



## Tratado de Libre Comercio entre Argentina y Chile Análisis del capítulo de inversiones

Por Luciana Ghiotto<sup>1</sup> y Cecilia Olivet<sup>2</sup>

### 6 razones por las cuales hay que rechazar la ratificación del Tratado de Libre Comercio (TLC) entre Argentina y Chile<sup>3</sup>:

1. El TLC blinda los derechos de los inversores, ya que denunciarlo es prácticamente imposible.
2. El TLC mantiene amplios derechos para los inversores, incluidos algunos de los que usan con más frecuencia para demandar a los Estados (como el trato justo y equitativo, la expropiación indirecta, el trato nacional y el trato de nación más favorecida).
3. Con el TLC, los inversores podrán seguir demandando ante tribunales internacionales cuando los Estados introduzcan medidas regulatorias, incluso aunque estas estén concebidas en favor del interés público o del medioambiente.
4. El TLC deja amplia discrecionalidad a los árbitros para que decidan si el Estado violó los derechos del inversor y determinen una indemnización cuyo monto total no tiene un máximo limitado.
5. El TLC sigue siendo un instrumento de una sola vía, donde solo se otorgan derechos y beneficios al inversor, sin ninguna obligación a cambio.
6. El tratado de inversión existente entre Argentina y Chile se sustituye sin que se hayan analizado sus costos y beneficios (es decir, no se han estudiado los impactos de ese tratado y no hay pruebas que demuestren por qué es necesario otorgar a los inversores estos beneficios extraordinarios).

<sup>1</sup> Investigadora de CONICET con sede en UNSAM. Colaboradora de Transnational Institute (TNI). Miembro de la Asamblea "Argentina mejor sin TLC" y de ATTAC Argentina. Contacto: [luciana.ghiotto@gmail.com](mailto:luciana.ghiotto@gmail.com)

<sup>2</sup> Investigadora del programa Justicia Económica, Transnational Institute (TNI). Contacto: [ceciliaolivet@tni.org](mailto:ceciliaolivet@tni.org)

<sup>3</sup> El texto del TLC puede ser encontrado en: <http://tratados.mrecic.gov.ar/busqueda.php>

➤ **Los Tratados de “tercera generación” siguen otorgando a los inversionistas unos derechos que priman sobre los derechos humanos y medioambientales.**

El capítulo de Inversiones (Capítulo 8) del Tratado Comercial entre la República Argentina y la República de Chile, suscrito el 2 de noviembre de 2017 (TLC Argentina-Chile), es presentado por la Procuraduría del Tesoro de la Argentina como un tratado de “tercera generación” que protege el derecho del Estado a regular en el interés público. Sin embargo, una lectura minuciosa de los artículos propuestos deja en evidencia que el texto de este capítulo de Inversiones **no reduce el ámbito de actuación de los inversores extranjeros frente a ambos Estados**. Los derechos otorgados a los inversores en este capítulo atan de manos a los Estados en lo que respecta a la aplicación de políticas públicas soberanas, ya sea en materia de derechos humanos o de protección del medioambiente.

Cualquier modificación de las condiciones de ganancia que aleguen los inversores extranjeros puede ser causa de demanda en centros arbitrales internacionales como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), dependiente del Banco Mundial.

Este capítulo reemplazaría el tratado bilateral de inversiones (TBI) que está vigente desde 1995. Más de 20 años después de que entrara en vigor de ese TBI, **se observa que la mayoría de los derechos otorgados en este nuevo tratado son similares a los del viejo tratado**, así como a todos los tratados de inversión firmados por la Argentina. Se siguen otorgando garantías como el trato justo y equitativo, la expropiación indirecta y el trato de nación más favorecida. Las redacciones, si bien más detalladas, mantienen definiciones ambiguas que dejan la interpretación en manos de los tribunales arbitrales. Estos son los mismos tribunales que, según demuestran las estadísticas, tienden a interpretar estas cláusulas a favor de los inversores extranjeros en lugar de hacerlo a favor de los Estados<sup>4</sup>. El nuevo tratado tampoco establece ningún mecanismo para asegurar que no actúen los mismos árbitros, con numerosos conflictos de intereses, que dominan el sistema de arbitraje de inversiones y que tienen un incentivo financiero para fallar a favor del inversor<sup>5</sup>.

➤ **Reemplazar el TBI por este TLC hace casi imposible la denuncia del tratado.**

El TBI firmado en los años noventa cumplió su periodo de vigencia inicial y, según sus disposiciones, puede ser denunciado en cualquier momento por Argentina o Chile. Si este TBI se reemplazara por un capítulo de protección de las inversiones en un TLC, la denuncia se volvería casi imposible. Esto se debe a que la única forma de retirar los beneficios concedidos a los inversores pasaría por denunciar todo el TLC, lo que tiene implicancias políticas que van mucho más allá del mero retiro de los derechos otorgados en otros tiempos a los inversores.

---

<sup>4</sup>Ver investigación de Gus van Harten: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol50/iss1/6/> y <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol53/iss2/6/>

<sup>5</sup> Pia Eberhardt y Cecilia Olivet (2012) *Cuando la injusticia es negocio*, Corporate Europe Observatory y Transnational Institute: <https://www.tni.org/es/publicacion/cuando-la-injusticia-es-negocio>

➤ **No restringe el acceso de los inversores al arbitraje.**

El nuevo tratado prevé el acceso de los inversores extranjeros al arbitraje, con arreglo a la Sección B, artículo 8.24.4. Allí se establece que, una vez que se haya agotado el período de mediación y consultas, el inversor puede someter la reclamación a arbitraje, con las siguientes opciones: a) de acuerdo con el Convenio del CIADI; o b) de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (UNCITRAL); o c) ante un tribunal *ad hoc*, según las reglas de arbitraje elegidas de común acuerdo.

El mecanismo de solución de controversias inversor-Estado (ISDS) es un mecanismo de una sola vía, es decir, que **solo los inversores pueden demandar a los Estados**. Este tratado no prevé la posibilidad de que sean los Estados quienes demanden a los inversores extranjeros cuando estos últimos no cumplan con disposiciones medioambientales, de derechos humanos o derechos laborales. Por el contrario, los Estados solo tienen la capacidad de demandar a los inversores recurriendo a la justicia nacional. Esto es muy relevante teniendo en cuenta el precedente de casos como el de *Chevron versus Ecuador*<sup>6</sup>.

**Argentina es el país más demandado a nivel global en el sistema de arbitraje internacional, justamente a través del mecanismo ISDS.** El país ya fue objeto de 60 demandas de inversores extranjeros. De los casos que tuvieron fallo de tribunales arbitrales, 23 se resolvieron a favor del inversor, 5 a favor del Estado y 14 terminaron en un acuerdo entre partes<sup>7</sup>. Estas demandas corresponden a inversores provenientes mayoritariamente de países europeos y de los Estados Unidos, mientras que **4 de las demandas provinieron de inversores de Chile, única procedencia latinoamericana de las demandas contra la Argentina.**

**La suma total desembolsada por Argentina** en 21 de los casos es de **más de 8700 millones de dólares**. Este monto equivale a 2,5 veces el presupuesto que recibieron las universidades públicas argentinas en 2018 o cien veces la contribución al Fondo Nacional de Empleo para la atención de programas de empleo del Ministerio de Trabajo.

---

<sup>6</sup> El caso *Chevron versus Ecuador* en la Corte Permanente de Arbitraje es relevante para ilustrar el peligro de la inclusión del mecanismo ISDS. Texaco-Chevron generó daño ecológico en la zona de la Amazonía ecuatoriana durante más de una década, derivado del uso de tecnología obsoleta, con el fin de beneficiarse económicamente. Esto fue denunciado por las comunidades indígenas a través de un juicio iniciado en 1993, pero que fue desconocido por el inversor, quien, posteriormente, después de que se le rescindiera el contrato de explotación, denunció al Estado ecuatoriano en tres ocasiones por vía del arbitraje internacional. Ver Informe Ejecutivo de la Comisión de Auditoría Integral de los Tratados de Inversión y del Sistema de Arbitraje (CAITISA) del Ecuador, <http://caitisa.org/index.php/home/enlaces-de-interes>

<sup>7</sup> Datos sobre las demandas contra Argentina: [www.isds-americalatina.org](http://www.isds-americalatina.org)

➤ **La inclusión de un artículo sobre el derecho a regular da una falsa sensación de seguridad a los Estados.**

Incorporar un artículo que “otorgue” el derecho a regular (artículo 8.4) es atractivo desde el punto de vista de la retórica, pero inútil desde el punto de vista legal. Los Estados siempre tienen el derecho a regular; el problema surge cuando, al hacerlo, se exponen a ser blanco de demandas multimillonarias. El artículo 8.4 no prohíbe de forma explícita que los inversores puedan presentar una demanda cuando el Estado regule, aun cuando sea “para alcanzar objetivos legítimos de política pública”.

➤ **La definición de inversión sigue siendo abierta y queda a merced de la interpretación de los tribunales arbitrales.**

La definición de inversión en el tratado (artículo 8.1) presenta varios puntos problemáticos:

- 1) Se explicita que inversión “significa *cualquier activo* de propiedad de un inversionista de una Parte o bajo su control directo o indirecto, que incluya, *entre otras*, las siguientes características (...)”. La noción de “*cualquier activo* (...) que incluya, *entre otros*” implica **una definición amplia y laxa de inversión**. Esta definición se acerca a los TBI de los años noventa, donde se señalaba que inversión es “cualquier tipo de bien invertido” por un inversor de la contraparte. Por lo tanto, **el TLC entre Argentina y Chile sigue manteniendo una definición abierta, que permite que los tribunales arbitrales efectúen una interpretación amplia de lo que constituye una inversión**.
- 2) Se incorpora la idea de que una inversión, para ser considerada como tal, debe tener un rol de “**contribución al desarrollo económico**” de la parte receptora. Pero **esto no restringe la capacidad de que un inversor pueda acceder al arbitraje**. En esta definición no se explicita qué se entiende por desarrollo económico ni cómo se mide el impacto o la contribución de un inversor extranjero al desarrollo de un Estado. La UNCTAD ha recomendado que la terminología para este tipo de definiciones explicita que las inversiones extranjeras contribuyan al desarrollo sustentable de un país (con sus tres elementos: económico, social y medioambiental) y que generen beneficios sociales tangibles<sup>8</sup>. Tal definición, más específica, no se encuentra en el nuevo tratado.
- 3) Incluye explícitamente, como parte de la definición de inversión, **los derechos de propiedad intelectual**. Esa inclusión sirvió como argumento para que la tabacalera Philip Morris demandara a Uruguay en 2010 por la violación de sus derechos de

---

<sup>8</sup> Ver UNCTAD (2015), Guía de Acuerdos internacionales para el desarrollo: [http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/Fina%20version%20Gu%C3%ADa\\_de\\_Acuerdos\\_Internacionales\\_de\\_Inversi%C3%B3n\\_para\\_el\\_Desarrollo\\_Sostenible\\_2015.pdf](http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/Fina%20version%20Gu%C3%ADa_de_Acuerdos_Internacionales_de_Inversi%C3%B3n_para_el_Desarrollo_Sostenible_2015.pdf)

propiedad intelectual frente a medidas tomadas por el Gobierno uruguayo en defensa del derecho a la salud<sup>9</sup>.

- 4) Incluye explícitamente las “licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares” otorgados por los Estados. Se trata de los “derechos administrativos”, que incluyen todos los permisos y licencias que brindan los Estados a los inversores extranjeros. Estos son parte integrante de la definición de inversión. Por ejemplo, los permisos para la exploración y explotación de una empresa minera extranjera. Esta inclusión ha permitido que cuatro empresas mineras demandaran a Colombia entre 2016 y 2017 por la quita de permisos de explotación como parte de las acciones del Gobierno colombiano para proteger el derecho al acceso al agua potable.

➤ **El TLC permite que los inversores demanden alegando expropiación indirecta.**

Si se compara el artículo relativo a expropiación indirecta del TBI con el que se encuentra en el TLC (artículo 8.8), el segundo es mucho más detallado y explícito. Sin embargo, todo el esfuerzo por acotar las posibilidades de que los inversores abusen de esta cláusula se echan por la borda cuando los redactores del artículo incorporan entre las especificaciones de lo que constituye una expropiación indirecta:

1. Inciso 2.e.i: “...si tal acto o serie de actos **interfirieron sustancialmente** en una inversión en el territorio de la Parte receptora...”.  
¿Cuál es el criterio para determinar qué representa una interferencia sustancial? Se trata de una redacción laxa que deja la interpretación definitiva a la discreción del tribunal arbitral.
2. Inciso 2.d: “Salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger **objetivos legítimos** de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente”.  
¿Quién determina qué es un “objetivo legítimo”? Incluso en los casos en que la medida del Gobierno que dio lugar a la disputa persiguiera innegablemente un propósito público, los inversores han demandado afirmando que las políticas eran ilegítimas y excesivas.  
Señalamos que la tabacalera Philip Morris, en la disputa contra Uruguay, argumentó que las medidas de salud pública tomadas por el Gobierno no eran legítimas. El tribunal dio lugar a jurisdicción en el caso<sup>10</sup>. Existe amplia evidencia de que los tribunales arbitrales han interpretado salvaguardas legítimas en materia de salud pública, medioambiente y de otra índole, condenando a los Estados a pagar una compensación.

---

<sup>9</sup> Demandas contra Uruguay: <http://isds-americalatina.org/>

<sup>10</sup> Cecilia Olivet, Natacha Cingotti, Pia Eberhardt, et al. (2016) “El Sistema de Tribunales de Inversiones puesto a prueba”: <https://www.tni.org/es/publicacion/el-sistema-de-tribunales-de-inversiones-puesto-a-prueba>

**El lenguaje utilizado deja la puerta abierta para que los inversores sigan demandando por actos regulatorios del Estado y otorga una amplia discreción a los árbitros para la interpretación de las cláusulas.** La Procuraduría del Tesoro de la Nación explica en su análisis sobre este capítulo que “la inclusión de esos factores tiene por finalidad limitar los supuestos de expropiación indirecta y reducir la discrecionalidad de los tribunales arbitrales al momento de decidir si se ha producido una expropiación indirecta (...) se busca preservar la potestad regulatoria del Estado”. Sin embargo, **en el marco del “Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones intra-Mercosur”, la Argentina adoptó un modelo de cláusula sobre expropiación que no incluye la expropiación indirecta** (artículo 6), y solo incluye la expropiación directa. Sin embargo, en este tratado con Chile, se vuelve a incorporar la expropiación indirecta.

De acuerdo con datos de la UNCTAD, la expropiación indirecta es la segunda causa de demanda más invocada por los inversores y también aparece en segundo lugar entre las cláusulas que, según los árbitros, fueron objeto de más contravenciones por parte del Estado<sup>11</sup>. De hecho, **de las 60 demandas que recibió Argentina en el CIADI, los inversores alegaron expropiación indirecta en 39.**

➤ **La Responsabilidad Social Corporativa es voluntaria para los inversores extranjeros.**

La incorporación de la Responsabilidad Social Corporativa (artículo 8.17) es **de aplicación completamente voluntaria para las empresas**. Esto significa que no se trata de cláusulas vinculantes, de cumplimiento obligado, sino que queda a voluntad de las empresas seguir los lineamientos explicitados. Esto muestra que este tratado **no propone ningún requisito de desempeño para los inversores extranjeros**, a los que solo otorga derechos, sin imponerles obligaciones.

---

<sup>11</sup>UNCTAD, Investment policy hub, Breaches of IIA provisions alleged and found: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByBreaches>