



Universidad Nacional de San Martín

Licenciatura en Relaciones Internacionales, Escuela de Política y Gobierno

**Las Cláusulas de Solución de Controversias de los Tratados Bilaterales de
Inversión de Argentina. Una comparación entre contextos neoliberales**

Tesina de Investigación

- Alumna: Milagros Dovalo Suárez
- Tutora: Luciana Gil

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| Resumen | 3 |
| 1. Introducción | 4 |
| 2. Estado de la cuestión | 5 |
| 3. Marco teórico | 11 |
| 4. Metodología | 15 |
| 5. Política exterior en torno a inversiones de los gobiernos de Menem y Macri: rasgos generales. | 16 |
| 5.1. Gobierno de Carlos Menem (1989-1999) | 16 |
| 5.2. Gobierno de Mauricio Macri (2015-2019) | 19 |
| 6. Cláusulas de solución de controversias inversor-Estado de los TBI. | 23 |
| 6.1. Cláusulas del mecanismo de solución de controversias de los TBI con España y México firmados por el gobierno de Carlos Menem. | 23 |
| 6.2. Cláusulas del mecanismo de solución de controversias de los TBI con Qatar y Emiratos Árabes Unidos firmados por el gobierno de Mauricio Macri. | 26 |
| 7. Comparación entre los TBI: cambios y continuidades en el mecanismo de solución de controversias... | 29 |
| 8. Reflexiones finales | 34 |
| Bibliografía | 36 |

Resumen

El presente trabajo se propone analizar las cláusulas que refieren a los mecanismos de solución de controversias definidos en los tratados bilaterales de inversión (TBI) firmados durante los gobiernos de Carlos Menem (1989-1999) y Mauricio Macri (2015-2016). Se sostiene que estos mecanismos forman parte un tipo de régimen internacional y ese régimen mantiene similares características durante ambas presidencias. Para corroborar esa similitud, se describe el contexto internacional y la política exterior en torno a inversiones de ambos gobiernos, como marco en el que se inserta la firma de aquellos tratados bilaterales de inversión. A través de un análisis de contenido con enfoque comparativo, se observa el mecanismo de solución de controversias inversor-Estado de una selección de TBI firmados por cada gobierno para detectar cambios y similitudes. Finalmente, se encuentran principalmente similitudes y algunos cambios en aquellos firmados en el siglo XXI que, si bien le dan un mayor margen de acción al Estado, no modifican las bases sustanciales del régimen.

Palabras clave: *regímenes internacionales, tratados bilaterales de inversión, mecanismo de solución de controversias inversor-Estado.*

1. Introducción

A fines de la década de los '80 en Argentina asumió el Poder Ejecutivo el gobierno de Carlos Menem. Dicho gobierno se caracterizó por llevar a cabo políticas neoliberales en donde, entre otras medidas, se siguieron las consignas económicas que proponía el Consenso de Washington. Estas medidas, sugerían la apertura y disciplina macroeconómica (Rangel y Garmendia 2012). Con estas medidas, Menem se propuso como uno de sus principales objetivos de política exterior acabar con el "aislacionismo internacional" del país para poder "reinsertarlo en el mundo", volviendo al mismo más atractivo a capitales extranjeros.

Luego de la crisis del 2001 y del paso de distintos presidentes por el Poder Ejecutivo, en el año 2015 asumió el gobierno de Mauricio Macri. El gobierno llegó con un discurso similar al de los años '90 en relación a volver a insertar al país en el mundo y con un objetivo muy marcado de atracción de inversiones.

En paralelo, en la agenda internacional, durante los últimos años del siglo XX tuvo un lugar creciente la preocupación por parte de los inversores extranjeros de proteger sus inversiones alrededor del mundo. Por su parte, los Estados coincidían en la importancia de la protección de esos capitales para la promoción de inversiones. De este modo surge el régimen internacional de protección de inversiones (Bas Vilizzio 2019) y esto dio lugar a los llamados tratados bilaterales de inversión (TBI), entre otro tipo de documentos, que se convirtieron en el entramado jurídico que llevó a que los inversores localizaran sus capitales en distintas partes del mundo (Mortimore y Stanley 2006; Ghiotto 2015).

Dentro de este régimen más amplio de protección de inversiones se puede encontrar el régimen de solución de controversias. Este mecanismo está expreso en los TBI y es una cláusula que habilita a que los inversores de un Estado demanden al Estado huésped de sus inversiones en caso de ver vulnerados sus derechos (Bas Vilizzio 2019). El problema que se detecta aquí es que los mismos tratados dan lugar a que los Estados deleguen su soberanía a un tribunal arbitral internacional para resolver las controversias (Ghiotto 2015). Además, los fallos emitidos por los tribunales son de carácter vinculante y no hay instancia de apelación.

En este aspecto Argentina tiene demasiada experiencia. Enmarcado en el objetivo de atracción de inversiones, durante el gobierno de Menem se produjo una firma masiva de estos TBI que eliminan las barreras que puedan tener efectos en la entrada y permanencia del capital (Mortimore y Stanley 2006). Luego, a raíz de las medidas tomadas por el Estado para paliar la

crisis del 2001, aquellos inversores extranjeros que vieron en peligro sus ganancias recurrieron a tribunales de arbitraje internacional para defender sus derechos. Esto convirtió al país del Sur en uno de los más demandados a nivel mundial.

A pesar de la experiencia vivida previamente, años más tarde, durante la presidencia de Macri se firmaron tres TBI que aún no entraron en vigencia. Esto se enmarcaba en el objetivo y la promesa de “lluvia de inversiones” que traía aparejada el gobierno.

Partiendo de detectar similitudes en las políticas de liberalización comercial y financiera, se analizan las presidencias de Menem (1989-1999) y de Macri (2015-2019), y los tratados bilaterales de inversión firmados respectivamente. Al momento de observar los tratados, se analizan exclusivamente aquellas cláusulas que hagan referencia al mecanismo de solución de controversias. Esto se realiza con el objetivo principal de encontrar qué cambios hay en el mecanismo de solución de controversias inversor-Estado entre los tratados firmados por el gobierno de Carlos Menem y el gobierno de Mauricio Macri. Aunque en la actualidad los TBI firmados por el gobierno de Macri no están operativos, se argumenta que la presencia de mayores similitudes en los tratados y las decisiones de los gobiernos en torno a las políticas relacionadas a inversiones conducen a que se pueda hablar del mismo tipo de régimen de solución de controversia a pesar del paso de los años.

Para realizar el análisis se desarrollan tres objetivos específicos. Primero, observar el contexto internacional y la política exterior en torno a inversiones de los gobiernos de Menem y Macri para poder contextualizar la firma de los tratados. Segundo, analizar el contenido de las cláusulas que refieran al mecanismo de solución de controversias inversor-Estado en los TBI seleccionados. Tercero, comparar las cláusulas que refieran al mecanismo de solución de controversias inversor-Estado para detectar diferencias y similitudes entre los tratados firmados por una gestión y otra.

2. Estado de la cuestión

En la década de 1990, en América Latina se consolidaron las medidas planteadas por el Consenso de Washington. Dicho consenso estaba compuesto por medidas enmarcadas en la tradición de una teoría económica neoclásica y un modelo económico neoliberal. Las mismas fueron desarrolladas en 1989 por el economista británico John Williamson y se sintetizaban en diez principios necesarios para dar lugar al crecimiento económico en América Latina: 1) disciplina fiscal para estabilizar la macroeconomía; 2) revisión del gasto público para poder detectar qué es lo prioritario; 3) implementación de una reforma fiscal; 4) y 5) tasas de interés

y tipo de cambio competitivos y regulados por el mercado; 6) política comercial orientada hacia el libre comercio; 7) atracción de inversión extranjera directa; 8) privatizaciones; 9) desregulación de todo aquello que impida la liberalización comercial; y 10) derechos de propiedad y seguridad jurídica (Williamson 1990, 8-19). En este sentido, la esperanza de un futuro mejor para América Latina descansaba en una combinación de políticas liberalizadoras y estabilizadoras tanto económicas como comerciales. Además, el rol del sector privado pasaba a ser esencial para alcanzar los objetivos (Kuczynski y Williamson 2003, 25). Fue así que la región siguió los lineamientos sugeridos por el Consenso de Washington con la intención de que estos dieran lugar al crecimiento económico de la región.

En contraposición a estas miradas neoliberales que abogaban por el libre comercio, más tarde tuvieron resonancia las miradas más críticas al respecto. En este sentido, Ha-Joon Chang (2013) argumenta a través de un análisis histórico que los países desarrollados no llegaron a esa posición gracias a la liberalización de la economía. Por el contrario, utilizaron políticas comerciales intervencionistas (implementación de aranceles, tasas aduaneras, subsidios, etc.) para promover el desarrollo de las nacientes industrias y luego posicionarse en el lugar en el que se encuentran hoy (Chang 2013). Siendo esto así, para el autor resulta contradictorio que se haga presión para ir hacia el libre comercio cuando la historia demuestra lo contrario: “los países desarrollados que propagan tal visión parecen estar de hecho dando ‘la patada a la escalera’ que ellos utilizaron para llegar a la posición privilegiada que ahora ocupan” (Chang 2013, 51).

Retomando el contexto de la década de 1990 en América Latina, marcado por la implementación de las medidas del Consenso de Washington, los inversores extranjeros se enfocaron en encontrar medidas jurídicas que garantizaran la protección de sus inversiones en distintas partes del mundo. De este modo surgieron los TBI para generar el clima legal estable y la seguridad jurídica deseados que conducían a la efectiva promoción de la inversión extranjera directa (IED) (Mortimore y Stanley 2006, 192; Zabalo 2011, 274; Ghiotto 2015, 30).

Autores como Leonardo Stanley (2004), Ricardo Ortiz (2006) y Luciana Ghiotto (2015) observaron las cláusulas de los distintos TBI destacando sus características. Primero, dentro del ámbito de aplicación que contienen los TBI, en donde se definen los conceptos más importantes a tener en cuenta, se pueden encontrar las definiciones de inversor e inversión (Stanley 2004, 14). Los autores argumentaron que estas definiciones son muy amplias porque protegen toda clase de activo y eso incluye todo tipo de derechos, como la propiedad

intelectual, patentes o derechos relacionados a poder realizar “actividades económicas y comerciales en virtud de un contrato” (Ortiz 2006, 14).

Segundo, analizaron la cláusula del trato nacional. Este elemento lleva a que cualquier trato diferenciado por el origen de la inversión pueda ser entendido como una discriminación y abre lugar a la posibilidad de que el inversor extranjero eleve su reclamo a tribunales internacionales (Ortiz 2006, 14). Por lo tanto, no puede haber un trato diferenciado sobre los inversores, a menos que ese trato sea beneficioso para la inversión (Ghiotto 2015, 37). Además, a esta cláusula se suma la de nación más favorecida que refiere a que, por propiedad transitiva, los inversores de las Partes contratantes pueden hacer uso de las condiciones y beneficios fijados en otros tratados firmados por el Estado (Ortiz 2006,15).

A estas dos cláusulas se les añade en forma conjunta la de trato justo y equitativo. La apertura de la política de IED permitió incluir una disposición que asegurara protección legal adicional. Sin embargo, se presentaron desafíos debido a la falta de claridad en el concepto y la interpretación subjetiva de los términos "justo y equitativo" (Stanley 2004, 15). Dentro de estos desafíos, se pudo detectar que la interpretación de estas cláusulas en particular, y de los TBI en general, quedó muchas veces sujeta a interpretación de los árbitros que conformaban los tribunales internacionales, que más adelante se desarrollan. Muchas veces esas interpretaciones no estaban relacionadas a las intenciones de los Estados al momento de firmar los tratados (Bárcena et al 2020, 127).

Tercero, señalaron que dentro de los TBI están las cláusulas de estabilización que son aquellas que establecen que, ante cualquier modificación de la legislación nacional, las inversiones externas van a continuar dado que los cambios no alcanzan las medidas firmadas previamente en los tratados (Ortiz 2006, 15). Esto se hace para que el Estado no lleve a cabo medidas que perjudiquen intereses del sector privado (Ghiotto 2015, 40). Como expuso Ghiotto en su artículo (2015), el paraguas generado tras este tipo de cláusulas fue el que más cantidad de demandas generó por parte de empresas transnacionales. A raíz de la crisis argentina a comienzos del siglo XXI, las medidas llevadas a cabo por el Estado para paliar los efectos de la crisis hicieron que estas empresas consideraran violados los derechos otorgados por los distintos TBI.

Cuarto, destacaron los mecanismos de solución de controversias incluidos en los tratados. Los inversores extranjeros, ante el temor de estar atrapados por decisiones judiciales nacionales, impulsaron la creación y adhesión a distintas instancias supranacionales de justicia por parte

de los Estados receptores de sus inversiones con el objetivo de garantizar una mayor seguridad jurídica (Stanley 2004, 17-21). Uno de los argumentos pro-inversor a favor de la creación de este tipo de instancias fuera de los Estados es que las cortes de estos últimos no son adecuadas, son ineficientes y no tienen objetividad frente a los inversores extranjeros (Olivet y Ghiotto 2021, 7). A pesar de que algunos tratados evalúan una instancia en un tribunal local para dirimir la disputa, como esta no suele ser obligatoria, se abre la posibilidad a los inversores extranjeros a que lleven sus casos a tribunales internacionales para defenderse de los incumplimientos que los Estados puedan llegar a realizar con sus inversiones (Ortiz 2006, 17). Cabe destacar que esta tesina se propone observar exclusivamente las cláusulas que hagan referencia a este mecanismo en los tratados argentinos.

En este punto, y en palabras de Stanley (2004, 21), lo ideal sería una instancia internacional que permitiera la resolución de disputas en materia de inversiones. Como no existía un mecanismo multilateral de solución de controversias a escala mundial, surgió en 1965 desde el Banco Mundial el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) (Stanley 2004). Dicha organización emitió el “Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados” en el año 1965, el cual fue ratificado por 156 Estados parte, en donde el objeto del mismo es: “facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje de acuerdo con las disposiciones de este Convenio” (CIADI 2006, 12). Para poder denunciar a los Estados, los inversores pueden hacer uso del mencionado Convenio siempre y cuando el Estado denunciado tenga un tratado firmado con el Estado origen de la inversión (Ghiotto 2015).

La Convención de 1965 del CIADI establece cinco características centrales: 1) los inversores extranjeros pueden demandar directamente al Estado receptor de sus capitales; 2) la inmunidad soberana es restringida substancialmente; 3) el derecho internacional puede ser aplicado a la relación que surja entre un inversor y el Estado huésped; 4) el agotamiento de las instancias locales es excluida, en principio, como exigencia previa al arbitraje; y 5) cualquier país miembro del CIADI puede exigir la ejecución de los laudos (Bohoslavsky 2010, 14).

Desde el ámbito del derecho y del derecho internacional de inversiones también surgieron reflexiones respecto a los tratados de promoción y protección recíproca de inversiones. Se reconoció el potencial dinámico y evolutivo del derecho internacional de inversiones ya que pudo atravesar las fronteras territoriales y generar efectos jurídicos y económicos. Ese efecto

escaló hasta la gestión pública de los Estados ya que estos últimos adecuaron su normativa al ratificar los TBI (Kundmüller Caminiti 2009). En este sentido, cuando un Estado firma un TBI, renuncia a parte de su autoridad regulatoria y judicial soberana a cambio de aumentar la confianza de los inversores. Esto implicó establecer normas básicas de comportamiento y mecanismos de arbitraje en caso de conflicto, cuyos detalles y alcance final son determinados por los árbitros en sus decisiones (Bohoslavsky 2010; Van Aaken 2008).

En relación a esto último, en el caso del mecanismo de solución de controversias inversor-Estado podemos ver un ejemplo de la cesión de soberanía por parte de los Estados. Los inversores extranjeros poseen la capacidad de elegir a su propio criterio el foro legal, internacional o local, en donde se van a resolver las disputas. Esto es conocido en el ámbito del derecho privado internacional como *forum shopping* (Echaide 2021, 77).

Llevando todo lo mencionado al caso argentino, durante el gobierno de Carlos Menem Argentina llevó a cabo una firma masiva de TBI y, para el año 1994, adhirió al Convenio del CIADI de 1965. Como expuso Luciana Ghiotto (2015), el paraguas legal generado a través de este tipo de tratados fue el que más cantidad de demandas¹ generó por parte de empresas transnacionales.

A raíz de la crisis argentina a comienzos del siglo XXI, la devaluación, el congelamiento de tarifas de servicios públicos y el fin del régimen de convertibilidad, numerosas empresas transnacionales consideraron violados los derechos otorgados por los distintos TBI. La crisis del Plan de Convertibilidad, que establecía la paridad cambiaria entre la moneda nacional y el dólar, despertó las alarmas de las empresas extranjeras dado que los contratos firmados estaban pautados en moneda extranjera (Mortimore y Stanley 2006).

Por lo tanto, la pesificación de las tarifas, las consecuencias de la devaluación en los contratos y los impuestos sobre las exportaciones fueron unas de las principales razones que condujeron a que las empresas demanden a Argentina en tribunales internacionales (Mortimore y Stanley 2006). Los inversores extranjeros llevaron sus denuncias principalmente al CIADI y una gran cantidad de casos se resolvieron a su favor.

Gracias a la experiencia de Argentina y de otros países demandados en tribunales arbitrales, se comenzó a cuestionar el régimen de protección recíproca de inversiones, los TBI y los

¹ Según la base de datos del CIADI, Argentina acumula 56 demandas <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database>

mecanismos de solución de controversias inversor-Estado más en específico. Hay autores que detectaron que mientras que las leyes en cualquier país democrático son promulgadas a través de un proceso legislativo en el congreso, las normas de arbitraje no surgen de un proceso similar ya que son el resultado de una estrategia impulsada por asociaciones empresariales y abogados con el objetivo de privatizar el sistema judicial en lo que respecta al ámbito del derecho comercial (Zabalo 2011, 266). Incluso hay quienes detectaron que esta “prórroga de jurisdicción” a favor de los tribunales arbitrales internacionales es inconstitucional y necesaria una revisión de los tratados por parte de la justicia federal argentina (Corti 2004).

Se detectó también una tensión entre los derechos de los inversores a no ser tratados de manera discriminatoria y la capacidad de regular la actividad económica que puede tener un gobierno. Esto se debe a la manera en la que están redactados estos tratados y la “lógica expansiva” con la que los árbitros de los tribunales interpretan los derechos que otorgan estos documentos legales (Bohoslavsky 2010, 61). Como consecuencia de esto, desde el derecho internacional de las inversiones se propuso modificar o aclarar el contenido sustantivo de los TBI para poder darle un margen de regulación legítima a los Estados a favor del bienestar público (Lang y Perrone 2017, 286). En este sentido, más adelante se observará que el tratado firmado con Emiratos Árabes Unidos durante la presidencia de Mauricio Macri es el único que, hasta el momento, otorga mayor libertad al Estado para supervisar y regular ciertos asuntos que se consideran esenciales para el bienestar de la población.

Lang y Perrone indicaron que emprender el camino de cambiar el régimen de protección de inversiones puede resultar difícil porque pueden presentarse distintos obstáculos:

“Entre ellos se incluyen la existencia de tratados anteriores, el impacto de las cláusulas de nación más favorecida y la medida en que la costumbre refleja los recientes avances en el arbitraje de inversiones. Además, hay límites en cuanto a la medida en que es posible hacer que los textos de los tratados sean suficientemente claros: dado que la redacción de las normas de protección de las inversiones es inevitablemente general, el significado real de muchos de los cambios textuales propuestos dependerá de la interpretación arbitral de las inversiones.” (2017, 287).

Si bien en estos últimos años se presenciaron una "segunda oleada" de gobiernos que decidieron llevar a cabo la negociación de nuevos tratados de inversión (Bárcena et al 2020, 139), a nivel internacional se detectaron medidas alternativas al régimen de protección de inversiones. Un

ejemplo de esto último son Bolivia y Ecuador² ya que, en relación al Convenio del CIADI mencionado previamente, cuestionaron su función y tomaron la decisión de salirse del mismo (Bas Vilizzio 2019).

3. Marco teórico

Un reconocido autor que ha dedicado parte de su trabajo al término de regímenes internacionales fue John Ruggie. En su texto, el autor indica que el término régimen puede ser comprendido como un conjunto de expectativas mutuas, normas y regulaciones, planes, energías organizativas y compromisos financieros que fueron aceptados por un grupo de estados (Ruggie 1975, 570).

Años más tarde, Stephen Krasner (1983) presenta un libro en donde se evidencian tres enfoques que debaten la importancia de los regímenes internacionales. En primer lugar, Susan Strange se encuentra alineada a una perspectiva de las relaciones internacionales que pone el énfasis en la primacía de los intereses propios y el poder. Desde ese punto de vista, la autora cuestiona la utilidad de la noción de regímenes internacionales porque sostiene que, de algún modo, ocultan los intereses y las relaciones de poder que considera que son un atenuante en el comportamiento dentro del sistema internacional. Strange indica que aquellos acuerdos internacionales, encasillados como régimen, se pueden alterar con facilidad cuando los Estados que los negocian producen un cambio en el equilibrio de poder y/o la percepción del interés nacional (Strange 1983, 345). Es por esto que este tipo de miradas se resiste a sostener que los principios, normas, reglas y procedimientos de toma de decisión tienen un impacto directo en los resultados y el comportamiento (Krasner 1983, 6).

En segundo lugar, autores como Robert Keohane y Arthur Stein parten de una perspectiva clásica que entiende que los Estados soberanos se rigen por maximizar sus intereses y poder dentro de un sistema anárquico. Keohane (1983, 146) sostiene que los regímenes, dentro del sistema internacional, derivan de acuerdos voluntarios entre actores jurídicamente iguales. Por su parte, Stein (1983, 116) indica que su conceptualización de regímenes encuentra su origen en una caracterización de la política internacional en donde las relaciones se llevan a cabo entre entidades soberanas dedicadas a su propia autoconservación, capaces de depender de sí mismas y dispuestas a recurrir al uso de la fuerza. Por lo tanto, en este tipo de enfoques se sostiene que,

² Ecuador se retiró del Convenio del CIADI en el año 2009 durante la presidencia de Rafael Correa. Años más tarde, de acuerdo a los objetivos de promoción de inversiones del presidente Guillermo Lasso, el país vuelve a ingresar y ratificar el Convenio en 2021. "Ecuador se reincorpora al Convenio del CIADI", *International Institute for Sustainable Development* <https://www.iisd.org/itn/es/2021/10/07/ecuador-rejoins-the-icsid-convention/>

en un mundo interdependiente y complejo en donde pueden presentarse condiciones que restrinjan las acciones individualistas, los regímenes tienen un impacto significativo ya que aparecen como mecanismos de coordinación.

Otro aporte que Keohane realiza sobre la temática es que una de las principales funciones de los regímenes internacionales, es la facilitación de acuerdos específicos sobre asuntos de relevancia dentro de un área temática. Esto contribuye a que las expectativas de los gobiernos que celebran estos acuerdos sean coherentes entre sí. Además, el autor sostiene que los regímenes surgen debido a que los actores de la política mundial creen que su presencia conduce a acuerdos mutuamente beneficiosos que, de otro modo, serían muy difíciles de concretar (Keohane 1983, 150).

En tercer lugar, Raymond Hopkins y Donald Puchala, entre otros autores, forman parte de una última perspectiva que entiende a los regímenes internacionales como una característica omnipresente dentro del sistema internacional. Los autores sostienen que ningún patrón de comportamiento puede mantenerse durante tanto tiempo sin generar un régimen congruente que lo respalde (Krasner 1983, 6). Hopkins y Puchala (1983, 86) consideran que los regímenes están en todos los ámbitos de las relaciones internacionales y eso se puede evidenciar, por ejemplo, en las rivalidades entre las grandes potencias. Para este caso, ellos observan que los Estados se ven a sí mismos limitados por principios, normas y reglas que prescriben y proscriben variedades de comportamiento. Además, esta última visión considera incluso al mercado como un tipo de régimen, sosteniendo que las pautas de comportamiento que se mantienen durante largos períodos de tiempo contienen un significado normativo.

Mientras estos autores se diferencian, principalmente, por sus distintas concepciones del régimen y de su impacto en las relaciones internacionales, en este trabajo la ambición es mucho más limitada. Al buscar similitudes y diferencias entre elementos del régimen de solución de controversias firmados por un mismo país en relación a distintos socios en distintos momentos históricos, se parte de la definición general de régimen planteada por Krasner. En términos del autor, un régimen internacional es:

“un conjunto de principios, normas, reglas y procedimientos de toma de decisiones explícitos o implícitos alrededor de los cuales convergen las expectativas de los actores en un área dada de las relaciones internacionales. Los principios son creencias de hecho, de causalidad y de rectitud. Las normas son estándares de comportamiento definidos en términos de derechos y obligaciones. Las reglas son proscripciones específicas para la

acción. Los procedimientos de toma de decisiones son prácticas prevalecientes para el diseño e implementación de la acción colectiva” (Krasner 1983, 2).

Aplicado a la disciplina de las relaciones internacionales, se entiende que los regímenes son integrados exclusivamente por grupos de Estados, como plantea John Ruggie (Keohane 1988, 80), y son estos últimos los que deciden ingresar, permanecer o abandonar el régimen (Bas Vilizzio 2019, 8). Los Estados optan por formar parte de un régimen siempre y cuando perciban que esa decisión sea beneficiosa o una relación de tipo *win-win*. En otras palabras, elegirán incorporarse a un régimen si los beneficios de sumarse son mayores a los que tenían antes de incorporarse; por el contrario, elegirían abandonarlo o no formar parte si los costos son mayores (Bas Vilizzio 2019, 17).

A pesar de que los miembros formales de los regímenes internacionales suelen ser los Estados, en la práctica son cada vez más los actores no estatales que influyen en la dinámica y/o forman parte de los mismos (Young 1997 en Souto Zabaleta 2013, 260). En relación a estas corrientes de pensamiento que amplían el abanico de actores que forman parte del sistema internacional más allá de los Estados, en el marco de la economía política internacional, Strange (2001, 23) señala que “allí donde los Estados fueron una vez señores de los mercados, ahora son los mercados los que, en muchas cuestiones cruciales, son los señores que están por encima de los gobiernos estatales” (Strange 2001).

Un ejemplo de actores del mercado que logran ocupar el lugar de los Estados son las empresas transnacionales (ETN). Los autores Saguier y Ghiotto (2018, 168) detectan que en la década de los '90 estas empresas “crecieron como actores políticos en la gestión y regulación de procesos socioeconómicos a escala nacional y transnacional”. En relación con los regímenes internacionales, los autores mencionan que las ETN se convirtieron en actores políticos y económicos de suma relevancia para la generación de reglas que regulan los procesos socioeconómicos.

Este peso que pasan a tener las ETN se puede ver reflejado también en el régimen de protección de inversiones. Si bien los Estados son quienes negocian y firman los tratados que dan lugar a la protección de las inversiones extranjeras, no son necesariamente estos últimos los que se benefician en su totalidad del mecanismo. Esto se debe a que la arquitectura legal internacional creada a partir de los TBI tiene como actores principales a los inversores extranjeros y ETN que se benefician de la reducción de aranceles, la protección de sus inversiones y les brindan nuevas prerrogativas frente a los Estados (Saguier y Ghiotto 2018).

Dentro de estas nuevas prerrogativas que los inversores extranjeros pueden tener de cara a los Estados, y esto se ve explícitamente en los TBI, se puede encontrar el mecanismo de solución de controversias inversor-Estado que estos tratados contienen. Este mecanismo puede encontrarse en forma de cláusula que brinda el derecho a los inversores extranjeros de demandar a los Estados huéspedes de sus inversiones en caso de que vean vulnerados sus derechos y estos últimos se encuentran amparados por dicho instrumento jurídico ya que, como se indicó anteriormente, este contiene una prórroga de jurisdicción a favor del arbitraje internacional (Bas Vilizzio 2019, 20).

Ahora bien, lo más importante en este aspecto es que se puede hablar de este mecanismo como un régimen internacional en términos de Krasner (1983) ya que los Estados, en su condición de soberanos, deciden formar parte del mismo. En este sentido, este trabajo adhiere a la idea de entender al mecanismo de solución de controversias inversor-Estado en los mismos términos que la autora Bas Vilizzio (2019) ya que lo define como un régimen de tipo:

“1) formal, basado en la estructura institucional del organismo internacional y las disposiciones previstas en los TBI en relación a la materia; 2) condicional abierto, ya que los Estados interesados pueden solicitar su ingreso al CIADI, organización internacional que administra el mayor número de arbitrajes en la actualidad, e iniciar la práctica tendiente a la firma de TBI con prórroga de jurisdicción al arbitraje internacional; 3) *rule-oriented*, puesto que las relaciones entre los miembros son efectivas y legítimas; 4) de comunidad de intereses, en el entendido de que los integrantes comparten intereses en común, más allá de diferencias de tipo económico, político y/o cultural” (Bas Vilizzio 2019, 20).

Según Bas Vilizzio (2020), se puede detectar que dicho régimen cuenta con cuatro características centrales. En primer lugar, solamente el inversor extranjero tiene acceso directo a los tribunales y la capacidad de ser sujeto del proceso. En segundo lugar, no es indispensable agotar la instancia de llevar los casos a los tribunales arbitrales domésticos antes de comenzar el arbitraje. En tercer lugar, los casos son juzgados por tribunales creados exclusivamente para cada caso. Por último, los fallos son inapelables.

Estos puntos serán detectados en el desarrollo de las cláusulas analizadas para los TBI firmados por Argentina, lo que permitirá identificar dichas cláusulas como parte de un régimen internacional de solución de controversias que, más allá de las diferencias que se observarán, mantiene su naturaleza inalterada entre ambos períodos estudiados. Cabe destacar que se

detectan los elementos de la definición de este tipo de régimen adoptada por Bas Vilizzio (2019) tanto en los tratados firmados por el gobierno de Carlos Menem como en los firmados por el gobierno de Mauricio Macri. Sin embargo, el punto relacionado a la eficacia y legitimidad de las relaciones entre los miembros del mismo régimen encuentra su debilidad para el caso de los TBI firmados por Macri, ya que a la fecha no están operativos.

4. Metodología.

La metodología que utiliza este trabajo es cualitativa. En primer lugar, para poder comparar los tratados firmados durante el gobierno de Carlos Menem y los del gobierno de Mauricio Macri, se realiza una contextualización de la firma de los TBI. Para ello, se observan elementos del escenario internacional y se describe la política exterior de cada uno en relación a las inversiones. En esta revisión del contexto se detectan similitudes respecto a las decisiones tomadas.

En segundo lugar, se realiza un análisis de contenido de las cláusulas que refieren al mecanismo de solución controversias inversor-Estado. Se toman los TBI de España y México firmados por la gestión de Carlos Menem y los de Qatar y Emiratos Árabes Unidos (EAU) firmados por la gestión de Mauricio Macri. Para analizar las cláusulas, se toma como referencia la metodología de análisis de contenido empleada por los autores Stanley (2004), Ortiz (2006) y Ghiotto (2015) para los TBI firmados durante la década de los '90. Estos autores hicieron una revisión general de todas las cláusulas que componen un TBI; este trabajo va a analizar en detalle las cláusulas que refieran al mecanismo de solución de controversias inversor-Estado para un análisis en profundidad del mismo.

La revisión de los tratados fue realizada a través de la información recopilada por la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), ya que en su página cuenta con un repositorio de los documentos oficiales. De los sesenta y un tratados que firmó la Argentina, fueron seleccionados cuatro documentos siguiendo la técnica de *most-similar cases* desarrollada por John Gerring (2007). El método mencionado comprende por lo menos un mínimo de dos casos en donde los mismos son seleccionados por ser similares en todos los aspectos excepto en las variables de interés (Gerring 2007, 131). El autor indica que la comparación de los casos se centra en identificar una diferencia entre los casos que podría explicar la variación de la muestra (Gerring 2007, 144). Además, cuando se trata con un universo de casos relativamente homogéneos, incorporar casos adicionales al análisis no es

relevante ya que, al ser relativamente similares, no proporcionarían información nueva o útil para el análisis (Gerring 2007, 51).

Llevando lo mencionado al caso trabajado por esta tesina, se seleccionaron cuatro TBI a analizar, dos para cada gobierno. De este modo, luego de una revisión general de todos los tratados firmados, se eligieron dos TBI de cada gobierno que comparten similitudes con otros de la misma época, pero difieren de los firmados en el otro período. No obstante, para los tratados del mismo período se seleccionaron dos documentos en los que la cláusula de solución de controversias inversor-Estado es distinta con el propósito de enriquecer el análisis.

Finalmente, una vez analizadas las cláusulas por separado, se compara el contenido de las mismas para poder detectar diferencias y similitudes entre los documentos, y se revisa la vigencia del mismo régimen internacional en el caso de Argentina en ambos períodos. En este sentido, dentro de los elementos analizados, se compararán: 1) la negociación previa al arbitraje; 2) el agotamiento de la instancia local; 3) los plazos y las condiciones para llevar el caso a un tribunal internacional; 4) el carácter de los fallos, sobre qué criterios toma la decisión el tribunal arbitral; y 5) la acumulación de procedimientos.

5. Política exterior en torno a inversiones de los gobiernos de Menem y Macri: rasgos generales.

En este apartado se observarán el contexto internacional y los rasgos generales en materia de política exterior de los gobiernos de Carlos Menem y de Mauricio Macri, considerando que es un marco necesario para comprender la toma de decisiones en torno a inversiones en general y en torno a la firma de TBI en particular.

5.1. Gobierno de Carlos Menem (1989-1999)

a) Contexto internacional

En el año 1989 asumió el gobierno de Carlos Menem al Poder Ejecutivo, meses antes de la caída del Muro de Berlín. Cuando finalmente cayó el muro, se produjo el fin de la Guerra Fría, y se disolvió el orden bipolar que enfrentaba el capitalismo y el comunismo. Primaron las ideas del nuevo orden mundial y, dentro de este orden, Estados Unidos dictó los parámetros de cómo iba a ser el sistema internacional, comenzando así un proceso de concentración del poder en este país (Battaglino 2008, 11-12).

La década de los '90 se identificó con el auge de la globalización y esto permitió que el capitalismo se expandiera a nivel mundial. Con el crecimiento de la economía de mercado en otras partes del mundo, se esparcieron los flujos económicos, las empresas transnacionales y a

escala internacional se le dio exclusiva prioridad a la agenda económica. También creció exponencialmente el libre comercio. Como menciona Frenkel (2015, 132), “la liberalización masiva del comercio y la preeminencia de los asuntos económicos por sobre los estratégicos-militares pasarían a determinar las relaciones intra e interestatales”.

Durante estos años el multilateralismo se impulsó en el marco de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) ya que allí los países desarrollados comenzaron a debatir cómo debían tratarse las inversiones ahora que los flujos eran más significativos. Sin embargo, este debate se estancó debido a que surgieron diferentes posicionamientos al respecto. Las miradas disidentes variaban entre las distintas posturas que tuvieron Estados Unidos y Francia en relación al tratamiento de la inversión en el área cultural, el intento de llevar la temática bajo el paraguas de la Organización Mundial del Comercio y la falta de consenso sobre el marco normativo que debía tener la gestión de las inversiones (Mortimore y Stanley 2006, 192).

A partir de la falta de respuestas a nivel multilateral para el tratamiento de las inversiones, los países optaron por actuar bilateralmente entre sí en relación a estos temas. Fue así que surgieron los TBI para promover y proteger la inversión extranjera directa (Mortimore y Stanley 2006). Esto daría la seguridad necesaria a los inversores para relocalizar sus capitales en otras partes del mundo.

b) Rasgos generales de la política exterior del gobierno

En términos de política exterior, el gobierno de Carlos Menem llegó con la intención de “reinsertar a Argentina en el mundo”. Tanto la idea del “tren del progreso” como la de “normalidad” en el discurso económico se encontrarían dentro de los pilares básicos de posicionamiento externo del país. En este sentido, fueron constantes las referencias a superar el aislamiento internacional, los vínculos erráticos y la conducta rebelde y desafiante. Esto se hizo con el fin de romper de una vez con los lineamientos previos e insertar definitivamente al país en el mundo (Frenkel 2015, 136).

La llegada del gobierno de Carlos Menem marcó el fin del modelo estatal desarrollista que había habido años atrás. El desarrollo “hacia adentro”, ya desafiado durante las décadas anteriores, tuvo su toque de gracia con una reducción del rol estatal en la economía, con la promoción de la inversión privada y la apertura externa (Colombo y Piñero 2001, 203).

Cabe destacar que cuando asumió Menem, el contexto económico estaba marcado por la hiperinflación que se produjo durante el gobierno antecesor de Raúl Alfonsín. Esta crisis se debilitó recién en 1991 con la entrada en vigor del Plan de Convertibilidad. Este plan establecía una paridad legal de la moneda nacional con el dólar, que permitió controlar la inflación y consolidar el gobierno (Fair 2008; Frenkel 2015). Además, con la sobrevaluación del peso, se generó el clima propicio para que ingresaran inversiones extranjeras (Fair 2008).

El gobierno adoptó durante su mandato aquellas medidas que surgieron a partir del Consenso de Washington que consistían en reducir el gasto público, reformas tributarias, liberalización del comercio y de las inversiones extranjeras, seguridad jurídica y privatizaciones (Williamson 1990). Es por esto que se puede decir que el gobierno se inscribió dentro del paradigma neoliberal de relaciones internacionales y el mismo venía acompañado de reformas rápidas y radicales (Bernal Meza 2002, 74). Además, la adopción de este modelo implicó una inserción en los mercados internacionales de capital que necesitaba de una política exterior alineada con las potencias centrales (Frenkel 2015, 129).

La política exterior del gobierno estuvo basada en tres posiciones básicas: 1) aliarse con las potencias vencedoras de la Guerra Fría y con la potencia dominante del momento; 2) aceptar las nuevas reglas del juego de la economía y la política mundiales, que venían determinadas por las potencias capitalistas, para que el país pudiera ser parte de los “valores hegemónicos universalmente aceptados”; y 3) profundizar los vínculos transnacionales del país, lo que se tradujo en darle prioridad a la inserción en el mercado internacional de capitales con el objetivo de atraerlos (Bernal Meza 2002, 75). En este último punto, el autor Bernal Meza (2002) añade que se adoptó esta estrategia de inserción externa debido a que el gobierno consideraba que Argentina representaba una economía pequeña en el escenario internacional, para la cual priorizar la entrada de capitales era vital.

Con la intención de renovar la imagen del país y de atraer inversores extranjeros para el desarrollo económico, el gobierno justicialista concretó la firma de más de cincuenta TBI (Mortimore y Stanley 2006, 200). En línea con este tipo de políticas en torno a inversiones, el gobierno adhirió en noviembre de 1994 al Convenio del CIADI. Esto en parte se tradujo que entre 1992 y 1998 los flujos de IED crecieran a una media anual de 5.697 millones de dólares (en el período 1984-1989 fue una media anual de 653 millones de dólares) y representaran un 2,1% del PBI (Piva 2012, 105).

Para resumir estos últimos puntos, las decisiones políticas tomadas en relación a inversiones junto con el Plan de Convertibilidad conformaron un gran compromiso adquirido por el gobierno en torno al tratamiento que debían darle a los inversores extranjeros. Como fue mencionado previamente, estas medidas mostraron sus efectos en la crisis del 2001 cuando esas bases se desmoronaron.

5.2. Gobierno de Mauricio Macri (2015-2019)

a) Contexto internacional

Para el año 2016, al poco tiempo de la llegada de Mauricio Macri al gobierno, el orden global atravesó momentos de turbulencias, ya que se puso en cuestión la globalización liberal (Azzi y Frenkel 2018). Hubo numerosos hechos que pusieron de relieve este momento. Entre ellos, la salida del Reino Unido de la Unión Europea a través del referéndum del Brexit, el resurgimiento de movimientos nacionalistas de extrema derecha en distintas partes del mundo y la elección de Donald Trump como presidente en los Estados Unidos (Zelicovich 2018; Azzi y Frenkel 2018). A esto se puede añadir el afianzamiento de China y otros países asiáticos como principales defensores de la globalización y el libre comercio (Azzi y Frenkel 2018), y el giro hacia la derecha en la región latinoamericana.

En este punto cabe destacar que, a pesar de que se trata de estilos de gobiernos con tendencias hacia la derecha, son estilos diferentes. Se produjo un fuerte cuestionamiento hacia el multilateralismo, el libre mercado y la globalización debido a que las potencias occidentales, como Estados Unidos con el gobierno de Donald Trump, que optaron por políticas más proteccionistas y críticas del orden liberal que en algún momento defendieron (Azzi y Frenkel 2018). En cambio, las derechas en América Latina continuaron defendiendo el libre comercio. Estos contrastes dieron lugar a que creciera la incertidumbre a nivel global y que haya una menor tendencia hacia la cooperación internacional (Zelicovich 2018).

b) Rasgos generales de la política exterior del gobierno

Luego de la salida de Carlos Menem del poder ejecutivo, hasta el año 2003 no se cambió el rumbo de la política exterior de Argentina en relación al comercio exterior y las finanzas internacionales. Más tarde, durante los gobiernos de Néstor Kirchner y Cristina Fernández, que gobernaron entre el 2003 y el 2015, se detectaron las siguientes características principales: una política exterior autónoma respecto de Estados Unidos, vínculos más sólidos con China, el fortalecimiento de la identidad política regional y un modelo neodesarrollista que buscó

canalizar las demandas sociales que surgieron a partir de las políticas neoliberales de la década del '90 (Miguez 2016).

Antes de asumir finalmente al Poder Ejecutivo, Mauricio Macri declaraba lo necesario que era reorientar la política internacional. Su discurso puso el foco en “reinsertar” a la Argentina en el mundo para poder abandonar el “aislamiento” internacional (Miguez 2017, 108). Cuando finalmente llegó al gobierno, dejó en claro su optimismo respecto al escenario global y eso fue clave a la hora de definir su política exterior (Azzi y Frenkel 2018). Además, el presidente destacó que era necesario volver al mundo y ser parte de la cadena global de producción, ya que eso generaría confianza y construiría relaciones sensatas y maduras con el resto de los países (Azzi y Frenkel 2018, 187).

Una vez asumido su gobierno, en la primera apertura de sesiones ordinarias del Congreso, Macri manifestó que “la globalización es una realidad y creemos que, además de las amenazas y los desafíos que eso trae, trae inmensas oportunidades que debemos aprovechar”.³ En este sentido, con una mirada muy marcada en “desideologizar la política exterior”⁴ y reinsertar de manera inteligente a la Argentina en el mundo, dejaba atrás todo programa previo de estado-desarrollista llevado a cabo por el gobierno que lo había antecedido (Zelicovich 2018).

La estrategia “inserción inteligente en el mundo” fue un discurso que sirvió como guía para el gobierno e implicaba una visión optimista hacia la globalización, un fuerte componente económico dentro de la política exterior, el uso de un enfoque pragmático en términos de socios y aperturista en relación a los instrumentos (Zelicovich 2018). En términos del ministro de Relaciones Exteriores, Jorge Faurie, el gobierno emprendió este tipo de inserción anclándose en el compromiso con la democracia, los derechos humanos y el multilateralismo ya que eso consolidaría el perfil del país en el mundo (Zelicovich 2018).

Una de las primeras medidas que tomó el gobierno de Macri fueron de liberalización y políticas económicas. Entre ellas podemos encontrar la de liberar el mercado cambiario; finalizar con las retenciones a las exportaciones de cereales, oleaginosas y minería; subir la tasa de interés;

³ Palabras del presidente Mauricio Macri en la 134ª apertura de sesiones ordinarias del Congreso, 1 de marzo de 2016, *Casa Rosada* <https://www.caserosada.gob.ar/informacion/discursos/35651-palabras-del-presidente-mauricio-macri-en-la-134-apertura-de-sesiones-ordinarias-del-congreso>

⁴ Susana Malcorra: “Vamos a desideologizar la política exterior”, *La Nación* <https://www.lanacion.com.ar/politica/susana-malcorra-vamos-a-desideologizar-las-relaciones-exteriores-de-la-argentina-nid1852090/>

reducir los subsidios; pago a los “fondos buitres”; gran emisión de deuda, entre otras (Miguez 2017, 109 y 112).

Por otra parte, en el ámbito de la inserción comercial externa, Cambiemos consideraba que uno de los problemas que había en este aspecto estaba relacionado a la menor cantidad de acuerdos comerciales que el país tenía. Fue así que el gobierno emprendió la tarea de desarrollar una agenda que permita la inserción de capitales extranjeros en el país, la llamada “lluvia de inversiones”.

Con este objetivo desarrolló una agenda de negociaciones externas que incluía “mecanismos de diálogo económico-comercial, comisiones de seguimiento de comercio, acuerdos de liberalización comercial, ya sean de libre comercio o de preferencias, acuerdos de inversiones, o instrumentos de promoción comercial”. Estos modos de vincularse se clasificaron según tres objetivos; primero, aquellos que daban lugar a una mejora institucional que permitirían alcanzar estándares internacionales, ampliar la seguridad jurídica e insertarse en las cadenas globales de valor; segundo, aquellos que incrementarían el valor agregado de las exportaciones; y tercero, aquellos donde el objetivo era potenciar el volumen de los intercambios (Zelicovich 2018, 56).

En relación con estos objetivos de inserción externa y de política de atracción de inversiones, Macri participó en el Foro Económico Mundial de Davos. La última vez que un presidente argentino había asistido a este tipo de foros había sido en los 2000. Allí se reunió con referentes y CEO de las principales empresas transnacionales y con esto buscó dar señales amigables a los mercados demostrando previsibilidad y la imagen de un país confiable para los capitales extranjeros (Azzi y Frenkel 2018, 188).

A pesar de sostener firmemente tal postura, esta visión optimista del ámbito externo encontró sus límites cuando las expectativas aperturistas y a favor del libre comercio se retrajeron. Los sucesos que fueron mencionados y que tuvieron lugar en el escenario internacional, alteraron el optimismo con el que asumió el gobierno. Frente a esto Macri declaró que “estamos en un mundo de mucha incertidumbre y volatilidad. Las discusiones políticas en el mundo y en países

desarrollados reflejan tensiones producto de la globalización, las corrientes migratorias y cambios tecnológicos”.⁵

Si bien el gobierno reconoció que el panorama había cambiado en contraposición a lo esperado, nunca abandonó el optimismo hacia la relación del país con Estados Unidos (Azzi y Frenkel 2018). El gobierno consideraba que lograr el visto bueno de la potencia occidental facilitaría la obtención de los dividendos de la globalización, atraería capitales extranjeros y asistiría a la inserción del país en las cadenas globales de valor; por el contrario, estas expectativas no se concretaron (Azzi y Frenkel 2018; Zelicovich 2018).

Considerando que el escenario ya no estaba dejando mucho espacio para el multilateralismo, se optó por fortalecer vínculos bilaterales para aumentar el desarrollo de las inversiones y las oportunidades de negocios (Azzi y Frenkel 2018, 197). Un ejemplo de esto es que el gobierno logró la firma de tres TBI con Japón, Emiratos Árabes Unidos y Qatar. A pesar de que estos fueron los primeros tratados firmados luego de una pausa de quince años, aún sigue pendiente la ratificación de los mismos por parte de la burocracia argentina.

Como concluye Zelicovich (2018, 63), durante el gobierno de Macri la política comercial externa se caracterizó por un enfoque aperturista en los instrumentos, pragmático en relación a los socios y optimista respecto al escenario internacional. No obstante, como fue desarrollado, el gobierno estuvo restringido por los cambios de rumbo que hubo a nivel internacional y por no poder adaptarse adecuadamente a esos ajustes.

Tanto el gobierno de Menem como el de Macri implementaron políticas de apertura económica con el objetivo de lograr una mayor integración de Argentina en la economía global y atraer inversiones extranjeras. También buscaron fortalecer vínculos con Estados Unidos y otros países occidentales, y participar activamente en organismos internacionales. Sin embargo, mientras el gobierno de Menem se benefició de un contexto internacional relativamente favorable, con una estabilidad económica global que facilitó las reformas económicas y la atracción de inversiones, el gobierno de Macri enfrentó un contexto internacional más desafiante. Dicho contexto estuvo marcado por las fluctuaciones en los mercados financieros globales y tensiones comerciales entre las principales potencias.

⁵ El discurso completo de Mauricio Macri en la Asamblea Legislativa, 1 de marzo de 2017, *Infobae* <https://www.infobae.com/politica/2017/03/01/el-discurso-completo-de-mauricio-macri-en-la-asamblea-legislativa/>

Finalmente, y en relación a la decisión de firmar TBI, tanto el gobierno de Menem como el de Macri decidieron firmar dichos tratados. A pesar de llevar adelante la firma del mismo tipo de tratados, las diferencias en el contexto internacional condujeron a que ambos gobiernos no tuvieran los mismos resultados. Un contexto más favorable al libre comercio benefició al gobierno de Menem y esto resultó en una firma récord de más de cincuenta TBI que en su mayoría siguen vigentes a la fecha. Por el contrario, un escenario más proteccionista respecto al comercio provocó que al gobierno de Macri le resultara más difícil establecer este tipo de acuerdos, por lo que solo consiguió firmar tratados con tres Estados y ninguno de los mismos está en vigencia hasta el momento ya que aún no fueron aprobados por las burocracias internas de cada Estado.

6. Cláusulas de solución de controversias inversor-Estado de los TBI.

Siguiendo los criterios metodológicos mencionados anteriormente, en este apartado se realiza la revisión de las cláusulas de solución de controversias inversor-Estado de los TBI seleccionados.

6.1. Cláusulas del mecanismo de solución de controversias de los TBI con España y México firmados por el gobierno de Carlos Menem.

En este apartado se analizarán las cláusulas que hagan referencia al mecanismo de solución de controversias inversor-Estado en dos TBI firmados por la gestión de Carlos Menem. Para ello se seleccionaron los acuerdos con España y México, que continúan vigentes al día de hoy.

En primer lugar, el tratado con España fue firmado el 3 de octubre de 1991 y en Argentina el tratado entró en vigencia el 3 de septiembre de 1992 a través de la ley N° 24.118.⁶ Dentro del tratado, podemos ver que contiene once artículos y un protocolo. Se observa exclusivamente el décimo artículo ya que se titula “Solución de controversias entre una parte e inversores de la otra parte”. El artículo comienza indicando que las controversias o disputas que pudieran surgir entre uno de los países firmantes (también llamados “Partes Contratantes”) y un inversor del otro país deben intentar, en la medida de lo posible, ser resueltas amigablemente. Si la disputa no es dirimida a través de la negociación dentro del plazo de seis meses de haber comenzado, el caso puede ser llevado a los tribunales locales competentes en el territorio que se recibió la inversión.

⁶ Ley N° 24.118 Apruébase un Acuerdo Suscripto con el Reino de España para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/517/norma.htm>

La controversia puede ser elevada a un tribunal arbitral internacional en alguna de estas circunstancias: a) por solicitud de uno de los implicados, en el caso de que no se haya alcanzado una resolución sustantiva después de dieciocho meses desde el inicio del procedimiento mencionado anteriormente, o en caso de que haya una resolución, pero la disputa aún persista entre las partes; o b) cuando se haya llegado a un acuerdo mutuo entre ambas partes involucradas en la disputa. Si la causa es elevada a un tribunal internacional, y si los litigantes no hubieran acordado algo distinto, el artículo establece que el marco del procedimiento será el Convenio del CIADI de 1965 o el de un tribunal ad hoc⁷ establecido de acuerdo a las reglas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

En caso de que transcurran tres meses desde el pedido de procedimiento arbitral y no se haya llegado a un acuerdo sobre qué marco de procedimiento adoptar, la disputa será dirimida en un procedimiento arbitral en el marco del Convenio del CIADI, siempre y cuando ambas partes hayan firmado el Convenio. De no ser así, la controversia será sometida a un tribunal ad hoc. Una vez conformado el tribunal arbitral, el mismo tomará una resolución fundamentada en este tratado y en otros acuerdos firmados entre las Partes, en la legislación interna del país donde se llevó a cabo la inversión, incluyendo normas de derecho internacional privado, y en los principios generales del derecho internacional. Por último, el artículo décimo destaca el carácter vinculante de la sentencia arbitral.

En segundo lugar, el tratado con México fue firmado el 13 de noviembre de 1996 y en Argentina entró en vigencia el 20 de mayo de 1998 a través de la ley N° 24.972⁸. El tratado se divide en trece artículos, un anexo y un protocolo. El décimo artículo se titula “Solución de Controversias entre un Inversor y la Parte Contratante receptora de la Inversión” y el anexo del TBI complementa este último artículo. Al igual que el anterior tratado, el acuerdo con México comienza indicando que toda controversia que se presente entre un inversor de una Parte Contratante y la otra Parte tiene que ser solucionada por consultas amistosas o por negociación. Si la disputa no puede ser resuelta en el período de seis meses desde que es planteada, el inversor puede llevar la cuestión a los tribunales competentes del país demandado receptor de

⁷ Según la Real Academia Española, el término ad hoc refiere a lo que se dice o hace solo para un fin determinado. En el caso de tribunal ad hoc se hace referencia a un tribunal que está armado especialmente para cada caso.

⁸ Ley 24.972 Apruébase un Acuerdo suscripto con el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-24972-51469/texto>

la inversión o a arbitraje internacional. De este modo, una vez que el inversor decide en dónde tendrá lugar la resolución del caso, la elección es definitiva.

En el caso de que el inversor decida someter la controversia a un arbitraje internacional, debe notificar a la otra parte por escrito con noventa días de anticipación. A la hora del arbitraje, el inversor puede someter la controversia de acuerdo con el Convenio del CIADI de 1965, las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI o el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. El tribunal arbitral que se conforme tomará una decisión final en base a las disposiciones del tratado y de las reglas y principios del derecho internacional. El fallo arbitral determinará si hubo incumplimiento del TBI por parte del Estado receptor y si ese incumplimiento provocó daño alguno al inversor. De ser esto último así, el fallo deberá fijar un monto de indemnización, restituir la propiedad o una indemnización compensatoria y el pago de los intereses que procedan.

Los fallos arbitrales serán definitivos y obligatorios para las partes en la controversia. En el caso de que la Parte Contratante no acate lo establecido en el fallo, el artículo décimo indica que el inversor puede recurrir a la ejecución de un laudo arbitral conforme al Convenio del CIADI, la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras o la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Con respecto al anexo de solución de controversias entre un inversor y la Parte Contratante receptora de la inversión que se encuentra llegando al final del TBI, se añaden cinco artículos más que complementan el artículo décimo desarrollado anteriormente. Se menciona que un inversor de una Parte Contratante puede, por su propia parte o en representación de una asociación, sociedad o empresa de la otra Parte Contratante que sea una persona jurídica de su propiedad o bajo su control directo o indirecto, someter una reclamación a arbitraje si se incumplió una obligación del TBI. Para poder hacerlo, el inversor debe presentar el reclamo dentro de un período máximo de cuatro años desde que tiene conocimiento de la causa. Por otra parte, el inversor no podrá presentar una reclamación en representación de un tercero si este último ya había iniciado un procedimiento de denuncia ante cualquier tribunal judicial o administrativo.

El anexo también contiene un artículo que refiere a la cantidad de árbitros que debe contener el tribunal internacional. Allí se indica que los árbitros deben ser tres: uno designado por cada una de las partes en controversia y el último designado por ambas partes en conjunto. Este

último es el presidente del órgano arbitral. Si no llegara a haber acuerdo respecto de quiénes serían los árbitros, el secretario general del CIADI se encargaría de nombrarlos.

Por último, el anexo incluye un artículo referido a la acumulación de procedimientos. Esto quiere decir que los casos se acumulan en una demanda si: a) un inversionista presenta una demanda en nombre de una asociación, empresa o sociedad que esté directa o indirectamente bajo su dominio y, al mismo tiempo, otros inversionistas que tengan participación en la misma asociación, empresa o sociedad pero sin tener control sobre ella, presenten sus propias demandas como resultado de los mismos incumplimientos; o b) cuando acudan a arbitraje dos o más reclamaciones que presenten en común cuestiones de hecho y de derecho.

6.2. Cláusulas del mecanismo de solución de controversias de los TBI con Qatar y Emiratos Árabes Unidos firmados por el gobierno de Mauricio Macri.

En el presente apartado se analizarán las cláusulas que hagan referencia al mecanismo de solución de controversias inversor-Estado en dos TBI firmados por la gestión de Mauricio Macri. Para ello se observan los acuerdos firmados con Qatar y Emiratos Árabes Unidos. Sin embargo, los mismos no están en vigencia aún, ya que no fueron aprobados por las burocracias internas de cada Estado.

En primer lugar, el TBI con Qatar fue firmado el 6 de noviembre de 2016 y consta de veinte artículos. El artículo catorce del tratado se titula “Solución de controversias entre una parte contratante y un inversor de la otra parte contratante”. El mismo comienza indicando que cualquier controversia legal entre el inversor de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante deberá ser resuelta de forma amigable entre ellos. Si, pasado un período de tres meses desde el comienzo de las negociaciones, la disputa no se resuelve, puede ser sometida a un tribunal competente de la Parte Contratante demandada, al CIADI o a un tribunal ad hoc administrado por la Corte Permanente de Arbitraje. El inversor es el único que puede elegir alguno de estos mecanismos de solución de controversias y esa elección será definitiva.

En caso de optar por un tribunal ad hoc para dirimir la disputa, cada parte en la controversia tiene que elegir un árbitro y, a su vez, estos árbitros seleccionados deben elegir un tercer y último árbitro para que presida el tribunal. Las partes en disputa cuentan con un período de dos meses desde la notificación de intención de arbitraje para ponerse de acuerdo acerca de los tres árbitros que compondrán el tribunal. Una vez que el tribunal haya emitido el fallo, las decisiones serán inapelables y vinculantes para las partes y deberán ser ejecutadas. Dichas decisiones serán adoptadas de acuerdo al siguiente orden de prioridad: las disposiciones del tratado, los principios de derecho internacional, y las leyes de las Partes Contratantes.

En segundo lugar, el TBI con Emiratos Árabes Unidos fue firmado el 16 de abril de 2018 y contiene cuarenta y cuatro artículos. Está dividido en tres partes y la segunda de ellas está dedicada a la solución de controversias. La sección B de esta parte se titula “Solución de controversias entre una Parte y un inversor de la otra Parte” y contiene trece artículos. Al respecto, se desarrollan a continuación los artículos más relevantes a los fines de este trabajo.

La sección comienza mencionando que una controversia relacionada a una inversión debe ser resuelta de forma amistosa a través de consultas y negociaciones. Los inversores que deseen llevar a cabo las consultas deben presentar una solicitud por escrito a la Parte Contratante y desde ese momento comienza un período mínimo de cinco meses para poder llevarlas a cabo. Si pasado un año desde la solicitud de consultas el inversor no presenta la intención de someter el caso a arbitraje, se considerará que retiró su solicitud de consultas y no podrá presentar ningún reclamo. De todas formas, el período de un año puede extenderse si las partes involucradas lo acuerdan.

El artículo veintiuno indica que, una vez que hayan transcurrido por lo menos seis meses desde la solicitud de consultas, el inversor puede optar por dos alternativas. Por un lado, podrá someter el caso a arbitraje en nombre propio indicando que sufrió una pérdida o daño de la inversión a raíz de un incumplimiento del tratado. Por otro lado, podrá someter el reclamo a arbitraje en nombre de una empresa de la Parte Contratante siempre y cuando tenga la titularidad o el control directo o indirecto. Para poder llevar a cabo esto último, el inversor demandante deberá indicar que la empresa sufrió una pérdida o daño a partir de un incumplimiento del tratado; o deberá demostrar qué obligación incumplió el Estado demandado, con excepción de los Artículos 12 (Inversión y objetivos regulatorios ambientales, de salud y de otra índole) y 17 (Responsabilidad social empresarial), con respecto a la administración, realización, operación y venta u otra forma de disposición de una inversión.

Dentro del artículo veintiuno se menciona que, si un inversor decide iniciar un arbitraje, deberá presentar una solicitud a la parte demandada. Las partes de la controversia pueden decidir llevar el reclamo al CIADI, a un tribunal arbitral constituido por el Reglamento de Arbitraje CNUDMI o a un tribunal arbitral ad hoc. En caso de que no hubiera acuerdo sobre dónde elevar el caso, cualquiera de las partes puede someter la controversia a arbitraje conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Si bien el artículo indica que la controversia puede ser resuelta de forma amigable en cualquier momento e incluso luego de iniciado el arbitraje,

se menciona que ningún reclamo podrá ser llevado a la instancia arbitral si transcurrieron más de tres años desde la fecha en que el demandante tuvo conocimiento de la violación del tratado.

El artículo veintidós indica que el inversor demandante podrá someter una controversia a arbitraje solo en los siguientes casos si el demandante: a) brinda su consentimiento para elevar el caso a arbitraje; y b) renuncia a iniciar o continuar procedimientos ante una autoridad administrativa o judicial de acuerdo a la legislación de cualquiera de las Partes u otro mecanismo de resolución de controversias. Este consentimiento y renuncia deberán presentarse por escrito al demandado e incluirse cuando se lleve la causa a arbitraje. En adición a esto, el artículo veintitrés cada una de las partes presta su consentimiento para someter una controversia a arbitraje.

Los artículos veinticinco y veintiséis refieren a los árbitros que compondrán el tribunal. A menos que las partes en disputa decidan lo contrario, el tribunal arbitral deberá estar compuesto por tres árbitros: dos designados por cada una de las partes y el último designado por común acuerdo entre las partes que será el que presida el tribunal. Si pasado un período de noventa días no hay acuerdo sobre la composición del tribunal, se designarán los árbitros de acuerdo con las disposiciones de las Reglas de Arbitraje establecidas en el artículo veintiuno.

El artículo veintisiete aborda la acumulación de procedimientos. Esto implica que los casos pueden acumularse en una demanda si se presentan dos o más reclamos ante el arbitraje que compartan cuestiones de hecho y de derecho, y si surgen de los mismos hechos o circunstancias. El artículo treinta refiere a que el tribunal arbitral deberá decidir sobre la controversia de acuerdo con el TBI, aplicar el derecho de la Parte Contratante de la controversia, incluido el derecho internacional privado, las normas de derecho internacional aplicables según el caso y, si hubiera, una interpretación conjunta respecto a cualquier disposición en el tratado. El artículo siguiente añade la posibilidad de que las partes puedan solicitar al tribunal arbitral informes periciales respecto de temas ambientales, sanitarios, de seguridad o científicos.

Finalmente, en el artículo treinta y tres se detalla el carácter definitivo y obligatorio del fallo. En este sentido, también se menciona la posibilidad de solicitar la ejecución del laudo definitivo en caso de que el mismo no sea llevado a cabo.

7. Comparación entre los TBI: cambios y continuidades en el mecanismo de solución de controversias.

Luego de observar los principales elementos de las cláusulas del mecanismo de solución de controversias inversor-Estado de los tratados seleccionados, se analizan sus diferencias y similitudes formales y sustantivas, detectando qué elementos de los TBI del gobierno de Menem siguen presentes en los TBI firmados en el gobierno de Macri.

Dentro de las primeras diferencias de forma que se pueden observar, tal como se adelantó, que los tratados seleccionados del gobierno de Menem están vigentes en la actualidad, en contraste con los del gobierno de Macri, que no fueron ratificados aún. Se puede ver también que la extensión de los tratados varía entre los TBI de una época y otra. Los tratados firmados en el gobierno de Menem son menos extensos que los firmados en el gobierno de Macri. Como se verá más adelante, esto se debe en parte a que los tratados de Macri incorporaron elementos que los tratados de los '90 no contemplaban.

Segundo, se detecta que en el comienzo de los artículos todos refieren a que la resolución de una posible controversia debe realizarse de forma amistosa mediante negociaciones y consultas entre las partes. Esta similitud transversal en los tratados difiere en el período de tiempo que tienen las partes para negociar. Los tratados firmados durante el gobierno de Menem consideran que si pasado un plazo de seis meses del comienzo de las negociaciones no se llega a una resolución, pueden elevar la instancia a un tribunal local de la Parte demandada o a arbitraje internacional. Para los tratados firmados durante el macrismo, el de Qatar contempla un período de negociación máximo de tres meses previo a llevar el caso al tribunal local o a arbitraje internacional. En cambio, el tratado con EAU se acerca más a los del período anterior, ya que establece un mínimo de cinco meses en donde las partes tienen que celebrar las consultas y, si pasados seis meses no se llegó a un acuerdo, el caso puede llevarse a un tribunal local competente o a un tribunal arbitral. De todos modos, aunque el caso pueda elevarse luego a un tribunal internacional, este elemento temporal intenta agotar una instancia de resolución local.

Tercero, otra diferencia formal hallada fue que únicamente los tratados de México y EAU establecen un plazo dentro del cual la disputa puede ser sometida a arbitraje. Este plazo se redujo un año entre los tratados firmados por las distintas gestiones y esto acota el período de tiempo que tienen los inversores extranjeros desde que toman conocimiento del incumplimiento del tratado hasta que finalmente llevan su caso a tribunales arbitrales. Mientras que el TBI con México pone un plazo de cuatro años, el TBI con EAU establece un plazo máximo de tres años. Una vez pasado ese plazo, el reclamo no puede ser llevado a ninguna

instancia. Dicho de otro modo, este elemento brinda cierta protección al Estado ya que se impide a los inversores someter cualquier controversia a arbitraje.

Cuarto, una similitud encontrada en los tratados fue la forma en la que se agota la instancia local previo a llevar el caso a un tribunal arbitral. El tratado con España indica que, si pasados seis meses desde el comienzo de las negociaciones amistosas no se llegó a una solución, el caso puede ser trasladado a los tribunales competentes del Estado receptor de la inversión. Si pasaron dieciocho meses y no hay un fallo, si hay un fallo pero la controversia persiste o si lo deciden las partes en disputa, puede elevarse el caso a un tribunal arbitral internacional. Esto quiere decir que los tratados de México, Qatar y EAU resumen este punto en que si pasada cierta cantidad de meses no se llega a una solución a través de las negociaciones, la controversia puede ser llevada a un tribunal nacional del Estado demandado, al CIADI, a un tribunal constituido en virtud del reglamento de arbitraje de la CNUDMI o a un tribunal ad hoc, dependiendo el caso y el TBI. La decisión por uno u otro procedimiento de solución de controversias es definitiva e inhabilita a llevar el caso a otra jurisdicción. Además, se destaca que los tratados firmados durante el macrismo incluyen una alternativa al CIADI, como la Corte Permanente de Arbitraje mencionada en el tratado con Qatar.

Aunque difieran levemente en su forma, para todos los TBI analizados en este trabajo el inversor tiene la posibilidad de elegir a qué tribunal arbitral va a llevar su demanda. Esta posibilidad de optar por un tribunal, nacional o extranjero, deja entrever la desigualdad que hay entre el inversor y el Estado demandado ya que el primero es el único sujeto que puede tomar esa decisión en este aspecto. Esto evidencia la posibilidad de *forum shopping* con la que el inversor cuenta y deja en desventaja al Estado (Echaide 2021). Además, sigue estando presente la prórroga de jurisdicción y la delegación de la autoridad judicial de los Estados en manos de tribunales extranjeros frente a las demandas presentadas por los inversores (Bohoslavsky 2010; Corti 2004; Ghiotto 2015).

En línea con lo mencionado, la ambigüedad en la escritura de los tratados convierte en algo no vinculante el hecho de que los inversores extranjeros lleven sus casos a las cortes nacionales. Una ventaja de que esto fuera obligatorio sería que las resoluciones de los casos en los espacios locales considerarían las leyes nacionales y tratados internacionales en materia de derechos humanos o ambiente, por ejemplo. En contraposición, cuando los casos son elevados a tribunales arbitrales internacionales suele prevalecer lo dispuesto en el tratado bilateral de inversión (Olivet y Ghiotto 2021, 15).

Quinto, todos los tratados coinciden en que las decisiones del tribunal se basan, en orden jerárquico, en lo dispuesto en cada TBI, en otros tratados vigentes entre la Partes, en los principios del derecho internacional y en el derecho interno del Estado en donde se realizó la inversión (incluyendo sus disposiciones de derecho internacional privado). El tratado de México y el de EAU añaden que, si hay una interpretación conjunta por escrito sobre lo establecido en el TBI, también será considerada por el órgano arbitral a la hora de decidir sobre el caso. Este punto en la cláusula deja en evidencia la protección brindada al inversor ante posibles cambios en la legislación nacional del Estado huésped ya que sobre eso prevalece lo acordado en cada TBI (Stanley 2004, 19).

Por último, todos los tratados coinciden al indicar que los fallos arbitrales son definitivos, obligatorios e inapelables. Los tratados de México y de EAU añaden que si alguna de las partes no cumple con la sentencia, pueden solicitar la ejecución de un laudo definitivo conforme al Convenio del CIADI o al reglamento de arbitraje de la CNUDMI, dependiendo el caso. Al igual que lo analizado por Stanley (2004), Ortiz (2006) y Ghiotto (2015), esta característica de la conclusión de los fallos persiste sin modificaciones en los tratados a pesar del paso de los años. Continúa ausente un órgano de apelación para los Estados que sea capaz de revisar las decisiones tomadas por los tribunales arbitrales (Ghiotto 2015).

Luego de mencionar las similitudes y diferencias formales detectadas en los tratados, se observan dos diferencias sustantivas. Por un lado, la primera diferencia está relacionada a la autoridad regulatoria concedida al Estado receptor de la inversión. En el acuerdo con EAU, se evidencia que el inversor no tiene la capacidad de presentar una demanda contra el Estado en caso de que este último incumpla el artículo sobre "Inversión y objetivos regulatorios ambientales, de salud y de otra índole", así como el artículo de "Responsabilidad social empresarial". Los Estados que firman el acuerdo se comprometen con estos artículos a no dejar de aplicar, flexibilizar o apartarse de medidas que refieran a la garantía del bienestar público, el pleno ejercicio de los derechos humanos o la protección del ambiente. Esta modificación no solo reduce los privilegios de los inversores por sobre la sociedad y los gobiernos, sino que también le brinda al Estado un mayor margen de acción que en los tratados de los '90 había perdido (Lang y Perrone 2017). Sin embargo, esta cláusula sólo aparece en este tratado.

En relación a esto último, en los análisis de los tratados previamente realizados, que fueron retomados en el estado de la cuestión, se hace mención a las acotadas capacidades de regulación que se les brinda a los Estados con la firma de los TBI. Además, a pesar de que Stanley (2020,

23) haya detectado algunas novedades en este nuevo modelo de tratados del siglo XXI, en análisis más recientes se pasó por alto el hecho de que no cualquier controversia puede ser elevada a arbitraje. Si el caso a someter a disputa está estrechamente vinculado a cuestiones ambientales, de derechos humanos o la salud pública, las disposiciones de los tratados pasan a un segundo plano. Este cambio se debe, en parte, a que creció la concientización sobre estas áreas o a experiencias previas en tribunales de arbitraje internacional, como el controversial caso de Philip Morris vs. Uruguay⁹.

Por otro lado, solo los tratados de México y EAU contienen un apartado relacionado a la acumulación de procedimientos. Esto habilita a que los casos se agrupen en una solicitud conjunta si se presentan dos o más reclamos de inversores en el proceso de arbitraje que involucren cuestiones de hecho y de derecho similares, y sean consecuencia de los mismos incumplimientos. Para el caso de los tratados de Qatar y España, no se incluye este elemento de acumulación en sus cláusulas.

La incorporación de este elemento en la “segunda oleada” de tratados permite que se consoliden las causas similares en lugar de crear múltiples tribunales ad hoc relacionados a una misma medida de gobierno que afecte a los inversores. En este sentido, la apertura de demasiados pedidos de arbitraje eleva la probabilidad de fallos contradictorios entre sí (Stanley 2004, 20-21).

Con respecto a este último punto, se puede detectar otra diferencia dentro de los tratados firmados durante la presidencia de Carlos Menem -particularmente el de México-. Como fue analizado en el estado de la cuestión con los textos de Stanley (2004), Ortiz (2006) y Ghiotto (2015), si bien hay elementos transversales que hacen que los tratados firmados durante la misma época se asemejen, en relación a la cláusula de solución de controversias inversor-Estado, el tratado de México es actualmente el único TBI firmado durante los ‘90 y todavía en vigencia que cuenta con acumulación de procedimientos.

El análisis de tratados bilaterales de inversión (TBI) durante los gobiernos de Menem y Macri revela diversas similitudes y diferencias. En primer lugar, se destaca que los tratados de Menem

⁹ La tabacalera demandó al Estado uruguayo por la implementación de advertencias en los paquetes de cigarrillos sobre el riesgo a la salud que ocasiona el consumo de los mismos. El caso se resolvió a favor de Uruguay ya que el tribunal consideró que las medidas fueron en su rol de legítimo regulador y en pos de la salud de la población. Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay (CIADI Caso No. ARB/10/7) <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/10/7>

continúan en vigencia, mientras que los de Macri aún no han sido ratificados. Además, los TBI de Macri son más extensos, incorporando elementos que no estaban presentes en los acuerdos de los años '90. En cuanto a la resolución de controversias, se observa una similitud en la prioridad de solucionar amistosamente, pero difieren en los plazos para acudir a tribunales locales o arbitraje internacional. También se identifica una reducción en el plazo para someter disputas a arbitraje en los TBI de Macri, brindando cierta protección al Estado. La opción del inversor de elegir el tribunal arbitral persiste, evidenciando desigualdades entre inversor y Estado. A nivel sustantivo, el TBI con EAU reduce la capacidad del inversor para demandar al Estado en temas ambientales y de responsabilidad social empresarial. La acumulación de procedimientos, presente en los TBI de México y EAU, es una novedad en la "segunda oleada" de tratados.

Si bien este análisis detecta algunos cambios en los TBI, todavía permanecen similitudes que permiten que el régimen de solución de controversias iniciado durante el gobierno de Carlos Menem siga en pie. Es decir, si se toman como referencia las cuatro características centrales que debe tener el régimen de solución de controversias inversor-Estado mencionadas por Bas Vilizzio (2020), se observa que los elementos centrales de los TBI del gobierno de Menem siguen en los TBI firmados en el gobierno de Macri. Estas características son: la condición de ser un mecanismo unilateral a favor del inversor, la indispensabilidad de la instancia en cortes nacionales, la presencia de tribunales ad-hoc y la inapelabilidad de los fallos.

En los tratados firmados por el gobierno de Macri, en primer lugar, se pudo detectar que exclusivamente el inversor extranjero es el que tiene acceso a los tribunales arbitrales internacionales y la capacidad de ser sujeto del mismo proceso.

En segundo lugar, en relación al agotamiento de la instancia de los tribunales arbitrales domésticos previo al arbitraje internacional, los tratados firmados por la gestión de Macri abren la posibilidad al inversor de elegir a qué tribunal, nacional o internacional, va a llevar su reclamo. Por lo tanto, no resulta indispensable u obligatorio para ninguno de los tratados el agotamiento de la etapa local en el proceso y está sujeto a lo que disponga el inversor. La posibilidad de que los inversores decidan a dónde llevar sus casos, los posiciona en ventaja contra los Estados ya que los tribunales arbitrales extranjeros ponen el foco en lo dispuesto en el tratado y privilegian la seguridad de las inversiones por sobre cualquier medida que se pueda haber tomado a nivel nacional (Olivet y Ghiotto 2021). Sin embargo, como fue mencionado previamente, se detecta un avance en el tratado firmado por el gobierno de Macri con EAU ya

que otorga al Estado receptor de la inversión una mayor autoridad regulatoria al limitar la capacidad de los inversores para presentar demandas en caso de incumplimiento de ciertos artículos relacionados con regulaciones ambientales, de salud, trabajo u otra índole.

En tercer lugar, los reclamos elevados en caso de arbitraje internacional son juzgados por tribunales creados para cada caso en particular. Ambos tratados abren la posibilidad de que los tribunales sean creados siguiendo lo dispuesto por el reglamento del CIADI, el CNUDMI o un tribunal ad hoc. Sigue vigente la creación de un tribunal para cada caso y también se detecta, una vez más, la prórroga de jurisdicción en manos de actores ajenos al Estado soberano mencionada por autores como Corti (2004), Ghiotto (2015) y Ortiz (2006).

Finalmente, al igual que en todos los TBI firmados por el país, los fallos continúan siendo inapelables. De esta forma, a pesar del correr de los años y de la experiencia vivida por Argentina en tribunales de arbitraje internacional, se confirma la hipótesis de que el país sigue adherido a un régimen de solución de controversias inversor-Estado similar al de los años '90. Pueden detectarse las diferencias sustantivas señaladas en cuanto a la acumulación de procedimientos y el aumento del margen de acción del Estado; sin embargo, las mismas no han modificado los principios fundamentales del sistema.

8. Reflexiones finales.

A partir del análisis realizado para detectar qué cambios hay en el mecanismo de solución de controversias inversor-Estado en los tratados firmados por el gobierno de Carlos Menem y el gobierno de Mauricio Macri, como era esperable a partir de lo que se evidencia en el estado de la cuestión, no se observaron diferencias significativas en los tratados, dado que se identificaron principalmente semejanzas. Lo primero que se detecta es el contexto neoliberal en el que transcurre la firma de los tratados. Tanto los gobiernos de Menem como de Macri implementaron políticas de apertura económica para integrar a Argentina en la economía global y atraer inversiones extranjeras. Ambos buscaron fortalecer relaciones con Estados Unidos y países occidentales, así como participar en organismos internacionales. Sin embargo, Menem se benefició de un contexto internacional favorable con estabilidad económica, facilitando reformas y atracción de inversiones. En cambio, Macri enfrentó desafíos en un contexto global más complicado, caracterizado por fluctuaciones en los mercados financieros y tensiones comerciales entre potencias. Como fue mencionado, esto condujo a que en lo '90 haya resultado más fácil llegar a acuerdos bilaterales con distintos países, mientras que en el siglo XXI emprender esa búsqueda encontró mayores barreras.

Dentro del contenido de los tratados de protección recíproca de inversiones, se detectan en los documentos de ambas gestiones varias similitudes como que la primera instancia siempre es la resolución amistosa entre las partes, los inversores siguen teniendo la posibilidad de llevar sus casos al foro que mejor se adapte a sus necesidades, el carácter de inapelabilidad de los fallos y los elementos en que se basan los árbitros del tribunal para tomar las decisiones finales. En cambio, dentro de las diferencias observadas en los tratados, se incorporan en aquellos firmados en el siglo XXI ciertas restricciones a las demandas que pueden presentar los inversores, como lo son aquellas que se relacionan a medidas por la salud o el ambiente, que no figuraban en los tratados firmados en los '90. También se incorpora la posibilidad de acumular demandas similares en un solo procedimiento. Sin embargo, tal como se señaló previamente, a pesar de estos cambios, los principios fundamentales que le dan fuerza al régimen siguen estando presentes.

En línea con lo mencionado, esta tesina contribuye a una mejor comprensión del contenido y funcionamiento del régimen de solución de controversias inversor-Estado presente en los TBI. Para profundizar en dicha comprensión, resultaría pertinente que futuras investigaciones indagaran cuáles fueron las causas que motivaron las diferencias en la segunda oleada de firma de tratados. Asimismo, nuevos análisis de otras cláusulas de los tratados permitirían detectar si también allí se incorporan cuestiones relacionadas al medio ambiente, la salud, los derechos humanos o el desarrollo, entre otros temas, como forma de conocer en profundidad dichos tratados y su potencial impacto en las relaciones internacionales.

Bibliografía

Bárcena, Lucía, Luciana Ghiotto, Bettina Müller y Cecilia Olivet. 2020. “Tratados de protección de inversiones y demandas inversor-Estado en América Latina. Un balance de 25 años de privilegios de los inversores por sobre los derechos ciudadanos”. En *25 años de tratados de libre comercio e inversión en América Latina. Análisis y perspectivas críticas*, editado por Luciana Ghiotto y Patricia Laterra, 125-144. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Fundación Rosa Luxemburgo.

Bas Vilizzio, María Magdalena. 2015. “Solución de controversias en los tratados bilaterales de inversión: mapa de situación en América del Sur”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, N° 5: 233-253.

Bas Vilizzio, María Magdalena. 2017. “América del Sur frente a los tratados bilaterales de inversión: ¿hacia un retorno del Estado en la solución de controversias?”. *Observatorio Latinoamericano*. Recuperado de https://staging14.observatorylatinamerica.org/pdf/BecasPNK/workingPapersPDF/PNK_wp_BasVilizzio_ESP.pdf

Bas Vilizzio, María Magdalena. 2019. *Estado-empresas transnacionales: cambios en el régimen de solución de controversias inversor-Estado y redefinición de la soberanía a la luz de la protección de los derechos humanos*. Buenos Aires: Universidad Nacional de La Plata.

Bas Vilizzio, María Magdalena. 2020. “Las respuestas a la COVID-19 en el laberinto de la solución de controversias inversor-Estado”. *Análisis Carolina*, volumen 46.

Bernal-Meza, Raúl. 2002. “Política exterior Argentina: de Menem a de la Rúa. ¿Hay una nueva política?”. *São Paulo em perspectiva*, vol. 16, N° 1: 74-93.

Bohoslavsky, Juan Pablo. 2010. *Tratados de protección de las inversiones y implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)*. Santiago de Chile: CEPAL.

Chang, Ha-Joon. 2013. “Patada a la escalera: la verdadera historia del libre comercio”. *Ensayos de Economía*, N° 42: 27-57.

CIADI. 2006. “Convenio CIADI, reglamento y reglas”. Encontrado en <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>

Colombo, Sandra y Fernando Piñero. 2001. "La Nueva Política Exterior: la reincorporación al Primer Mundo". *Revista Cena Internacional*, volumen 3, N°2: 201-220.

Corti, Arístides. 2005. "Acerca de la inmunidad del Estado frente a los tribunales arbitrales y judiciales externos (CIADI y otros)". *Realidad Económica*, N°211: 96-102. Recuperado de https://iade.org.ar/system/files/realidad_economica_211-95-102.pdf

Fair, Hernán. 2008. "El Plan de Convertibilidad y el sindicalismo durante la primera presidencia de Menem". *Trabajo y Sociedad. Indagaciones sobre el trabajo, la cultura y las prácticas políticas en sociedades segmentadas*, volumen 9, N°10.

Frenkel, Alejandro y Diego Azzi. 2018. "Cambio y ajuste: la política exterior de Argentina y Brasil en un mundo en transición". *Colombia Internacional*, N° 96: 177-207.

Frenkel, Alejandro. 2015. "Refundación y excepcionalidad en la política exterior del primer gobierno de Menem (1989-1995)". *Revista de la Red Intercátedras de Historia de América Latina Contemporánea*, N°3: 129-147.

Gerring, John. 2007. *Case study research. Principles and practices*. Cambridge: Cambridge University Press.

Ghiotto, Luciana. 2015. "La 'libertad de invertir' a la luz del caso argentino: un análisis de los Tratados Bilaterales de Inversión". *TLA-MELAU - Revista de Ciencias Sociales*, N° 38: 24-44.

Keohane, Robert. 1988. *Después de la hegemonía. Cooperación y discordia en la política económica mundial*. Buenos Aires: Grupo Editor Latinoamericano.

Ruggie, John. 1975. "International Responses to Technology: Concepts and Trends". *International Organization*, N°3, vol. 29: 557-583.

Keohane, Robert. 1982. "The demand for international regimes". En *International Regimes*, editado por Stephen Krasner, 141-171. Ithaca: Cornell University Press.

Krasner, Stephen. 1983. "Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables". En *International Regimes*, editado por Stephen Krasner, 1-21. Ithaca: Cornell University Press.

Puchala, Donald and Raymond Hopkins. 1983. "International regimes: lessons from inductive analysis". En *International Regimes*, editado por Stephen Krasner, 61-91. Ithaca: Cornell University Press.

Stein, Arthur. 1983. "Coordination and collaboration: the regimes in an anarchic world". En *International Regimes*, editado por Stephen Krasner, 115-140. Ithaca: Cornell University Press.

Strange, Susan. 1983. "Cave! Hic dragones: a critique of regime analysis". En *International Regimes*, editado por Stephen Krasner, 337-354. Ithaca: Cornell University Press.

Kundmüller Caminiti, Franz. 2009. "Apuntes sobre el Derecho Internacional de las Inversiones y el Interés Público". *Revista de Derecho Administrativo*, N°7, 285-296.

Lang, Andrew y Nicolás Perrone. 2017. "8: Experimenting with International Investment Law. Initiatives from the Global South". En *Reconceptualizing International Investment Law from the Global South*, editado por Fabio Morosini y Michelle Sánchez Badin, 251-283. Cambridge: Cambridge University Press.

Martínez Rangel, Rubí y Ernesto Soto Reyes Garmendia. 2012. "El Consenso de Washington: la instauración de las políticas neoliberales en América Latina". *Política y Cultura*, N° 37: 35-64.

Miguez, María Cecilia. 2017. "La política exterior del primer año de gobierno de Mauricio Macri. ¿Situación instrumental del Estado?". *Revista Estado y Políticas Públicas*, N°8: 103-120.

Mortimore, Michael y Leonardo Stanley. 2006. "La Argentina y Los Tratados Bilaterales De Inversión: El Costo De Los Compromisos Internacionales". *Instituto de Desarrollo Económico y Social*, volumen 46, N° 182 (jul – sep, 2006): 189-214.

Nedumpara, James. 2018. "Chapter 5: India's Trade and Investment Agreements. Striking a Balance between Investor Protection Rights and Development Concerns". En *Reconceptualizing International Investment Law from the Global South*, editado por Fabio Morosini and Michelle Rattón Sánchez Badin, 188-217. Cambridge: Cambridge University Press.

Olivet, Cecilia y Luciana Ghiotto. 2021. *Justicia Paralela. ¿Cómo el sistema de protección de inversiones pone en riesgo la independencia del Poder Judicial en América Latina?* San Pablo - Ámsterdam: Internacional de Servicios Públicos (ISP) y Transnational Institute (TNI).

Ortíz, Ricardo. 2006. “Los tratados bilaterales de inversiones y las demandas en el CIADI: la experiencia argentina a comienzos del siglo XXI”. *Informe de FOCO*: 1-57.

Piva, Adrián. 2012. *Acumulación y hegemonía en la Argentina menemista*. Buenos Aires: Biblos.

Saguier, Marcelo y Luciana Ghiotto. 2018. “Las empresas transnacionales: un punto de encuentro para la Economía Política Internacional de América Latina”. *Desafíos*, volumen 30, N°2: 159-190.

Schill, Stephan. 2011. “Anexo 4: Derecho internacional de inversiones y derecho público comparado: fundamento conceptual e implicancias prácticas”. En *Tratados internacionales de protección a la inversión y regulación de servicios públicos*, editado por Florencia Saulino, 36-40. Santiago de Chile: CEPAL.

Souto Zabaleta, Mariana. 2013. “Capítulo 8. Regímenes internacionales y gobernanza global: una mirada desde los aportes de la aproximación constructivista”. En *Relaciones Internacionales: teorías y debates*, editado por Elsa Llenderrozas, 255-278. Buenos Aires: Eudeba.

Stanley, Leonardo. 2004. *Acuerdos bilaterales de inversión y demandas ante Tribunales Internacionales: la experiencia argentina reciente*. Santiago de Chile: CEPAL.

Strange, Susan. 2001. *La retirada del Estado. La difusión del poder en la economía mundial*. Barcelona: Icaria Editorial.

Van Aaken, Anne. 2008. “Perils of Success? The Case of International Investment Protection”. *European Business Organization Law Review*, N°9, 1-27.

Young, Oran. 1983. “Regime Dynamics: The Rise and Fall of International Regimes”. En *International regimes*, editado por Stephen Krasner, 93-113. Ithaca: Cornell University Press.

Zabalo, Patxi. 2012. “América Latina ante las Demandas Inversor-Estado”. *Revista de Economía Mundial*, N°31: 261-296.

Zelicovich, Julieta. 2018. “Claves y tensiones de la estrategia argentina de política comercial externa en la búsqueda de una ‘inserción inteligente al mundo’ (2015-2018)”. *Latin American Journal of Trade Policy*, N°2: 49-66.

Miguez, María Cecilia. 2016. "La política exterior argentina y su vinculación con los condicionamientos internos en el siglo XXI". *Revista Relaciones Internacionales*, N°89, vol. 2: 125-142.

Echaide, Javier. 2021. "Capítulo 5. Lex mercatoria, derechos humanos y crisis pandémica: cómo el libre comercio y la protección de inversiones pueden afectar el patrimonio público y el derecho al agua en el contexto COVID-19". En *Lex mercatoria, derechos humanos y democracia*, editado por Adoración Guamán, Carol Proner y Gisele Ricobom, 75-96. CABA: CLACSO.

Stanley, Leonardo. 2020. *La regulación de la inversión extranjera directa: los caoss de la Argentina, Colombia, el Perú, la República de Corea y Tailandia*. Santiago de Chile: CEPAL.

Battaglino, Jorge. 2008. "Transformaciones en la seguridad internacional en la post Guerra Fría: su impacto en América del Sur". *Estudios Internacionales*, N°160: 7-33.

Kuczynski, Pedro-Pablo y John Williamson. 2003. "Setting the stage". En *After the Washington Consensus: Restarting Growth and Reform in Latin America*, editado por Pedro-Pablo Kuczynski y John Williamson, 21-32. Washington, DC: Institute for International Economics.

Williamson, John. 1990. *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?* Washington, DC: Institute for International Economics.