

v. 01, n° 01 - jan/jun 2021

ISSN 2763-8685



# LATIN AMERICAN JOURNAL OF EUROPEAN STUDIES



Co-funded by the  
Erasmus+ Programme  
of the European Union



# Table of Contents

<b>Editorial</b>	<b>6</b>
<b><u>DOSSIER: EU-Latin America trade and investment relations</u></b>	
<b>Las relaciones Eurolatinoamericanas en el marco de la nueva política comercial de la Unión Europea</b>	<b>14</b>
<i>Carlos Francisco Molina del Pozo</i>	
<b>Environmental conditionality in Eu-Latin America trade relations</b>	<b>38</b>
<i>Giulia D’Agnone</i>	
<b>El derecho de los tratados en el arbitraje de inversión intra-Unión Europea</b>	<b>64</b>
<i>Rafael Tamayo-Álvarez</i>	
<b>Sistema de solución de controversias en materia de inversiones en los tratados negociados por la Unión Europea con México y el Mercosur (2019/2020): Un estudio comparativo</b>	<b>109</b>
<i>Gabriela Teresita Mastaglia</i>	
<b>Uma década de política europeia de investimento estrangeiro – balanço e perspectivas futuras</b>	<b>139</b>
<i>Maria João Palma</i>	
<b>Unión Europea-América Latina y el Caribe: comercio e inversión y el acuerdo de asociación Unión Europea-Mercosur en su pilar comercial y sus potenciales efectos en el sector agroindustrial</b>	<b>157</b>
<i>Silvia Simonit</i>	
<b>La integración Centroamericana y el acuerdo de asociación entre esa región y la Unión Europea</b>	<b>200</b>
<i>Nancy Eunice Alas Moreno</i>	

**A cooperação jurídica dentro da União Europeia e do Mercosul: 231**

a agilização do processo civil internacional no âmbito da regionalização

*Marcel Zernikow*

**A abertura ao comércio internacional da contratação pública no Brasil: 254**

entre o Acordo sobre Compras Governamentais (GPA) e o acordo EU/Mercosul

*Nuno Cunha Rodrigues*

**ARTICLES**

**Data protection implications through an inner-connected world: 297**

European Union's contributions towards the brazilian legislative scenario

*Beatriz Graziano Chow*

*Clarisse Laupman Ferraz Lima*

**A União Europeia e a questão Turco-Cipriota: 319**

aspectos normativos, geopolíticos e migratórios

*Clarice Rangel Schreiner*

*Eveline Vieira Brígido*

*Roberto Rodolfo Georg Uebel*

**INTERVIEW**

**Por uma aliança estratégica Mercosul e União Europeia: 356**

O papel da Europa para o fortalecimento da Sustentabilidade  
Entrevista com Ignacio Ybañez - Embaixador da União Europeia no Brasil

*Jamile Bergamaschine Mata Diz*

# **Sistema de solución de controversias en materia de inversiones en los tratados negociados por la Unión Europea con México y el Mercosur (2019/2020):**

Un estudio comparativo

*Gabriela Teresita Mastaglia<sup>1</sup>*

**RESUMEN:** El presente trabajo tiene por objetivo determinar a partir de una muestra acotada el régimen jurídico aplicable al sistema de solución de controversias sobre inversiones en el relacionamiento a futuro de la Unión Europea y Latinoamérica y su posible evolución, así como si dicha progresión podrá ser o no ser homogénea en la región. A tal efecto se ha encarado un estudio comparativo de dos acuerdos negociados, mas no vigentes, entre países de distintas subregiones de Latinoamérica, específicamente los alcanzados con México y el MERCOSUR. Si bien este último se inscribe en los procesos de integración, por sus tensiones internas y el estancamiento en su desarrollo, se presenta fundamentalmente como una plataforma de negociación internacional para sus países miembros de cara a terceros, lo que hace que lo torne de mayor interés como objeto de estudio puesto que los intereses nacionales de cada uno de ellos adquieren una mayor relevancia que los intereses comunes en el desarrollo de tales negociaciones y los acuerdos arribados. Las diferencias en las relaciones externas construidas en los últimos treinta años por México por una parte y el MERCOSUR por otra, la capacidad de adaptación política y económica de los Estados involucrados ante un escenario cambiante a nivel mundial originado por crisis de distinta naturaleza, tanto de cara a su realidad interna como externa, resultan factores condicionantes de los acuerdos que puedan celebrarse en materia de inversiones, aun mediando la flexibilidad en las

---

1. Abogada. Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora Ordinaria Titular de las cátedras Derecho Internacional Público y Organismos Internacionales en los Departamentos de Derecho y de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de la Facultad "Teresa de Ávila" de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

negociaciones que caracteriza a la política de la Unión Europea a ese respecto.

**PALABRAS – CLAVE:** Inversiones; Unión Europea; Latinoamérica.

**Investment dispute settlement in the agreements negotiated by the European Union with Mexico and Mercosur (2019/2020):**

A comparative study

**ABSTRACT:** The aim of this paper is to determine, on the basis of a limited sample, the legal regime applicable to the dispute settlement system on investments in the future, in the framework of the relationships between the European Union and Latin America, and its possible development, as well as whether or not this progression could be homogeneous in the region. To this end, it has been undertaken a comparative study of two agreements negotiated, but not yet in force, between countries of different sub-regions of Latin America, specifically those reached with Mexico and the MERCOSUR. Although the latter is part of an integration process, due to its internal tensions and stagnation in its development, it has become mainly an international negotiating platform for its member countries vis-à-vis third parties, which makes it of greater interest as an object of study, given that the national interests of each of them acquire greater relevance than common interests in the development of such negotiations and the agreements reached. The differences in the external relations built up over the last thirty years by Mexico on the one hand and MERCOSUR on the other, the capacity for political and economic adaptation of the states involved in view of a changing global scenario caused by crises of different natures, both internally and externally, are conditioning factors for the agreements that may be concluded in the area of investment, even with the flexibility in negotiations that characterizes the European Union's policy in this respect.

**KEY-WORDS:** Investments; European Union; Latin America.

**SUMARIO:** Introducción; 1. Los acuerdos negociados. Inversiones extranjeras y sistema de solución de diferencias; 2. El Acuerdo de Asociación MERCOSUR – UE; 2.1. Inversiones; 2.2 Solución de diferencias; 3. El Acuerdo UE – México; 3.1 Inversiones; 3.2. Solución de diferencias; 4. Dos acuerdos. Dos modelos diferenciados; Consideraciones finales; Referencias bibliográficas.

## Introducción

El Acuerdo de Asociación negociado entre el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y la Unión Europea (UE) ha generado grandes expectativas en materia comercial puesto que, de entrar en vigor, llevaría a constituir un mercado con más de 780 millones de consumidores con escasos aranceles, ampliando las oportunidades de exportación a las empresas con beneficios para los consumidores de ambos bloques.

Paralelamente a ello, los Estados Unidos de México (México) ha renegociado con la UE un acuerdo previo ya vigente entre ellos, el denominado Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación -Acuerdo Global- (Acuerdo Global), que implica en los hechos un paso hacia una etapa más avanzada en sus relaciones comerciales y de inversión. Ambos acuerdos tienen como característica común el hecho de que involucran directamente a países de Latinoamérica, sin perjuicio de lo cual no puede inferirse necesariamente que respondan a idénticos modelos de acuerdo de los impulsados actualmente por la UE, que intenten regular las mismas materias o que incorporen iguales cláusulas.

Fuera del contexto de las relaciones comerciales, las que constituyen su principal objetivo, no ha de perderse de vista el delicado tema de las inversiones y, especialmente, del sistema de solución de diferencias en ese ámbito, clave para el crecimiento de las economías latinoamericanas. El interrogante que surge a este respecto es cuál ha sido el tratamiento que se le ha dado

en ambos acuerdos, cuál es el posicionamiento de los actores latinoamericanos involucrados y, en definitiva, qué perspectivas se abren para los inversores europeos en dos subregiones de Latinoamérica bien diferenciadas por sus realidades geopolíticas y por su relacionamiento externo en lo comercial en las últimas épocas, considerando que México se encuentra vinculado al NAFTA y a la Alianza del Pacífico y el MERCOSUR resulta ajeno a esos procesos, presentando a su vez un complejo escenario intracomunitario y con un miembro – Brasil- que no participa del sistema tradicional de soluciones de diferencias inversor- Estado, al que no son ajenos los restantes países integrantes del bloque.

### **1. Los acuerdos negociados:** Inversiones extranjeras y sistema de solución de diferencias

La UE y el MERCOSUR cerraron las negociaciones de un acuerdo de libre comercio el 28/06/2019 denominado Acuerdo de Asociación Mercosur – Unión Europea.

La UE y México concluyeron el 28/04/2020 las negociaciones para la modernización del tratado de libre comercio que los vincula, el denominado Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación (Acuerdo Global) que establece los objetivos y mecanismos para la liberización del comercio de bienes y de servicios, en vigor desde el año 2000.

La UE es el tercer socio comercial de México y la segunda fuente de inversión extranjera directa. El comercio entre México y la UE ascendió a la suma de 75,5 mil millones de dólares, donde las exportaciones mexicanas alcanzaron casi 25 mil millones de

dólares. Por su parte, las inversiones de los 27 países de la UE en México alcanzaron cerca de 180 mil millones de dólares.<sup>2</sup>

Los tratados negociados *supra* referidos deberán cumplimentar varias etapas de un procedimiento complejo antes de entrar en vigor, puesto que la conclusión de las negociaciones marca el inicio de un proceso que puede ser tan complejo como la propia negociación. Primero, los acuerdos necesitan pasar por una revisión jurídica que, una vez finalizada, da lugar a la traducción en las 24 lenguas oficiales de la UE. Recién alcanzado el texto final, junto a sus respectivas traducciones, se pasa a la firma del tratado. Tras la firma, todos los parlamentos europeos y las legislaturas de los países miembros del MERCOSUR deben aprobarlos para su posterior ratificación, para finalmente entrar en vigencia en el tiempo que se establezca en el texto final.

Ambos acuerdos presentan dos diferencias medulares en materias de inversiones. El acuerdo celebrado con el MERCOSUR no contempla un capítulo específico sobre inversiones ni un sistema de solución de controversias exclusivamente circunscripto a esta materia, a diferencia del acuerdo celebrado con México que incluye un capítulo sobre inversiones y regula un procedimiento para las controversias que se susciten a su respecto.

---

2. Organización de los Estados Americanos, *México y la Unión Europea concluyen proceso de negociación de la modernización del TLCUEM*, disponible en [http://www.sice.oas.org/tpd/mex\\_eu/Modernization\\_process/mod\\_commercial\\_pillar\\_s.pdf](http://www.sice.oas.org/tpd/mex_eu/Modernization_process/mod_commercial_pillar_s.pdf).



## **2. El acuerdo de asociación Mercosur – UE**

### **2.1. Inversiones**

Como ya fuera anticipado el acuerdo no incluye un capítulo específico sobre inversiones, sin perjuicio de lo cual se han contemplado provisiones sobre inversiones en el Capítulo 8 relativo a servicios y establecimiento (por establecimiento se entiende la liberalización de las inversiones).

Así en el texto del resumen de los resultados se menciona que el acuerdo proporcionará oportunidades nuevas e importantes para que las empresas presten servicios y establezcan puntos de apoyo a ambos lados del Atlántico, incluso en sectores cerrados hasta ahora, como los servicios marítimos.

Se destaca que el acuerdo permitirá eliminar obstáculos discriminatorios innecesarios y proporcionar nuevas oportunidades de inversión a través del establecimiento tanto en el sector de los servicios como en la industria manufacturera.

Se ha contemplado la liberalización de las inversiones (establecimiento), tanto en el sector de los servicios como en otros sectores, aclarando que ello no comprende las normas de protección de las inversiones ni la solución de controversias en relación con la protección de la inversión.

En conclusión, el acuerdo en su texto final en principio solo ha de regular la liberalización de las inversiones, mas no su protección.

Los acuerdos marcos de cooperación bilaterales celebrados con los cuatro países miembros originales del MERCOSUR (Argentina,

Brasil, Uruguay y Paraguay) y la Comunidad Económica Europea (CEE) incluyen algunas disposiciones sobre inversiones.<sup>3</sup>

Las cláusulas relativas a inversiones en dichos tratados son abiertas pero limitadas en su alcance, sujetas a las facultades legales y reglamentarias de cada Estado y de la CEE y no contemplan un régimen de liberalización de las inversiones ni de protección de las mismas.

El art. 9 del Acuerdo Marco de Cooperación celebrado con Brasil en que se establece únicamente que las Partes en el tratado habrán de incentivar un incremento en las inversiones; y habrán de examinar la posibilidad de establecer mecanismos y operaciones para mejorar el clima de las inversiones, observando los criterios del párrafo 38 de la Declaración de Roma relativos a las relaciones entre la CEE y sus Estados Miembros y los países del Grupo de Río.

El art. 7 del Acuerdo Marco de Cooperación celebrado con Paraguay y el celebrado con Uruguay también refiere expresamente a las inversiones y en términos similares propugna el fomento del incremento de las inversiones mutuamente ventajosas para las partes y el mejoramiento del clima de inversiones, especificando que lo será a través del fomento y protección sobre la base de los principios de no discriminación y reciprocidad.

El Acuerdo Marco de Cooperación celebrado entre la CEE y Argentina no tiene ningún artículo específico sobre inversiones, refiriendo escuetamente en el art. 4, inc. 2 (h) que las Partes Contratantes procurarán, entre otras cosas, facilitar y promover,

---

3. Unión Europea, *El Acuerdo marco interregional de cooperación entre la Comunidad Europea y el Mercosur*, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=LEGISSUM%3Ar14013>.

a través de medidas adecuadas la cooperación en la creación de condiciones favorables para la expansión de las inversiones sobre una base ventajosa para ambas Partes.

En ninguno de los acuerdos bilaterales antes mencionados se regula un sistema de solución de controversias.

## **2.2. Solución de diferencias**

El Acuerdo de Asociación MERCOSUR – UE contempla un sistema de solución de controversias limitado a la interpretación o aplicación de la parte comercial del acuerdo. Queda por precisar ya sea mediante el texto definitivo a acordarse o a través de la jurisprudencia que ulteriormente pueda generarse si la problemática de las inversiones también quedará comprendida. Si así fuera, solo lo sería en el contexto de los servicios como parte de la política comercial y por vía indirecta.

Los únicos sujetos legitimados ante este sistema de solución de diferencias son las partes en el Acuerdo, esto es, la UE y el MERCOSUR.

Se prevé la legitimación de la UE para impugnar las medidas de los distintos países del MERCOSUR.

El procedimiento estará conformado por dos etapas. La primera etapa es previa y obligatoria. Está constituida por consultas entre las partes. Si fracasan las consultas, la parte reclamante podrá solicitar la creación de un órgano arbitral compuesto por tres árbitros con experiencia en Derecho y Comercio Internacional.

El órgano arbitral ha de expedir un informe (el acuerdo no lo denominado *laudo* sino *informe*), el cual es irrecurrible y obligatorio

o vinculante para los contendientes, debiendo cumplir la parte infractora con lo dispuesto en el acuerdo. En caso de incumplimiento del informe del órgano arbitral, la parte vencedora podrá adoptar medidas contra la parte infractora.

Si bien solo existe la posibilidad de acceder al procedimiento arbitral para los bloques que son partes en el acuerdo, se ha admitido la participación de terceros interesados aunque limitándola a la presentación de observaciones al órgano arbitral en forma de escritos *amicus curiae*. El texto provisorio con que se cuenta hasta ahora no precisa quiénes han de ser los terceros interesados que podrán participar (v.gr. Estados integrantes de los bloques, particulares ya sean personas jurídicas o humanas u otros).

La participación de terceros en el proceso arbitral se ha justificado formalmente en la necesidad de asegurar la transparencia del sistema de solución de controversias, aunque lo cierto es que esa participación se reduce al procedimiento arbitral y solo permitirá que el tribunal pueda considerar otras posiciones además de las sostenidas por las partes en el conflicto.

Paralelamente a las consultas y el proceso arbitral, e inclusive con anterioridad a la activación de esos mecanismos, se contempla que las partes puedan acudir a un sistema de mediación al efecto de encontrar una solución amistosa a la controversia. Para ello será necesario el consentimiento mutuo.

### **3. El acuerdo UE – México**

#### **3.1. Inversiones**

El acuerdo negociado entre la UE y México cuenta con un capítulo específico sobre inversiones en el cual se regula la liberalización del sistema de inversiones y su protección no solo en el sector de servicios sino en otros también, asegurando el acceso a los mercados sobre la base de un trato igualitario y no discriminatorio. Se admite la aplicación de salvaguardias si se encuentran justificadas bajo las mismas condiciones que las establecidas en los tratados de la Organización Mundial del Comercio y de la EU.

El sistema de protección de inversiones incluye ciertas garantías básicas tales como el principio de no discriminación, una pronta y adecuada indemnización en caso de expropiación, tratamiento justo y equitativo y seguridad física.

#### **3.2. Solución de diferencias**

El acuerdo preliminar prevé un sistema de solución de controversias aplicable específicamente al tema de inversiones, tanto a la liberalización como a la protección de inversiones. El mismo mecanismo de solución de controversias también alcanza a los supuestos de incumplimiento de los artículos referidos al tratamiento nacional, el trato de la nación más favorecida y al establecimiento, cuando tales violaciones causen pérdidas o daños al demandante o a sus empresas locales.

Solo se encuentran legitimados para plantear demandas los particulares, no así la UE, el MERCOSUR y/o sus Estados partes en el sistema de solución de controversias diseñado en esta sección.

Al igual que en el esquema propuesto en el Acuerdo de Asociación EU- MERCOUR, el procedimiento contempla tres posibilidades: la consulta, el procedimiento judicial y la mediación.

La mediación es optativa para las partes. El procedimiento de mediación puede abrirse sin importar si los otros procedimientos se hallan en curso, pero provoca la suspensión de sus plazos.

La consulta constituye un paso previo obligatorio a la promoción de la demanda ante el tribunal proyectado en el acuerdo.

La mayor novedad que proporciona el acuerdo preliminar es que el tribunal será de carácter permanente y constará de dos instancias: un tribunal de primera instancia y un tribunal de apelaciones.

El modelo de tribunal proyectado se parece en mucho al modelo de tribunal que propugna la Comisión Europea desde el año 2015. La Comisión Europea ha instado ha sido la creación de un Tribunal Multilateral de Inversiones, de carácter permanente, con competencia en controversias sobre inversiones, superando el sistema de solución de controversias arbitral para inversores por reclamaciones contra Estados.

El régimen internacional de inversiones se encuentra cuestionado por diversas razones Intentando liderar un proceso de reforma de ese régimen, la UE ha propuesto la creación de un tribunal multilateral de inversiones, como instancia única y permanente, que reemplace todos los mecanismos de solución de

disputas Estado-inversor incluidos, no sólo en sus acuerdos con terceros países y en el de los Estados miembros, sino también en los concluidos por todos los países que acepten su jurisdicción.<sup>4</sup>

La reforma del sistema de solución de controversias en materia de inversiones sobre el modelo inversor – Estado también está siendo debatida ante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil desde el año 2017.

El Grupo de Trabajo designado en el ámbito de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, se expidió en el año 2018 sobre la necesidad de reformar el actual sistema para dar solución a determinadas cuestiones como son: a) la falta de uniformidad, coherencia, previsibilidad y corrección de las decisiones arbitrales dictadas por los tribunales que conocen de las controversias inversor-Estado; b) la aparente ausencia de imparcialidad e independencia de los árbitros y el controvertido procedimiento tanto de nombramiento como de recusación de estos últimos, a lo que se suman los nombramientos reiterados de las mismas personas, la posible existencia de conflictos de intereses de los árbitros; el reducido número de posibles candidatos a formar parte de los tribunales, la denominada predisposición doctrinal o la práctica repetitiva del double-hatting, donde una persona actúa como árbitro y como abogado o perito, en diferentes procedimientos arbitrales, lo que genera la percepción sobre la existencia de una falta real o al menos aparente de cualidades

---

4. B. P. de L. Heras, *¿Hacia un tribunal multilateral de inversiones? propuestas de la Unión Europea para reformar la resolución internacional de conflictos*, in *Unión Europea Aranzadi*, 2018, N° 8-9. Unión Europea, The Multilateral Investment Court project, disponible en <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1608>.

esenciales como son la independencia y la imparcialidad; c) los altos costos y la extensa duración de los procedimientos arbitrales, entre otros.<sup>5</sup>

El tribunal del sistema de solución de controversias diseñado en el acuerdo con México reúne muchas de las características del que promueve la Comisión Europea, tanto en orden a su permanencia como a otras, tales como la existencia de más de una instancia (primera instancia e instancia de apelación), jueces calificados que se ajusten a estrictos estándares éticos y una secretaría exclusivamente a su servicio.<sup>6</sup>

Sin perjuicio de que se trata de un tribunal contemplado para la solución de controversias sobre inversiones para inversores de las partes en el acuerdo y, por lo tanto, resulta bilateral, en su art. 14 se introduce una cláusula por la cual ambas partes se comprometen a cooperar para el establecimiento de un mecanismo multilateral de resolución de controversias sobre inversiones y prevé la posibilidad de que, si ese mecanismo fuere creado con el alcance del establecido en el acuerdo entre la UE y México, entrado en vigencia el tratado respectivo, se suspenderán las etapas relevantes del procedimiento y el Consejo Conjunto (órgano este creado por el Acuerdo Global de 1999 que entrara en vigencia en el año 2020) podrá adoptar las medidas transitorias necesarias. El texto tal como se encuentra redactado hasta ahora permite

---

5. E. F. Masiá, M. Salvadori, *Lo que se está discutiendo en la CNUDMI: evolución o revolución en el sistema de solución de controversias inversor – Estado*, in Cuadernos de Derecho Transnacional, 2020, Vol. 12 – N° 1, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5185>.

6. Unión Europea, *The Multilateral Investment Court project*, disponible en <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1608>.



entender que el procedimiento ha de proseguir ante el tribunal multilateral que se creara una vez en vigencia el tratado respectivo.

El art. 14 refleja la política promovida por la UE en relación a la creación de un tribunal multilateral de inversiones y privilegia al mismo una vez creado por sobre el proyectado en el acuerdo con México.

El Tribunal de Primera Instancia estaría integrado por nueve miembros que se organizarían por salas de tres miembros. El número de miembros puede ser disminuido o aumentado en múltiplos de tres por el Consejo Conjunto (art. 11, incs. 2 y 3). Tres de los miembros deberán ser de nacionalidad mexicana, tres de Estados miembros de la Unión Europea y los tres miembros restantes deberán ser nacionales de terceros países (art. 11, inc. 2). Duran en sus cargos cinco años, pero podrán permanecer en sus cargos una vez que expire ese término, si así es autorizado por el Presidente del Tribunal, hasta tanto finalicen los procedimientos en curso en la Sala donde se desempeñen y a ese solo efecto (art. 11, inc. 5). Si bien el texto no es claro en su redacción, cabe interpretar que solo lo será en aquellos casos en que se hayan desempeñado como jueces con anterioridad a la expiración del término de su mandato.

También es posible que solo sea designado un juez para resolver el caso para lo cual se requiere de acuerdo de las partes en el conflicto. Ese juez deberá ser de la nacionalidad de un tercer Estado y será designado por el Presidente del Tribunal (art. 11, inc. 7).

El acuerdo establece como requisitos para poder ser designado como juez que demuestren experiencia en Derecho Internacional

Público y que reúnan los requisitos exigidos para la designación de los jueces de la Corte Internacional de Justicia o sean juristas de reconocida competencia. Si bien no se exige como requisito obligatorio se insta a que los magistrados tengan experiencia en Derecho Internacional de las Inversiones, Derecho Comercial Internacional y resolución de controversias sobre acuerdos internacionales de inversiones o de comercio, o en negociaciones comerciales.

Iguales reglas se aplican a los jueces del Tribunal de Apelación. La diferencia más importante radica en que este Tribunal estaría integrado solo por seis miembros, aunque su número puede ser aumentado en múltiplo de tres (art. 12).

En sintonía con los planteos de reforma del sistema de solución de controversia sobre inversiones debatidos en el ámbito internacional actualmente, el acuerdo contempla normas éticas aplicables al desempeño de los jueces del Tribunal, tanto el de primera instancia como el de apelación.

En su art. 13 dispone que los miembros del Tribunal deberán ser personas cuya independencia se encuentre más allá de toda duda; no deberán estar vinculadas a ningún gobierno; no podrán recibir instrucciones de ningún gobierno u organización relacionadas con las cuestiones que son objeto de la disputa; ni podrán participar en las consideraciones sobre cualquier controversia que pudiera crear directa o indirectamente un conflicto de intereses. Tampoco podrán actuar como consejeros, expertos de partes o testigos en ningún proceso relacionado con la protección de inversiones alcanzado por el acuerdo u otro o por el derecho interno de un Estado.

Se incluye además en el acuerdo como Anexo I un código de conducta para los miembros de ambos tribunales y para los mediadores.

Los sujetos legitimados para accionar por ante este sistema son los inversores de las partes en el acuerdo, ya sea por su propio derecho o por una empresa local de su propiedad o bajo su control directo o indirecto (art. 7), con lo cual se mantiene la estructura de tribunal inversor- Estado.

Los reclamos pueden ser promovidos conforme a las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), específicamente, el *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados* y las *Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos* y las *Reglas Adicionales de Facilitación* si las anteriores no fueran aplicables; el *Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* y cualquier otra regla acordada por las partes en la controversia, en este último caso con la anuencia de la parte demandada, a quien se le corre un traslado a tal efecto.

También, en consonancia con el movimiento reformista del sistema de solución de disputas sobre inversiones, se han incluido cláusulas que propenden a lograr la coherencia y consistencia de la jurisprudencia en materia de inversiones y la reducción de costos.

Así en el art. 8 se prevé la suspensión de los procedimientos u otras medidas por las cuales lo actuado entre las partes en otros procesos sea considerado para la adopción de las decisiones del Tribunal de primera instancia, si se diera el caso de superposición

de compensaciones o el reclamo promovido en uno de los procesos pudiera tener una incidencia significativa en el proceso que se tramita en el marco del acuerdo.

El recurso de apelación contemplado en el art. 30 del acuerdo también constituye otro medio para asegurar la coherencia y uniformidad de la jurisprudencia, aunque podrían darse interpretaciones disímiles atento a la división en Salas del Tribunal de Apelación.

Otro aspecto novedoso incluido, que sigue los lineamientos de las reformas que se están postulando en los organismos internacionales, es el tratamiento de la cuestión de la transparencia de los procesos y su financiamiento por terceros.

Usualmente las sesiones de los tribunales arbitrales no son públicas, la publicación de los laudos no es obligatoria, los documentos procesales no se publican y no hay posibilidad para los terceros (incluyendo a las Organizaciones No Gubernamentales) de participar en el procedimiento, pese a que muchas veces se encuentran involucradas cuestiones de interés público.

Entre las disposiciones que se han adoptado en el acuerdo para asegurar la transparencia se cuentan, a saber: a) el acceso público a los escritos presentados por las partes en la disputa ante el Tribunal y las órdenes, resoluciones y sentencias dictadas, a excepción de la información protegida consistente en información comercial o empresarial confidencial; información que por ley no pueda ser divulgada o información cuya divulgación impida la aplicación de la ley; y audiencias públicas salvo las excepciones previstas en el acuerdo (art. 19).

La intervención de terceros en el proceso se ha regulado en el art. 24 del acuerdo bajo la figura del *amicus curiae*.

La intervención de terceros se encuentra sometida a un procedimiento previo de admisibilidad. El Tribunal puede admitir escritos presentados por terceros previa consulta con las partes litigantes. Del texto acordado hasta la actualidad no surge que la opinión de las partes sea vinculante para el Tribunal ni este se encuentra obligado a admitir tal intervención puesto que se emplea la expresión *may accept* (*podrá aceptar*).

El escrito presentado debe estar relacionado con las cuestiones de hecho o de derecho objeto de la controversia y debe identificarse su autor así como informarse cualquier vinculación, directa o indirecta, con cualquiera de las partes. Además debe identificarse a cualquier persona, gobierno u otra entidad que haya proporcionado ayuda financiera o de cualquier otra índole para la presentación. El autor además deberá probar si tiene alguna vinculación con las partes en el conflicto y deberá especificar la naturaleza del interés en la disputa.

Estos requisitos encuentran claramente su justificación en el principio de transparencia, aplicable no tan solo respecto de las partes en el proceso sino también de los terceros que intervengan en él aún bajo la figura de *amicus curiae*.

Las partes tendrán la oportunidad de contestar tales presentaciones.

Por último y también direccionado a asegurar la transparencia del procedimiento se incluye una cláusula sobre el financiamiento del proceso por terceros por la cual la parte litigante beneficiada

con dicha financiación debe notificar tal circunstancia a la contraria y a la Sala del Tribunal y, si la Sala no estuviera constituida, al Presidente del Tribunal el nombre y dirección de quien la financia, al presentarse la reclamación o al concluirse el acuerdo de financiación, o cuando la donación o subvención fuera posterior a aquella sin demoras.

Este tipo de reglas se promueven para evitar que la financiación por terceros pueda llegar a constituirse en una modalidad para actuar abusiva o especulativamente por parte de los inversores.

El acuerdo no contempla sanciones u otras medidas vinculadas en caso de incumplimiento de las disposiciones sobre la financiación por terceros de los procedimientos o la información que ha de brindarse, razón por la cual las consecuencias del incumplimiento podrían determinarse en el texto definitivo del acuerdo o quedar librado ello a la interpretación o la prudencia judicial.

Se introducen instrumentos para evitar la alongación del proceso mediante la introducción de plazos algunos de naturaleza perentoria. Baste citar que para el trámite en la instancia de apelación se contempla un plazo que no puede exceder los 270 días, estableciéndose un plazo inicial de 180 días que puede ser prolongado hasta el máximo antes señalados en el supuesto de que el Tribunal de Apelaciones no pudiera emitir su decisorio en el plazo inicialmente previsto por el acuerdo (art. 30, inc. 3).

Además se intenta evitar la prolongación indefinida del proceso por inactividad de la parte reclamante. En caso de que el proceso se encontrare paralizado durante 180 días o por los plazos que acuerden las partes, se tendrá por retirada la demanda y por

desistido el proceso. El demandante tampoco podrá intentar un nuevo proceso relacionado con la misma materia y que tuvieran origen en los mismos hechos. El Tribunal así lo declarará a pedido del demandado (art. 21).

Otra problemática que se intenta resolver por los organismos internacionales es el uso abusivo del arbitraje por parte de los inversores como medio de presión. A ese efecto se proponen mecanismos tales como el pronto rechazo de las reclamaciones que manifiestamente carecen de todo tipo de fundamento.<sup>7</sup>

Tres institutos se introducen en el acuerdo UE-México tendientes evitar tales abusos, específicamente disposiciones sobre anti-elusión y demandas sin fundamento legal manifiesto (arts. 16 y 17).

Así el Tribunal puede declinar su competencia cuando la controversia se originó o era previsible que se originara, con un alto grado de probabilidad, al tiempo en que el reclamante adquirió la propiedad o el control de la inversión objeto de la disputa (art. 16).

En cuanto a las demandas manifiestamente carentes de fundamento legal, se ha facultado al demandado a oponer esa defensa por vía de objeción preliminar en la primera etapa del proceso, debiendo ser decidida por el Tribunal en su primera sesión o inmediatamente después.

La interposición de esta defensa por el demandado no lo priva de oponer la falta de mérito del reclamo durante etapas posteriores del proceso.

---

7. E. F. Masiá, M. Salvadori, *Lo que se está discutiendo en la CNUDMI: evolución o revolución en el sistema de solución de controversias inversor – Estado*, cit.

Las disposiciones sobre financiamiento de terceras partes, transparencia del procedimiento, paralización de las actuaciones o discontinuidad son aplicables también en la instancia de apelación (art. 30, inc. 5).

El Acuerdo Global aún vigente entre México y la UE, hasta tanto se conforme y entre en vigencia el nuevo acuerdo, solo cuenta con un artículo sobre inversiones, específicamente sobre fomento de inversiones (art. 15 Acuerdo Global), no así sobre otros aspectos tales como la protección de inversiones, al menos no en el marco de dicho acuerdo, puesto que impulsa la celebración de acuerdos de inversiones a través de otros instrumentos. Así el art. 15, inc. b) establece que las partes se comprometen a apoyar el desarrollo de un entorno jurídico favorable a la inversión entre las Partes, de ser necesario mediante la celebración entre los Estados miembros de la UE y México de acuerdos de promoción y de protección de las inversiones y de acuerdos destinados a evitar la doble imposición;

El sistema de solución de controversias regulado en el Acuerdo Global alcanza únicamente a disputas sobre materia comercial, por lo que las referidas a inversiones quedan excluidas.

A ese respecto el nuevo acuerdo propuesto es ampliamente superador del actual en materia de inversiones y muy especialmente en materia de solución de controversias por cuanto no solo se establece mecanismos específicos para su tratamiento sino también que el modelo se aproxima a las propuestas más modernas, en orden a remediar las falencias de los sistemas actuales, particularmente, en lo que hace al esquema de procedimiento arbitral inversor-Estado tradicional.



#### **4. Dos acuerdos:** dos modelos diferenciados

Comparados los dos acuerdos preliminares celebrados por la UE, el uno con México y el otro con el MERCOSUR, se advierte fácilmente la enorme diferencia entre ambos respecto de la regulación sobre inversiones y el sistema de solución de controversias a su respecto.

El acuerdo arribado con México claramente responde a una etapa avanzada en las relaciones comerciales y de inversiones entre el bloque europeo y ese país, un paso más en la modernización del Acuerdo Global, el cual por cierto, a diferencia de lo que acontece con el acuerdo negociado últimamente con el MERCOSUR, al menos contiene un artículo específico sin restricciones de sectores comerciales.

La diferencia apuntada aún es más abismal cuando se analiza la problemática del sistema de solución de controversias.

El acuerdo con México se inscribe en las tendencias más modernas que se impulsan por las organizaciones internacionales en relación al procedimiento de solución de controversias aunque no se trate de un sistema multilateral como interesa a la Unión Europea.

El acuerdo con el MERCOSUR ni siquiera prevé, no ya tan solo un sistema de solución de controversias específico, sino tampoco el compromiso de realizar esfuerzos en aras de la celebración de un acuerdo sobre inversiones.

Lo dicho no implica que en el futuro la UE no intente incluir un capítulo sobre inversiones a través de la renegociación del acuerdo,

de entrar este en vigor, a través de la estrategia de modernización de acuerdos ya celebrados, como lo hizo con México.

En punto al sistema de solución de controversias esa futura modernización del acuerdo podría contemplar un régimen similar o igual al acordado con México o seguir el modelo adoptado por Brasil, esto es, el de los Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones ACFI)<sup>8</sup> en aras de que este último país accediera a incorporar un capítulo sobre inversiones con un sistema de solución de controversias con competencia exclusiva en esa materia, por las razones a las que se hará referencia *infra*.

La ausencia de un capítulo específico sobre inversiones y un sistema de solución de diferencias en esa materia puede tener por causas, a saber:

a) La existencia de diferentes esquemas de protección de inversiones en los países integrantes del MERCOSUR. Argentina tiene 49 tratados de inversión, en vigor, Uruguay y Paraguay 31 y 24 respectivamente; Brasil actualmente no cuenta con tratados bilaterales de inversiones (TBI) que posibiliten el acceso al sistema de solución de controversias inversor-Estado (ISDS por sus siglas en inglés). La inclusión de un capítulo sobre inversiones y su protección implicaría la inclusión de una protección total de las inversiones europeas en su territorio.<sup>9</sup>

---

8. M. Bas Vilizio, *Acuerdo Mercosur-Unión Europea: sombras y ausencia de la solución de controversias inversor-Estado*, in Documento de Trabajo N° 21, Fundación Carolina, disponible en <https://www.fundacioncarolina.es/acuerdo-merc-sur-union-europea-sombras-y-ausencia-de-la-solucion-de-controversias-inversor-estado/>.

9. L. Ghiotto, J. Echaide, *El acuerdo entre el MERCOSUR y la Unión Europea: estudio integral de sus cláusulas y efectos*, in CLACSO - Fundación Rosa Luxemburgo - Greens/EFA, 2020, disponible en <http://biblioteca.clacso.org/clacso/gt/20200706063702/Informe-Mercosur-UE-2020.pdf>.

Si se hubiera incluido en el acuerdo un mecanismo de arbitraje inversor-Estado tradicional o modernizado, tales disposiciones probablemente hubieran obstado a la celebración del acuerdo o que no entrara en vigor ante una esperable oposición de Brasil, por cierto, una de las economías más fuertes del bloque mercosureño.

b) Algunos autores postulan que el Congreso de Brasil podría no aprobar el tratado puesto que comprometería al Estado por periodos extensos, generando riesgos para la balanza de pagos al habilitar la libre transferencia de capitales, y podría resultar contrario a la constitución brasilera al establecer una jurisdicción diferente a la interna para la resolución de disputas entre inversores y el Estado al privilegiar al inversor extranjero en detrimento del inversor nacional puesto que se habilita la instancia arbitral al primero y no al segundo yendo así contra el derecho de igualdad ante la ley.<sup>10</sup>

El argumento relativo a la inconstitucionalidad por violación al derecho a la igualdad de los inversores nacionales brasileños frente a los extranjeros, es un argumento débil o, al menos, producto de una interpretación restrictiva y proteccionista del plexo constitucional en aras de la protección de los intereses estatales de Brasil.

Otros países del MERCOSUR, tal el caso de Argentina a título de ejemplo, cuentan con cláusulas constitucionales que consagran la igualdad ante la ley, admitiendo la jurisprudencia argentina que tal igualdad debe considerarse en grupos de iguales.

---

10. M. Bas Vilizzio, *Acuerdo Mercosur-Unión Europea: sombras y ausencia de la solución de controversias inversor-Estado*, cit.

Así la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina tiene dicho que: "La garantía de igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias, lo que no impide que el legislador contemple de manera distinta situaciones que considere diferentes, en la medida en que dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o desfavor, privilegio o inferioridad personal o clase, ni importen ilegítima persecución de personas o grupos de ellas".<sup>11</sup>

De seguirse el criterio expuesto podría concluirse que los inversores extranjeros conforman un grupo diferente a los inversores nacionales brasileños y no devendría irrazonable la distinción efectuada, puesto que el inversor brasileño es un inversor local sujeto al derecho interno del Estado brasileiro y el inversor extranjero puede recibir un trato diferenciado por el derecho interno brasileiro pese a los tratados internacionales suscriptos, aún por vía de interpretación de esos tratados por parte de los tribunales nacionales de ese Estado.

Los ACFI promovidos por Brasil presentan algunas similitudes con los TBI respecto a la protección de la inversión extranjera, tales como las cláusulas de trato nacional, nación más favorecida, expropiación y compensación entre otros. Su diferencia radica en que reconocen la autonomía del Estado para implementar políticas públicas o ejercer su derecho de regular en vistas a lograr objetivos de políticas públicas en materia de salud, seguridad

---

11. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 26 de marzo de 2019, *García, María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad*.

y medio ambiente y, por cierto, tampoco incluyen mecanismos de solución de controversias inversor-Estado, sujetando a los inversores extranjeros a los tribunales locales.

c) Los miembros del Mercosur forman parte de la región más demandada del mundo, América Latina y el Caribe, concentran el 27% de las demandas a nivel global.

Por último, cabe analizar el criterio de negociación de la Unión Europea a partir de las diferencias que se constatan en ambos acuerdos en materia de inversiones.

Por lo pronto surgen evidentes dos elementos: la gradualidad en los acuerdos que se van celebrando y la flexibilidad para adaptarse a distintos niveles en esos acuerdos según los actores con que negocia, manteniendo incólume ciertos valores o políticas o la protección de ciertos intereses, considerados básicos en el ámbito del consenso europeo.

La UE contempla tres modelos de acuerdos comerciales, a saber: a) uniones aduaneras por las cuales se eliminan aranceles aduaneros en el comercio bilateral o se establecen tarifas aduaneras comunes para importadores extranjeros; b) acuerdos de asociación, acuerdos de estabilización, acuerdos de libre comercio y acuerdos de asociación económica. Los dos últimos tipos de acuerdo comprenden más temas y/o son más detallados y/o constituyen un avance a un nivel superior en las relaciones comerciales ya establecidas. Todos los tipos mencionados eliminan o reducen tarifas aduaneras en el comercio multilateral; y c) los acuerdos de asociación y cooperación proveen un marco general para las

relaciones económicas bilaterales y no introducen modificaciones a las tarifas aduaneras.<sup>12</sup>

México a diferencia del MERCOSUR, contaba ya con un acuerdo previo, con más de 20 años, el que se renegoció para pasar a otro nivel en el intercambio comercial con la UE. El Acuerdo negociado con el MERCOSUR no contaba con el antecedente de otro tratado anterior. Es un acuerdo de un nivel inferior al renegociado con México por caracterizarlo de alguna manera.

La flexibilidad antedicha en relación a los acuerdos objeto de este trabajo también indica la decisión de la Unión Europea de mantener o mejorar sus posición en América Latina, en el marco de un proceso de mayor alcance que persigue tres objetivos: a) recuperar su posición comercial frente a la diversificación comercial de los países de Latinoamérica hacia Estados Unidos, China y otros países del Pacífico; y b) promover un sistema normativo sobre servicios, inversiones y derechos de propiedad intelectual ante la paralización de las negociaciones en el seno de la Organización Mundial del Comercio<sup>13</sup>.

## Consideraciones finales

A la fecha (febrero de 2021) ambos acuerdos negociados continúan transitando el procedimiento de celebración de tratados,

---

12. Unión Europea, *Negotiations and agreements*, disponible en <https://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/negotiations-and-agreements/>.

13. J.M.G. Alvarez – Coque, *Acuerdos comerciales entre la Unión Europea y Latinoamérica*, Valencia: Universidad de Valencia, 2016, p. 1, disponible en <https://eulacfoundation.org/es/content/acuerdos-comerciales-entre-la-uni%C3%B3n-europea-y-latinoam%C3%A9rica>.

habiéndose tan solo superado el primer paso, no menor por cierto, de su negociación.

Atendiendo a la evolución que históricamente han tenido este tipo de acuerdos con la Unión Europea, la situación legal de las inversiones se enfrenta a un futuro muy distinto en los próximos 20 años en México en comparación con el esperable en el MERCOSUR.

El acuerdo negociado con México posibilita y estimula las inversiones en el territorio de ambas partes, asegurando un esquema de protección de esas inversiones con un mecanismo de solución de conflictos no solo especializado, sino que intenta ser más transparente, coherente, imparcial, otorgando alguna salvaguarda a los Estados

El esquema jurídico planteado entre el MERCOSUR y la UE dista mucho del anterior en materia de inversiones, problemática que se ha abordado indirectamente en el capítulo relativo a los servicios sin implementar, obviamente, un sistema de solución de diferencias sobre inversiones exclusivamente. Ante esa situación la inversión de los países europeos habrá de regirse por los instrumentos existentes según la realidad de cada miembro del bloque MERCOSUR, ya sea por vía de los TIBS vigentes para Paraguay, Uruguay, Argentina y Venezuela – hoy suspendida en el esquema de integración mercosureño- o los ACFIS impulsados por Brasil. Atendiendo a la existencia de una regulación al menos en materia de cooperación en inversiones, el acuerdo de asociación negociado con el MERCOSUR podría ubicarse en una etapa

anterior inclusive al Acuerdo Global que rige actualmente con México.

Si el proceso de relacionamiento MERCOSUR – UE en materia de inversiones siguiera el que se verificó con México, aún quedaría por transitar una etapa de cooperación en la promoción de las inversiones para luego llegar a un régimen de liberalización y protección con un sistema de solución de controversias propio, lo cual implicará para ambos bloques un trabajo de al menos dos décadas en el mejor de los escenarios posibles, especialmente considerando la impronta nacionalista y proteccionista de Brasil y la incapacidad de Argentina de reestructurar su economía de modo de hacerla más competitiva.

## Referencias bibliográficas

B. P. de L. Heras, *¿Hacia un tribunal multilateral de inversiones? propuestas de la Unión Europea para reformar la resolución internacional de conflictos*, en *Unión Europea Aranzadi*, 2018, N° 8-9.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 26 de marzo de 2019, *García, María Isabel c/ AFIP s/ acción meramente declarativa de inconstitucionalidad*.

E. F. Masiá, M. Salvadori, *Lo que se está discutiendo en la CNUDMI: evolución o revolución en el sistema de solución de controversias inversor – Estado*, in Cuadernos de Derecho Transnacional, 2020, Vol. 12 – N° 1, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5185>.

J.M.G. Alvarez – Coque, *Acuerdos comerciales entre la Unión Europea y Latinoamérica*, Valencia: Universidad de Valencia, 2016, p. 1, disponible en <https://eulacfoundation.org/es/content/acuerdos-comerciales-entre-la-uni%C3%B3n-europea-y-latinoam%C3%A9rica>

L. Ghiotto, J. Echaide, *El acuerdo entre el MERCOSUR y la Unión Europea: estudio integral de sus cláusulas y efectos*, in CLACSO – Fundación Rosa Luxemburgo – Greens/EFA, 2020, disponible en <http://>



biblioteca.clacso.org/clacso/gt/20200706063702/Informe-Mercosur-UE-2020.pdf.

M. Bas Vilizzio, *Acuerdo Mercosur-Unión Europea: sombras y ausencia de la solución de controversias inversor-Estado*, in Documento de Trabajo N° 21, Fundación Carolina, disponible en <https://www.fundacioncarolina.es/acuerdo-mercosur-union-europea-sombras-y-ausencia-de-la-solucion-de-controversias-inversor-estado/>.

Organización de los Estados Americanos, *México y la Unión Europea concluyen proceso de negociación de la modernización del TLCUEM*, disponible en [http://www.sice.oas.org/tpd/mex\\_eu/Modernization\\_process/mod\\_commercial\\_pillar\\_s.pdf](http://www.sice.oas.org/tpd/mex_eu/Modernization_process/mod_commercial_pillar_s.pdf).

Unión Europea, *El Acuerdo marco interregional de cooperación entre la Comunidad Europea y el Mercosur*, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=LEGISSUM%3Ar14013>.

Unión Europea, *Negotiations and agreements*, disponible en <https://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/negotiations-and-agreements/>.

Unión Europea, *The Multilateral Investment Court project*, disponible en <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1608>.