula en su Artículo IX:

“1. — *Cualquier controversia entre las Partes relativa a la interpretación o aplicación del presente Acuerdo será resuelta, hasta donde sea posible, por medios diplomáticos.*”

---

<sup>5</sup> *Eastern Sugar B. V. v. Czech Republic*, SCC Case Nº 088/2004. Final Award, 12 April 2007



2. — *Si el conflicto no pudiera resolverse de ese modo en el plazo de seis meses desde el inicio de las negociaciones será sometido, a petición de cualquiera de las dos partes, a un Tribunal de Arbitraje.*”

Algunos TBI estipulan el agotamiento de los recursos internos. La Corte Internacional de Justicia en el caso *Interhandel* sentenció que “la regla según la cual se deben agotar los recursos internos antes de acudir a un procedimiento internacional es una regla bien establecida del Derecho Internacional consuetudinario” (ICJ, 1959: 27). El TBI entre Gran Bretaña y la República Argentina exige el agotamiento de los recursos internos en un plazo de 18 meses (Art. 8 Inc. 2).<sup>6</sup> Asimismo, el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados en su Art. 26 establece: “*Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a ese convenio.*”

Andrea Gualde estima que se pueden clasificar los distintos mecanismos previstos en dos categorías que denomina “procedimiento alternativo y escalonado” (Gualde, 2004: 12). La jurista citada, considera que “según el procedimiento alternativo, el inversor pasado el período de maduración o negociación amistosa, puede elegir entre someter su controversia a los tribunales nacionales – o a los tribunales del Estado receptor de la inversión- o al arbitraje internacional, en cualquiera de sus variantes. Esta elección, denominada ‘bifurcación de caminos’ (‘fork in the road’) según la jurisprudencia del CIADI, es excluyente en la mayor parte de los casos, lo que implica que elegida una vía no puede tomarse la otra” (Gualde, 2004: 12), y agrega que “según el procedimiento escalonado, existe la obligación para el inversor de transitar la jurisdicción local del Estado receptor de la inversión durante un lapso estipulado en el instrumento, el que en términos generales puede estimarse en dieciocho meses. Transcurrido ese tiempo sin resolución se activan los restantes mecanismos de solución de controversias” (Gualde, 2004: 12). No obstante, de acuerdo al laudo en el caso *Emilio Maffezini v Reino de España* se permite que el inversor pueda optar por cualquiera de estos procedimientos.<sup>7</sup>

### ¿Una nueva generación de tratados bilaterales de inversión?

El normal desarrollo de las relaciones internacionales está produciendo un cambio en la estructura de los TBI. Tradicionalmente en sus normas solo tenían incorporadas cuestiones relacionadas a política de desarrollo económico. En la actualidad toman en consideración aspectos vinculados con salud, ambiente, cuestiones laborales, desarrollo científico tecnológico, etc. A continuación, ejemplificaremos con algunos TBI.

<sup>6</sup> Firmado el 11 de diciembre de 1990. En vigor desde el 19 de febrero de 1993. Disponible en [http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/ARG\\_UK\\_1993.pdf](http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITs/ARG_UK_1993.pdf) (última consulta 5/4/2011).

<sup>7</sup> Maffezini, Emilio Agustín v Reino de España s/Excepciones a la Jurisdicción. (Caso ARB/97/7)

### 1. Desarrollo Científico – Tecnológico:

En el preámbulo del Convenio sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la Federación Rusa<sup>8</sup>, se señaló:

*“El Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la Federación de Rusia, denominados en adelante las “Partes Contratantes”,*

*Con el deseo de crear condiciones favorables para la realización de las inversiones de los inversores de una de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante;*

*Reconociendo que la promoción y la protección recíproca de las inversiones de capital sobre la base del presente Convenio contribuirá al **desarrollo de la cooperación económico-comercial y científico-técnica mutuamente ventajosa**”.*

### 2. Protección de Salud y Recursos Naturales

En el TBI entre el Gobierno de Australia y la República de la India firmado el 26 de febrero de 1999, se estableció en su Art. 15:<sup>9</sup> “Ninguna disposición del presente Acuerdo impedirá a la Parte Contratante receptora de adoptar, de conformidad con sus leyes aplicarse de manera razonable y sobre una base no discriminatoria, las medidas necesarias para la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad o para la prevención de enfermedades o plagas.”

En el Tratado Bilateral entre Suiza y la Republica de Mauricio firmado en 1998 se estipuló en su Art. 11:<sup>10</sup>

*“Otras Normas y compromisos específicos: (...)*

*(3) Ninguna disposición del presente Tratado se interpretará para impedir a una Parte Contratante de adoptar cualquier medida necesaria para la protección de sus intereses esenciales de seguridad o por razones de **salud pública o la prevención de enfermedades en animales y planta.**”.*

### 3. Cuestiones ambientales

En el TBI entre Holanda y Mozambique del año 2001, en su preámbulo se consignó:<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Firmado el 20 de Noviembre de 2000. Argentina lo ratificó por Ley 25.353. Disponible en [http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITS/ARG\\_Russia\\_s.pdf](http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITS/ARG_Russia_s.pdf) (última consulta 5/4/2011).

<sup>9</sup> Disponible en [http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/australia\\_india.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/australia_india.pdf) (Ultima consulta 5/4/11)

<sup>10</sup> Disponible en [http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/mauritius\\_switzerland.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/mauritius_switzerland.pdf) (Ultima consulta 5/4/11)

*“Acordando que estos objetivos pueden lograrse sin perjuicio de la **salud, la seguridad y las medidas ambientales** de aplicación general”.*

Holanda y Costa Rica en su TBI (1999) en el Art. 10 establecieron: <sup>12</sup>

*“Las disposiciones de este Acuerdo se aplicarán, desde la fecha de su entrada en vigor, a todas las inversiones realizadas ya sea antes o después de su entrada en vigor, por inversionistas de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante de conformidad con las leyes y reglamentos de ésta última, incluyendo sus leyes y reglamentos relativos a **empleo y medio ambiente**”.*

#### 4. Cuestiones laborales

En materia laboral el TBI entre Finlandia y Nicaragua (2003) en su preámbulo señaló: <sup>13</sup>

*“RECONOCIENDO que el desarrollo de lazos económicos y comerciales, puede promover el respeto a **derechos laborales internacionalmente reconocidos**”.*

El preámbulo del TBI entre Austria y Bosnia Herzegovina (2000) señala: <sup>14</sup>

*“REAFIRMANDO su compromiso con la **observancia de las normas laborales internacionalmente reconocidas**”.*

### Consideraciones generales.

El campo de los tratados bilaterales de inversión es uno de los que más atrae la atención en el área de las relaciones económicas internacionales donde los principales protagonistas son las empresas transnacionales y los Estados. El desarrollo de un cuerpo normativo relativo a la protección de las inversiones extranjeras está vinculado a los negocios internacionales que involucran a los mercados que van desde Estados Unidos y Europa Occidental hasta América Latina, Asia y África. La irrupción de las empresas o corporaciones transnacionales fue un

---

<sup>11</sup> Disponible en : [http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/netherlands\\_mozambique.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/netherlands_mozambique.pdf) (Ultima consulta 5/4/11)

<sup>12</sup> Disponible en [http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/costarica\\_netherlands\\_sp.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/costarica_netherlands_sp.pdf) (Ultima consulta 5/4/11).

<sup>13</sup> Disponible en [http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/finland\\_nicaragua\\_esp.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/finland_nicaragua_esp.pdf) (Ultima consulta 5/4/11).

<sup>14</sup> Disponible en [http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/austria\\_bosnia.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/austria_bosnia.pdf) (Ultima consulta 5/4/11).

fenómeno que despertó y aceleró el debate sobre los aspectos relacionados a su protección jurídica en otras latitudes distintas a las de su origen.

Esta regulación jurídica que protege a las inversiones extranjeras de las corporaciones transnacionales generó un régimen especial formado principalmente por tratados que las protegen. Ellos contienen tradicionalmente una estructura básica de aspectos que no pueden estar ausentes en un sistema de protección a extranjeros. En ese sentido, las cláusulas paraguas (umbrella clause), sobre nación más favorecida, estabilización, expropiación y solución de controversias no pueden estar ausentes. No obstante, una nueva generación de tratados bilaterales de inversión se está abriendo paso a partir del inicio de este siglo.

La nueva tendencia de estos tratados es, sin abandonar los aspectos económicos, considerar la protección de la salud, los recursos naturales, el ambiente y las condiciones laborales en el Estado receptor de la inversión. En ese sentido y de acuerdo a esta nueva generación de tratados, este régimen relativo a las inversiones extranjeras podrá lograr un adecuado sistema de protección para las dos partes involucradas en los negocios internacionales.

### **Bibliografía.**

BORZI DE LUCIA, Máximo (2009) “Los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones Extranjeras y sus Efectos en el Derecho Público Argentino” en *El Dial*. DC109F (publicado el 20/04).

GRANATO, Leonardo y Carlos ODDONE, Carlos (2006) “La Protección Internacional del Inversor Extranjero a través de los Acuerdos Bilaterales de Inversión”. En *Cuaderno de Negocios Internacionales e Integración*. Facultad de Ciencias Empresariales. Universidad Católica de Montevideo. 2006.

GUALDE, Andrea (2004) “Las Implicancias del Arbitraje Internacional en el Derecho Internacional y en el Derecho Interno de los Estados”. En revista *LexisNexis On Line*. Lexis Nº 003/010516, (publicado el 5/5).

HONLET, Jean – Christophe y Guillaume BORG (2008) “The Decision of the ICSID Ad Hoc Committee in CMS v. Argentina Regarding the Conditions of Application of an Umbrella Clause: SGS v. Philippines Revisited”. En VV.AA. *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*.

MORTIMORE, Michael y Leonardo STANLEY (2006) “La Argentina y los Tratados Bilaterales de Inversión: El Costo e los Compromisos Internacionales”. En revista *Desarrollo Económico*, Vol. 46, Nº 182, Julio – Septiembre.

NIETO NAVIA, Rafael (2007) “La paradoja del auge del arbitraje de inversión: ¿están los Estados reconsiderando su apoyo al arbitraje? El caso argentino” en MANTILLA SERRANO, Fernando (Coordinador) *Arbitraje Internacional. Tensiones Actuales*. Comité Colombiano de Arbitraje. Legis. Colombia.

ORTIZ, Ricardo (2006) “Los tratados bilaterales de inversiones y las demandas en el CIADI: la experiencia argentina a comienzos del siglo XXI”. En *Informe de FOCO - Foro Ciudadano por la Justicia y los Derechos Humanos. Argentina*. Informe elaborado por encargo del FDCL - Centro de Documentación e Investigación Chile-Latinoamérica, Berlín, Alemania.

RODRIGUEZ, Agustín y Beatriz GALLETTA de RODRIGUEZ (2008) *Constitución Nacional. Comentada, concordada. Anotada con Jurisprudencia*. García Alonso. Buenos Aires.

VANDEVELDE, Kenneth (1998) “The political economy of bilateral investment treaty”. En revista *The American Journal of International Law*, Vol. 92, October.

### Documentos.

CIADI (2000) *Caso ARB/97/7*.

CIADI (2007) *Caso N° ARB/01/8. CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*. (Procedimiento de Anulación). Decisión del Comité Ad Hoc sobre la solicitud de Anulación de la República Argentina. Fecha de envío a las Pates: 25 de Septiembre de 2007. Para 95 (c).

ICJ, *Recueil* (1959).

ICSID (2003) *Case N° ARB/01/13. SGS Société Générale de Surveillance S.A vs. Islamic Republic of Pakistan*. Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction. August 6.

ICSID (2004) *Case N° ARB/02/6. SGS Société Générale de Surveillance S.A vs. Republic of the Philippines*. Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction. January 29.

NACIONES UNIDAS, UNCTAD (2004) *State Contract*.

NACIONES UNIDAS, UNCTAD (2007) *Bilateral Investment Treaties 1995- 2006: Trends in Investment Rulemaking*. New York and Geneva.

NACIONES UNIDAS, UNCTAD (2009) *El Papel de los Acuerdos Internacionales de Inversión en la Atracción de Inversión Extranjera Directa Hacia los Países en Desarrollo*. Nueva Cork y Ginebra.

NACIONES UNIDAS (2010) *Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos. Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, John Ruggie. Empresas y Derechos Humanos: nuevas medidas para la puesta en práctica del marco “proteger, respetar, remediar”. Doc. A/HRC/14/27, 9 de abril.