



Departamento de Derecho Internacional  
Público

Facultad de Derecho

Universidad de Chile

# Modelo Chileno de Tratados sobre Inversión

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Daniela Arrese Ortiz

**Profesor Guía:** Ximena Fuentes Torrijo

Santiago de Chile

2009

Tabla de contenidos

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>4</b>
<b>CAPÍTULO I. DEFINICIÓN DE INVERSIÓN E INVERSIONISTA.....</b>	<b>9</b>
<b>1. Definición de inversión.....</b>	<b>9</b>
i. Definición de inversión a nivel global. Evolución de su protección .....	10
ii. Clasificación: inversión directa y de cartera o portafolio.....	14
iii. Tendencia de la definición en tratados internacionales .....	16
iv. Cláusulas sobre inversión en acuerdos suscritos por Chile. Problemas y evoluciones .....	18
v. Caso Pey y concepto de inversión.....	23
<b>2. Definición de inversionista.....</b>	<b>28</b>
i. Tendencia internacional en torno al concepto inversionista. Criterio de determinación de la nacionalidad.....	29
ii. Artículo 25 del Convenio de Washington. Aplicación jurisprudencial.....	33
iii. Definición de inversionista en acuerdos suscritos por Chile .....	38
iv. Caso Pey y nacionalidad bajo derecho chileno .....	41
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>44</b>
<b>TABLAS.....</b>	<b>46</b>
<b>CAPÍTULO II. OBLIGACIONES SUSTANTIVAS EN ACUERDOS SOBRE INVERSIÓN .....</b>	<b>51</b>
<b>1. Introducción a los estándares de tratamiento .....</b>	<b>51</b>
<b>2. Trato justo y equitativo.....</b>	<b>52</b>
i. Origen .....	53
ii. Distintos significados .....	55
iii. Aplicación internacional de los distintos significados .....	62
iv. Definición de trato justo y equitativo en acuerdos suscritos por Chile .....	64
v. Aplicación del estándar de trato justo y equitativo: Caso MTD y Pey.....	70
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>77</b>
<b>CAPÍTULO III. ESTÁNDARES RELATIVOS: TRATO NACIONAL Y NACIÓN MÁS FAVORECIDA .....</b>	<b>79</b>
<b>1. Introducción.....</b>	<b>79</b>
<b>2. Trato Nacional .....</b>	<b>79</b>
i. Introducción .....	79
ii. Origen comercial del Trato Nacional .....	81

iii. Aplicación, alcance y contenido.....	85
iv. Cláusulas sobre TN en acuerdos suscritos por Chile.....	88
<b>3. Cláusula de la Nación más Favorecida .....</b>	<b>91</b>
i. Introducción .....	91
ii. Origen .....	93
iii. Desarrollo, aplicación y jurisprudencia.....	94
iv. Tipos de cláusulas .....	103
v. Excepciones .....	106
vi. Cláusulas NMF contenidas en acuerdos suscritos por Chile .....	109
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>112</b>
<b>CAPÍTULO IV. EXPROPIACIÓN.....</b>	<b>114</b>
i. Introducción .....	114
ii. Origen .....	116
iii. Clasificación y cobertura en tratados internacionales .....	118
iv. Requisitos y aplicación .....	124
v. Tomas de propiedad en acuerdos suscritos por Chile .....	130
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>135</b>
<b>CAPÍTULO V. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.....</b>	<b>136</b>
i. Introducción .....	136
ii. Origen y evolución de los mecanismos de solución en materia de inversión.....	137
iii. Mecanismos de solución de controversias en materia de inversiones .....	142
iv. Disposiciones sobre solución de controversias en acuerdos de inversión.....	152
v. Disposiciones sobre solución de controversias en acuerdos suscritos por Chile.....	163
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>175</b>
<b>TABLAS.....</b>	<b>177</b>
<b>CONCLUSIÓN FINAL .....</b>	<b>182</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>185</b>

## Introducción

En mayo de 2004, un tribunal arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones (CIADI) condenó al Estado de Chile al pago de casi 6 millones de dólares más intereses, por haber violado el estándar de trato justo y equitativo dispuesto en el Acuerdo para la Promoción y Protección de las Inversiones (APPI) celebrado entre Chile y Malasia. Dicho tribunal sostuvo que Chile había frustrado las expectativas del inversionista al aprobar una inversión que luego no podría concretarse en conformidad a la regulación urbana interna. En mayo de 2008, otro tribunal CIADI condenó a Chile al pago de un poco más de 10 millones de dólares más intereses por haber incumplido, nuevamente, la obligación asumida en el APPI Chile-España de tratar a los inversionistas de forma justa y equitativa. Este último caso se relacionaba con la expropiación, llevada a cabo durante el régimen militar, de una empresa periodística que en esos años estaba a cargo de la circulación de un famoso diario de tendencia contraria a la dictadura (El Clarín). En este caso, el tribunal arbitral se declaró competente para conocer de dichos hechos, a pesar de que el APPI Chile-España había entrado en vigencia en el año 1994. Casi un año antes de esta última decisión, un tercer tribunal CIADI había decidido que no era competente para conocer de una disputa cuyos hechos centrales -la denegación de un permiso de pesca en aguas exteriores y posterior negativa a modificarlo- habían ocurrido antes de la entrada en vigencia del citado APPI Chile-España.

En estos tres casos, los tribunales arbitrales basaron su competencia en acuerdos sobre inversión. Estos acuerdos son tratados internacionales que establecen una serie de principios de promoción y protección para la inversión extranjera, imponen diversos estándares de trato que se traducen en obligaciones y deberes respecto de la inversión y del inversionista, y establecen mecanismos para la solución de conflictos entre Estados y entre Estados e inversionistas.

Desde el primer APPI firmado entre Alemania y Pakistán en 1959, el crecimiento de estos acuerdos ha proliferado exponencialmente, llegando a construir una extensa red de tratados sobre la materia. Así, por ejemplo, globalmente existen alrededor de 2500 APPIs, sin contar los tratados de libre comercio (TLC) que incorporan capítulos

sobre inversión.<sup>1</sup> Es por eso que hoy en día ya no se habla sólo de APPIs o BITs (por las siglas de su nombre en inglés, *Bilateral Investment Treaties*), sino que de acuerdos sobre inversión (o como se conocen en inglés, *International Investment Agreements* o IIAs).

Este fenómeno expansivo se debió, principalmente, a la creencia de que con la suscripción de estos acuerdos aumentarían los flujos de inversión extranjera hacia los países signatarios, especialmente países en desarrollo.<sup>2</sup>

Con este panorama internacional y como consecuencia directa de la celebración de los acuerdos sobre inversión, los Estados se vieron expuestos a un segundo fenómeno que tuvo relación con el incremento de las disputas sobre inversión que debían ventilarse en foros internacionales. En efecto, dado que todos los acuerdos sobre inversión contemplan disposiciones especiales para la solución de conflictos que dan competencia directa a tribunales arbitrales internacionales, los Estados se vieron compelidos a comparecer ante estas instancias. El resultado de todos estos procedimientos reveló un sistema que claramente se inclinaba a favor de los inversionistas. Los Estados eran y son condenados al pago de altas sumas de dinero por violaciones a las disposiciones de estos acuerdos y, sin embargo, el sistema no ofrece la uniformidad, coherencia o legitimidad suficiente como para asumir estas funciones.

Estas condenas no sólo expusieron los problemas de este particular sistema de protección en general, sino que también evidenciaron las falencias presentes en los mismos acuerdos sobre inversión. La imprecisión en las definiciones de los conceptos y términos más utilizados y la indeterminación del alcance de las obligaciones impuestas generaron incertidumbre, lo cual contribuyó aún más a la

---

<sup>1</sup> World Investment Report 2006. FDI from Developing and Transition Economies: Implications for Development. UNCTAD. Nueva York, (2006). Disponible en: [http://www.unctad.org/en/docs/wir2006\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/wir2006_en.pdf)

<sup>2</sup> Actualmente esta afirmación puede estar en entredicho, ya que se ha comprobado que la celebración de estos acuerdos no reemplaza el orden institucional interno y, además, que no están necesariamente relacionados con el aumento de los flujos a un determinado país. Para un estudio completo sobre la relación entre la inversión extranjera directa y su relación con los acuerdos sobre inversión ver: HALLWARD-DRIEMEIER, Mary. *Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a bit...and they could bite.* World Bank, DECRG, (2003). Disponible en: [http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/TW3P/IB/2003/09/23/000094946\\_03091104060047/Rendered/PDF/multi0page.pdf](http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/TW3P/IB/2003/09/23/000094946_03091104060047/Rendered/PDF/multi0page.pdf)

crisis global del sistema. En concreto, ¿a qué está obligado un Estado que se compromete a tratar a una inversión o a un inversionista extranjero de forma no menos favorable que a los inversionistas nacionales o a extranjeros de cualquier tercer país, o de forma justa y equitativa? ¿Cuándo se entienden conculcados o comprometidos estos estándares? ¿Pueden las actuaciones estatales que se ajustan a la ley interna violar de todas formas un acuerdo sobre inversión?

La principal consecuencia que tiene la indeterminación y ambigüedad de los conceptos y obligaciones en estos tratados, es que impone límites importantes a toda la actividad estatal. La mayoría de los APPIs carece de restricciones que reconozcan la relevancia de la actividad regulatoria en pos del interés público, lo cual expone a los Estados a continuas demandas y condenas. Un ejemplo de esto es la situación vivida por Argentina y el colapso de su sistema financiero en el año 2001. Como resultado de dicha crisis y de las diversas medidas adoptadas por el gobierno central para resistir la debacle financiera, Argentina enfrenta más de 30 demandas ante el CIADI, sufriendo condenas que ascienden, en algunos casos, a 130 millones de dólares (así ocurrió en el caso CMS Energy v. Argentina).

Chile no está exento de experimentar estos problemas. De hecho, nuestro país ha suscrito casi 40 APPIs y celebrado 9 tratados de libre comercio, 5 de ellos con capítulos de inversión. Todos estos acuerdos siguen un patrón similar cuando se trata de principios, estándares y obligaciones debidos a la inversión e inversionista extranjeros. La internacionalmente alabada estabilidad económica e institucional de Chile no lo ha librado de ser condenado por violaciones a los tratados de inversión. Los casos referidos al comienzo son un ejemplo del nivel de exposición que enfrenta un Estado signatario de estos acuerdos. En dichos casos, tribunales internacionales revisaron y tuvieron que pronunciarse sobre las distintas obligaciones asumidas por Chile en sus acuerdos sobre inversión. Cada uno de estos tribunales tuvo que examinar la legislación y regulación interna de nuestro país, así como la conducta de distintos órganos nacionales hacia inversionistas y sus inversiones. En síntesis, cada uno de estos tribunales analizó la conducta del Estado chileno para determinar si se conformaba con los compromisos adquiridos bajo estos acuerdos internacionales. Pero como se dijo más arriba, este examen de conformidad no es una tarea fácil

cuando las disposiciones de los acuerdos sobre inversión son indefinidas y genéricas, al igual que las obligaciones que éstos imponen.

Es por esto que un examen de los acuerdos sobre inversión se hace necesario para así determinar a qué exactamente está obligado el Estado de Chile (objeto de nuestro trabajo), y cuál es la magnitud que tienen las obligaciones asumidas. Esto permite identificar las debilidades y fortalezas de los acuerdos suscritos por Chile. Dicho examen representa el objetivo de esta memoria. En otras palabras, de lo que se trata es de poder determinar cuáles son las obligaciones impuestas por estos acuerdos a Chile y cuál es el alcance de éstas. Se concluirá que el lenguaje escogido en cada uno de ellos importa, porque en definitiva, puede llegar a marcar diferencias significativas en el proceso de definición de violaciones e incumplimientos.

Para alcanzar este objetivo, se identificaron distintas materias tratadas en los acuerdos sobre inversión. Así, en primer lugar, cada acuerdo sobre inversión contiene una definición de las materias y personas protegidas, en este caso inversión e inversionistas. Asimismo, contienen principios genéricos de promoción y protección, en conjunto con obligaciones más concretas de trato nacional, cláusula de nación más favorecida y trato justo y equitativo. Por otro lado, estos acuerdos contienen disposiciones especiales respecto del derecho de los Estados a expropiar la propiedad extranjera. Además, cada acuerdo contiene disposiciones relacionadas a la transferencia y retorno de las ganancias provenientes de la inversión y, por último, todos los acuerdos incluyen artículos especiales dedicados a la solución de controversias.

Esta memoria tratará por separado cinco de los temas enunciados más arriba, los cuales representan las disposiciones claves para definir el alcance de los tratados sobre inversión celebrados por Chile. De esta forma, el capítulo I revisará la definición de inversión e inversionista; los capítulos II y III analizarán las obligaciones sustantivas dispuestas en cada uno de los acuerdos, esto es, el estándar de trato justo y equitativo, el trato nacional y la cláusula de nación más favorecida. A su vez, el capítulo IV estudiará los artículos concernientes a la facultad expropiatoria de los Estados, con sus límites y restricciones. Por último, el capítulo V se enfocará en las disposiciones que hacen efectivas las garantías indicadas, es decir, en los mecanismos de solución de controversias.

Cada capítulo abordará el desarrollo que han tenido estas materias a nivel de doctrina y jurisprudencia internacional. Asimismo, el análisis incluirá referencias a acuerdos de inversión suscritos por otros países para así examinar la experiencia comparada en el tratamiento de las obligaciones y deberes acordados en este tipo de tratados. Gran parte de los materiales utilizados en este trabajo corresponden a autores y organismos de habla inglesa, razón por la cual se advierte desde un inicio que la gran mayoría de las citas y referencias se efectúan en dicho idioma. En realidad, se trata de un obstáculo insoslayable en esta área del derecho, pues por un lado la mayoría de los casos se desenvuelven en ese idioma y, por el otro, la mayor parte de las revistas y artículos se escriben en inglés como forma de llegar a un público más amplio.

En lo relativo a la metodología utilizada, una vez descrita la experiencia comparada, se revisó cada uno de los acuerdos sobre inversión suscritos por Chile. En ciertos casos, los acuerdos fueron analizados por medio de tablas, cuya construcción obedeció a propósitos expositivos. Cada capítulo contiene a su vez referencias a jurisprudencia relativa al tema, con especial énfasis en los casos que involucran a nuestro país.

Esta metodología permitió identificar las tendencias seguidas por Chile en la celebración de estos acuerdos. Se verá en el desarrollo de este trabajo que, aunque los tratados parezcan similares, muchos contienen sutiles diferencias que pueden generar discrepancias relevantes a la hora de ser interpretados. Se observará también que nuestro país está experimentando una nueva preferencia en esta materia, que está representada por la celebración de TLCs con capítulos de inversión, cuya celebración constituye un avance en torno a la redacción de las cláusulas y la forma de lidiar con los problemas que actualmente presenta la jurisprudencia relativa a inversiones.



## Capítulo I. Definición de inversión e inversionista

### 1. Definición de inversión

Dilucidar el significado del término inversión resulta clave para determinar el alcance de los tratados internacionales que tienen por objetivo su protección. Este concepto define el ámbito de aplicación de los referidos acuerdos, es decir, fija los bienes y actividades cubiertas, el tipo de protección que reciben, limita la competencia de los organismos encargados de resolver las disputas concernientes al acuerdo, entre otros aspectos.

Dada su relevancia, podría pensarse que el término en cuestión se encuentra bien delimitado, sin embargo, este no es el caso. Hoy en día, la mayoría de los tratados de promoción y protección de inversiones sigue la tendencia internacional que considera el concepto de inversión como uno de carácter amplio, lo que ha terminado por difuminar el concepto transformándolo en una noción casi ilimitada.

Las acepciones de inversión provenientes de las ciencias sociales distintas al derecho, no son útiles cuando se trata de analizar un acuerdo sobre inversión. La definición de inversión que encontramos en las ciencias económicas, por ejemplo, no permite determinar el ámbito de aplicación de un tratado internacional de protección de inversiones. De hecho, desde el punto de vista económico existen diversas transacciones que, a pesar de estar ligadas a una operación de inversión, no quedan cubiertas por los términos de un acuerdo sobre inversiones.<sup>3</sup>

El objetivo de este capítulo, por lo tanto, es estudiar lo que se entiende por inversión a nivel internacional, para luego analizar la definición seguida por nuestros acuerdos sobre inversión y determinar así, el alcance de las obligaciones asumidas por nuestro país.

Como punto de partida, puede señalarse que la inversión extranjera involucra la transferencia de bienes tangibles e intangibles de un país a otro, con el propósito de utilizarlos en ese otro país para generar riqueza, bajo el control total o parcial del

---

<sup>3</sup> En este sentido Schreuer señala que: “An investment operation involves a number of ancillary transactions and legal contacts. They include financing, the lease of property, purchase of various goods, marketing of produced goods and tax liabilities. In economic terms, these transactions and contacts are all more or less linked to the investment. But whether these peripheral activities arise directly out of an investment for purposes of ICSID’s jurisdiction may be subject to doubt. SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: A Commentary*. Reino Unido, Cambridge University Press, (2001). p. 114.

dueño de los bienes.<sup>4</sup> Esta sección analizará la evolución que ha experimentado el término inversión en el derecho internacional; revisará una de las clasificaciones más importantes dentro de este tema: inversión directa – inversión de cartera o portafolio; examinará las tendencias seguidas en los tratados de protección de inversiones y, finalmente, estudiará el concepto utilizado en nuestros acuerdos sobre inversión.

i. Definición de inversión a nivel global. Evolución de su protección

La inversión entendida como el compromiso de capital en un negocio para obtener ganancias o retornos, no siempre fue objeto de protección a nivel internacional.<sup>5</sup> En un comienzo, la protección se daba a la persona física del extranjero y su propiedad, en el contexto de la regla del mínimo estándar internacional de protección.<sup>6</sup> El derecho consuetudinario, por ende, hablaba de “propiedad extranjera”, concepto estático que eventualmente fue sustituido por uno más dinámico como el de inversión.<sup>7</sup>

Se puede decir entonces, que el sistema de protección a la inversión extranjera tuvo su origen en las reglas de responsabilidad internacional de los Estados, por daños ocasionados a extranjeros y su propiedad.

Progresivamente, la figura de la inversión extranjera comenzó a extenderse, y hoy en día cubre un amplio número de actividades económicas y regulatorias relacionadas con propiedad o bienes controlados por extranjeros.<sup>8</sup> Ya no sólo abarca bienes tangibles, sino que también intangibles. Esta última evolución comenzó con la protección otorgada a los derechos contractuales bajo los cuales se habían internado bienes al Estado receptor. Más adelante, los derechos relacionados con esos bienes, como arriendos, prendas o hipotecas, también pasaron a ser parte del concepto.

---

<sup>4</sup> SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Reino Unido, Cambridge University Press, 2ª ed., (2004). p.7.

Es necesario destacar que, como se verá más adelante, la transferencia de bienes o de capitales como factor clave del concepto inversión puede estar en entredicho. De hecho, los distintos acuerdos no consideran la transferencia como parte del concepto de inversión. La transferencia es generalmente incluida sólo en los preámbulos.

<sup>5</sup> VAN HARTEN, Gus. *Investment treaty Arbitration and Public Law*. Oxford University Press, (2007). p.74.

<sup>6</sup> Véase Capítulo II, Mínimo Estándar de Protección Internacional.

<sup>7</sup> *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations*. OECD Publishing, (2008), [en adelante OECD 2008], p. 47.

<sup>8</sup> VAN HARTEN, Gus. *Op cit.* p. 75.

Incluso, hubo casos en que préstamos de dinero que involucraban a Estados fueron considerados una inversión.<sup>9</sup>

La protección de los accionistas, a través de la incorporación de la tenencia de acciones al concepto de inversión, significó una gran evolución respecto del derecho internacional general. Antes del auge del derecho sobre inversiones, los accionistas sólo podían recibir protección por daños que los afectaban directamente a ellos, y no por acciones dirigidas a las sociedades o compañías emisoras de las acciones. El derecho internacional reconocía así la diferencia existente entre las personas jurídicas y las personas naturales que las creaban. Uno de los ejemplos más representativos de esa tendencia fue el caso “Barcelona Traction”.

Barcelona Traction era una sociedad comercial incorporada en Toronto, Canadá, que ejercía actividades en España y cuyos accionistas mayoritarios eran belgas. En este caso, la Corte Internacional de Justicia, en adelante CIJ, sentenció que sólo podía interceder a través de la protección diplomática el Estado donde la compañía había sido constituida o incorporada. Esto, porque en el caso en cuestión los actos alegados sólo habían afectado a la compañía y no a los accionistas.<sup>10</sup> En el fallo de segunda fase de 5 de febrero de 1970, la Corte dijo a propósito del *jus standi* de Bélgica:

“In the field of diplomatic protection, international law was in continuous evolution and was called upon to recognize institutions of municipal law. In municipal law, the concept of the company was founded on a *firm distinction between the rights of the company and those of the shareholder. Only the company, which was endowed with legal personality, could take action in respect of matters that were of a corporate character. A wrong done to the company frequently caused prejudice to its shareholders, but this did not imply that both were entitled to claim compensation.* Whenever a shareholder's interests were harmed by an act done to the company, it was to the latter that he had to look to institute appropriate action. An act infringing only the company's rights did not involve responsibility towards the shareholders, even if their interests were affected. In order for the situation to be different, the act complained of must be aimed at the direct rights of the shareholder as such (which was not the case here since the Belgian Government had itself admitted that it had not based its claim on an infringement of the direct rights of the shareholders).”<sup>11</sup> [Énfasis agregado].

---

<sup>9</sup> SORNARAJAH, M. *Op. cit.* pp. 204-268.

<sup>10</sup> CIJ 1962. Era Bélgica el Estado que intercedió a favor de sus nacionales (accionistas de la compañía) mediante protección diplomática, debido a la declaración de quiebra de la sociedad en España.

<sup>11</sup> Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica c. España). CIJ 1962, pár. 38. Sentencia disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>

Como se ve en este caso, el test pedido por la CIJ para conceder protección a los accionistas era de daños directos. Fue quizás en respuesta al caso Barcelona Traction que los tratados bilaterales de inversión comenzaron a contemplar expresamente, la protección de acciones en sociedades que servirían de vehículo a la inversión. Sin embargo, la sola inclusión de las acciones en el concepto de inversión no exime del requisito de los daños directos, a pesar de lo que diga la jurisprudencia en materia de inversiones. Después de todo, ya Barcelona Traction permitía la protección diplomática en caso de ilícitos que afectaran directamente a los accionistas.

Resulta interesante notar que la jurisprudencia en materia de inversiones se ha “saltado” el paso lógico de los daños directos, porque en este ámbito se presume que los daños ocasionados a una compañía dañan también a los accionistas.<sup>12</sup>

El paso siguiente en la expansión del significado de inversión, se dio con la incorporación de los derechos de propiedad intelectual. La transferencia de tecnología continúa siendo parte importante del concepto en estudio. En los primeros tratados sobre inversión los bienes intangibles, como patentes, licencias o “know how”, eran escasamente incluidos. Se presumía que como estos bienes eran concedidos y reconocidos por el Estado, debían permanecer bajo su control. Lo anterior, no es sino un ejemplo del proceso de internacionalización que sufren ciertos derechos, creados y otorgados por los Estados, con la inclusión de los mismos en tratados internacionales.<sup>13</sup> Esto implica que la violación de estos derechos importa no sólo una contravención del derecho interno, sino que también una infracción a una obligación internacional.

La inclusión de derechos administrativos es otro ejemplo de este proceso de ampliación terminológica. Muchos tratados sobre inversión, que no otorgan un derecho *ex ante* a establecerse como inversionista, contemplan mecanismos de fiscalización o control previos a la entrada de la inversión al territorio. Lo anterior, se justifica gracias al principio de soberanía de los Estados. En conformidad a este principio, los Estados son libres para determinar qué y quiénes entran en su territorio. Por otro lado, el liberalismo económico postula un derecho de entrada como lo

---

<sup>12</sup> Ver más adelante en sección 2, la situación de la protección a accionistas minoritarios en los acuerdos sobre inversión.

<sup>13</sup> SORNARAJAH, M. *Op. cit.* p.220.

establece el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, en adelante TLCAN, esto es, un derecho a establecerse *ex ante*.

A pesar de lo anterior, muchos de los Estados en desarrollo mantienen cierto nivel de control en lo que respecta a la entrada de la inversión. Sobre este punto, existe discrepancia en torno al momento en que comienza a operar la protección del tratado sobre inversiones. ¿Existen derechos de pre-establecimiento o la protección sólo comienza a operar una vez terminado el proceso administrativo de ingreso? Esta es una pregunta que debe responderse caso a caso o, mejor dicho, tratado a tratado, ya que el principio de soberanía faculta a los Estados a rechazar el ingreso de inversiones que no cumplan con determinados propósitos u objetivos. Así por ejemplo, si la inversión no es coherente con las políticas de desarrollo sustentable, de salud pública, con normas laborales o incluso, si no significa beneficio para el Estado receptor, éste estaría facultado para denegar el ingreso.<sup>14</sup>

Los referidos procesos de entrada controlan, generalmente, que los proyectos de inversión cumplan con la normativa básica medioambiental o de planificación. Algunos tratados establecen la posibilidad de que los inversionistas adquieran estos derechos de carácter administrativo. Esto se justifica porque si el Estado decide quitarle estos derechos a un inversionista, éste no podría comenzar a operar su inversión y, bajo esa circunstancia, no importaría si el inversionista mantiene o no la propiedad de los bienes que desea ingresar.

Los derechos de carácter administrativo otorgados colisionan con el poder regulatorio del Estado, y es precisamente aquí donde se observa la mayor tensión entre los tratados de protección de inversiones y el principio de soberanía estatal. ¿Significa acaso que con la suscripción de tratados de inversión el Estado renuncia a su poder regulatorio? La idea de que la protección internacional de la inversión haga inoperante el derecho público estatal, parece estar fuera del propósito de los Estados al momento de celebrar estos acuerdos.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Ver Caso Pey en sección v de este capítulo. El tribunal en este caso se manifestó contrario a examinar si la inversión en cuestión contribuía o no al desarrollo económico del país. Párs. 230-235.

<sup>15</sup> Para más información sobre la relación entre el derecho internacional de inversiones, el derecho internacional público y el derecho administrativo consultar VAN HARTEN, Gus. *Op cit.*

La evolución recién expuesta se refleja completamente en los tratados de protección de inversiones y en las definiciones que estos contemplan. Antes de analizar estas definiciones, se revisará una de las clasificaciones más importantes del término inversión: la distinción entre inversión extranjera directa e inversión de portafolio.

ii. Clasificación: inversión directa y de cartera o portafolio

Tradicionalmente, la inversión se ha clasificado como directa o de portafolio.<sup>16</sup> La inversión extranjera es la categoría de inversión internacional que refleja el objetivo de una entidad residente en una economía, que obtiene un interés duradero en una empresa residente en otra economía.<sup>17</sup> Este interés implica la existencia de una relación a largo plazo entre el inversionista directo y la empresa en la cual invierte y, por supuesto, un grado significativo de control en el manejo de ella. El criterio utilizado para distinguir a la inversión directa es el dominio de al menos 10% de las acciones de la empresa o la tenencia de poder de voto.<sup>18</sup>

A *contrario sensu*, la inversión de portafolio comprendería aquella inversión que no tiene las características antes descritas e incluye una variedad de instrumentos de cambio que son transados o transables en mercados financieros organizados. La inversión de portafolio representa la tenencia y adquisición de instrumentos de cambio como acciones, bonos extranjeros o cualquier otro instrumento financiero que no permite tener incidencia en la administración o manejo de la compañía emisora de esos títulos, ni menos control de ella.<sup>19</sup> Según Sornarajah, este tipo de inversión representa, generalmente, un movimiento de dinero con el propósito de comprar acciones en una sociedad que funciona en otro país.<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> OECD 2008, p. 47.

<sup>17</sup> *Indirect Investment: Defining the Scope of Direct Investment Relationship*. Issues Paper #3. IMF Committee on Balance of Payments statistics and OECD Workshop on International Investment Statistics. Direct Investment Technical Expert Group (DITEG), abril (2004). Disponible en: <http://www.imf.org/external/np/sta/bop/pdf/diteg3b.pdf>

<sup>18</sup> *Foreign Portfolio Investment (FPI) and Foreign Direct Investment (FDI): Characteristics, similarities, complementarities and differences, policy implications and development impact*. UNCTAD Commission on Investment, Technology and Related Financial Issues, (1999), [en adelante UNCTAD 1999], p. 4. Disponible en: <http://www.unctad.org/en/docs/c2em6d2&c1.en.pdf>

<sup>19</sup> Así también la define Van Harten al explicar que bajo el análisis económico, la inversión extranjera directa es definida como inversión transfronteriza que involucra el control de bienes extranjeros. Esto último sería lo que distinguiría a la inversión directa de la de portafolio, la cual sólo significa una contribución de capital sin control o influencia gerencial. VAN HARTEN, Gus. *Op cit.* p. 77.

<sup>20</sup> SORNARAJAH, M. *Op. cit.* p. 227.

La inversión de portafolio no está protegida por el derecho internacional consuetudinario, a diferencia de lo que ocurre con la inversión directa que, desde un comienzo, recibió amparo a través de la protección diplomática y los principios de responsabilidad internacional de los Estados.<sup>21</sup> Esto a pesar de que durante todo el siglo 19 y comienzos del siglo 20, la categoría predominante de inversión fue la inversión de portafolio en la forma de bonos emitidos por gobiernos de países desarrollados.<sup>22</sup>

En cuanto a los requisitos de ambas categorías de inversión, se puede decir que la inversión directa es un flujo de inversión internalizada, que incluye capital y bienes tangibles e intangibles. El inversionista mantiene el control de la subsidiaria, obtiene beneficios de ella y asume los riesgos operacionales de su inversión.<sup>23</sup>

Por otro lado, la inversión de portafolio es básicamente la compra de valores emitidos por una compañía o empresa privada o gubernamental. Esta inversión es netamente financiera, y no implica transferencia de bienes o de tecnología al Estado receptor.<sup>24</sup> Si los valores son transados en los mercados financieros locales, la inversión de portafolio puede significar la inyección o el retiro de flujos masivos de capital de manera repentina, lo cual puede afectar enormemente la estabilidad de una economía en desarrollo. De hecho, la alta volatilidad de la inversión de portafolio es una de las razones más poderosas para negar su protección mediante acuerdos sobre inversión. Pero lo realmente problemático, es que se trata de un campo en el que el poder regulatorio del Estado es amplio y necesario para poder enfrentar crisis financieras. Si se concluye que la inversión de portafolio está amparada por los tratados de inversión, cualquier medida tomada para estabilizar la economía, aún en momentos de crisis, podría afectar a este tipo de inversión.<sup>25</sup>

---

<sup>21</sup> De hecho, de acuerdo al mismo autor: "The treaties remove any doubt that may have existed in customary international law as to shareholder protection by defining investment to include shares. The intention was clearly to include primary shares". Luego agrega en nota al pie N° 59: "This point is made again to assert the view that portfolio investment was never intended by the reference to shares in companies. The history of shares suggests that it was done to get over the problem raised in *Barcelona Traction*." SORNARAJAH, M. *Op. cit.* p. 229.

<sup>22</sup> OECD 2008, p. 47.

<sup>23</sup> UNCTAD 1999, p. 7.

<sup>24</sup> UNCTAD 1999, p. 7.

<sup>25</sup> VAN HARTEN, Gus. *Op. cit.* p. 78.

En relación al tratamiento que recibe la inversión portafolio en los acuerdos sobre inversión, se debe notar que algunos tratados han decidido excluirla expresamente del ámbito de protección de estos acuerdos. Esta es la línea que siguió ASEAN.<sup>26</sup> En el protocolo para modificar el Acuerdo Marco sobre Inversión en el Área Asean de septiembre de 2001, se estipuló que el acuerdo cubriría toda la inversión directa que no fuera inversión de portafolio.

De acuerdo a Sornarajah, la inclusión de las acciones como parte del concepto de inversión llevó a muchos a concluir que los acuerdos sobre esta materia otorgaban protección a la inversión de cartera. Sin embargo, el mismo autor es enfático al señalar que la inclusión de las acciones fue hecha sólo para superar el problema presentado por el caso *Barceloma Traction*, y no para comprender dentro del alcance de los acuerdos a la inversión portafolio.<sup>27</sup>

Como se verá a continuación, la definición de inversión contenida en los acuerdos es tan amplia, que perfectamente puede ser interpretada en el sentido de incluir a la inversión portafolio.

### iii. Tendencia de la definición en tratados internacionales

La evolución descrita anteriormente demuestra que la definición del término inversión es contingente, variable en el tiempo y que se ve afectada por el momento en que la cláusula o artículo que la contiene es redactada. Las definiciones encontradas en los distintos tratados son un reflejo fiel de la evolución que ha tenido el concepto y de cómo éste es permeable ante las distintas tendencias mundiales.

La mayoría de los acuerdos de protección de inversiones contienen definiciones del término inversión muy similares, que más bien describen y enumeran los bienes y actividades que se consideran inversión para los propósitos del acuerdo. Casi todos contienen una cláusula general del tenor de “cualquier tipo de bien” seguida por una lista no exhaustiva de bienes y derechos.

---

<sup>26</sup> Asociación de Naciones del Sureste Asiático ("ASEAN"), conformada por los gobiernos de Brunei Darussalam, el Reino de Camboya, la República Indonesia, la República Democrática de Laos, Malaysia, la Unión de Myanmar, la República de Filipinas, la República de Singapur, el Reino de Tailandia y la República Socialista de Vietnam.

<sup>27</sup> SORNARAJAH, M. *Op. cit.* p. 229.



Como se vio en la sección 1, la lista de bienes y derechos generalmente incluye, entre otros: 1) Derechos de propiedad y otros derechos reales y/o relacionados con la tenencia de bienes; 2) Participación en sociedades y compañías; 3) Derechos de propiedad intelectual; 4) Derechos administrativos, entre otros.

El primer Tratado Bilateral de Inversiones, firmado en 1959 entre Alemania y Pakistán, contiene en su artículo 8 la siguiente definición:

(1) (a) The term "investment" shall comprise capital brought into the territory of the other Party for investment in various forms in the shape of assets such as foreign exchange, goods, property rights, patents and technical knowledge. The term "investment" shall also include the returns derived from and ploughed back into such "investment".

(b) Any partnerships, companies or assets of similar kind, created by the utilization of the above mentioned assets shall be regarded as "investment".<sup>28</sup>

Eli Lauterpatch ha señalado que esta definición incluye elementos subjetivos: habla de “inversión aprobada”, lo que introduciría un elemento volitivo o de consentimiento en la definición.<sup>29</sup> De esa misma forma se definió en el intercambio de notas de ambos gobiernos:

“It is our understanding that the term "investment" wherever it is used in this Treaty or in the letters annexed refers in respect of Pakistan to investments approved by the Government agencies authorizing such investments. If at any time later free investment is allowed in Pakistan the term "investment" will cover all investments made in the territory of Pakistan.

The same term refers in respect of the Federal Republic of Germany to all investments made in accordance with its legislation.”<sup>30</sup>

Durante el auge de los APPIs en los años 90, predominaron las definiciones que listaban los bienes considerados como inversión, luego de una cláusula general que decía “cualquier tipo de bien”.

Posteriormente, se realizaron esfuerzos tendientes a objetivizar la definición de inversión, enfatizando sus características propias, esto es, la contribución de capital, la asunción de riesgos, la duración del proyecto, etc.

---

<sup>28</sup> Texto del acuerdo en: [http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/germany\\_pakistan.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/germany_pakistan.pdf)

<sup>29</sup> LAUTERPACHT, Eli. *The Drafting of Treaties for the Protection of Investment*. International & Comparative Law Quarterly, N° 3, (1962).

<sup>30</sup> Anexo al APPI Alemania-Pakistán.

Un ejemplo de este tipo de definición, lo encontramos en el Modelo de APPI de Estados Unidos de 2004, que al definir inversión dispone:

““Investment” means every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. Forms that an investment may take include:

- (a) an enterprise;
- (b) shares, stock, and other forms of equity participation in an enterprise;
- (c) bonds, debentures, other debt instruments, and loans;
- (d) futures, options, and other derivatives;
- (e) turnkey, construction, management, production, concession, revenue-sharing, and other similar contracts;
- (f) intellectual property rights;
- (g) licenses, authorizations, permits, and similar rights conferred pursuant to domestic law; and
- (h) other tangible or intangible, movable or immovable property, and related property rights, such as leases, mortgages, liens, and pledges.”<sup>31</sup>

Esta última definición hace un intento por caracterizar el concepto de inversión. Al hacerlo, impone más requisitos a nivel convencional respecto de lo que se considera inversión. Esta es una buena manera de limitar las definiciones amplias dadas en los tratados de protección originales, lo que restringe a su vez la competencia de los órganos internacionales a cargo de la solución de controversias relacionadas con inversiones.

#### iv. Cláusulas sobre inversión en acuerdos suscritos por Chile. Problemas y evoluciones

La mayoría de los APPIs chilenos fueron suscritos en la década de los noventa y, por lo tanto, sus disposiciones corresponden a lo que denominamos acuerdos sobre inversión tradicionales.

Para fines expositivos se utilizará el APPI Chile-Noruega, representativo de esta tendencia tradicional en los acuerdos de inversión.<sup>32</sup> Este tratado, en el N° 2 de su artículo 1 “definiciones” dispone que:

“2. Inversión significa toda clase de bienes, siempre y cuando la inversión se haya efectuado en conformidad con las leyes y reglamentos de la otra Parte Contratante e incluirá, en particular, pero no en forma exclusiva:

---

<sup>31</sup> Ver texto del acuerdo en:

[http://www.ustr.gov/assets/Trade\\_Sectors/Investment/Model\\_BIT/asset\\_upload\\_file847\\_6897.pdf](http://www.ustr.gov/assets/Trade_Sectors/Investment/Model_BIT/asset_upload_file847_6897.pdf)

<sup>32</sup> Suscrito en Oslo en 1993, promulgado y publicado en Chile en 1994.

- a) bienes muebles e inmuebles y cualesquiera otros derechos de propiedad tales como hipotecas, gravámenes o prenda;
- b) acciones, debentures o cualesquiera otras formas de participación en compañías;
- c) derechos sobre dinero o cualquier prestación que tenga un valor económico;
- d) derechos de propiedad intelectual e industrial, incluidos derechos de autor, patentes, marcas comerciales, procesos y conocimientos técnicos y derechos de llave;
- e) concesiones otorgadas por ley o en virtud de un contrato, incluidas las concesiones para explorar, extraer o explotar recursos naturales.”<sup>33</sup>

Chile ha suscrito 38 tratados bilaterales de inversión<sup>34</sup>, sin contabilizar los tratados de libre comercio que contienen capítulos sobre esta materia.<sup>35</sup> La mayoría de los APPIs contienen una disposición similar.<sup>36</sup> La protección otorgada es amplia, ya que cubre cualquier tipo de bien. Estos acuerdos no tienen una caracterización del concepto, sino que más bien siguen la enumeración clásica de propiedad material, derechos contractuales y reales, participación en compañías, propiedad intelectual, derechos administrativos, etc. Además, incluyen dentro de la enumeración “derechos sobre dinero y cualquier prestación que tenga valor económico”. La cláusula anterior puede extender el margen de aplicación de estos tratados a cualquier tipo de actividades con tal de que tengan un valor económico. Es difícil imaginar alguna actividad que no lo tenga.

Este tipo de disposiciones han sido utilizadas para incluir dentro del término inversión a operaciones contractuales singulares, que no cumplen con las características objetivas de una inversión señaladas más arriba. En el caso *Salini e Italstrate v. El Reino de Marruecos*, se consideró como inversión y, por lo tanto, como sujeto a la jurisdicción del CIADI, a un contrato de construcción civil de una carretera, debido a que el artículo N° 1 del APPI Italia-Marruecos incluía una disposición del tipo “cualquier derecho de naturaleza económica” y, porque el

---

<sup>33</sup> Texto del acuerdo en: <http://www.direcon.cl/documentos/NORUEGA.pdf>

<sup>34</sup> El APPI Chile-Corea fue derogado por la suscripción del Tratado de Libre Comercio Chile-Corea, publicado en nuestro país en abril de 2004, ya que éste último contiene disposiciones relativas a inversiones.

<sup>35</sup> Chile ha suscrito 11 tratados de libre comercio con: la Asociación Europea de Libre Comercio; Australia; Canadá; Centro América; China; Corea; Estados Unidos; Japón; México; Panamá y Perú. Aquellos acuerdos que tienen capítulos especiales de inversión son: Australia; Canadá; Corea; Estados Unidos; Japón; México y Perú. Los otros tratados confirman la vigencia de los tratados bilaterales de inversión.

<sup>36</sup> Ver tablas en apartado N° 3 de este capítulo.

contrato de construcción había creado beneficios contractuales de naturaleza económica. En consecuencia, el tribunal arbitral rechazó las objeciones a la jurisdicción opuestas por Marruecos sobre la base que el contrato en cuestión no constituía una inversión.<sup>37</sup>

Evidentemente, bajo el tenor literal de nuestros APPIs, operaciones contractuales como la descrita arriba también pueden considerarse inversión para los efectos de otorgar jurisdicción a un tribunal internacional. Queda a discreción del órgano internacional encargado de decidir la disputa, el determinar si incluye o no elementos objetivos en su análisis para establecer si una actividad determinada constituye o no inversión. Este riesgo es, no obstante, evitable si se definen más restrictivamente los términos que otorgan competencia a los órganos internacionales. Utilizando definiciones más concretas, el riesgo de que un órgano no estatal sea el que califique una operación como inversión, disminuye.

Una restricción de este tipo fue la buscada por el modelo estadounidense de 2004, que se materializó en Chile con la conclusión del Tratado de Libre Comercio suscrito con ese país.<sup>38</sup> El artículo 10.27 del capítulo de inversión, incluye la siguiente definición:

“inversión significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la presunción<sup>39</sup> de riesgo.”

De hecho, este tratado en la enumeración siguiente a la definición agrega en una nota al pie:

“El hecho de que un derecho particular conferido de acuerdo con la legislación interna, como el mencionado en el subpárrafo (g), tenga las características de una inversión depende de factores tales como la naturaleza y el alcance de los derechos del tenedor de conformidad con la legislación interna de la Parte. Entre los derechos que no tienen las características de una inversión están aquéllos que no generan derechos protegidos mediante la legislación interna. Para mayor certeza, lo anterior es sin perjuicio de que un activo asociado con dicho derecho tenga las características de una inversión.”

---

<sup>37</sup> Salini and Italstrate v. Kingdom of Morocco, Caso CIADI N° ARB/00/4, citado por YALA, Farouk. *The Notion of “Investment” in ICSID Case Law: A drifting Jurisdictional Requirement? Some “Un-Conventional” Thoughts on Salini, SGS, and Mihaly.* Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, (2005).

<sup>38</sup> Texto del acuerdo en: [http://www.direcon.cl/index.php?accion=tlc\\_eeuu\\_01](http://www.direcon.cl/index.php?accion=tlc_eeuu_01)

<sup>39</sup> Esta palabra debería ser ‘asunción’.

Esta nota evidencia una clara intención de dejar en el ámbito nacional, la calificación de aquello que se considerará inversión para efectos del tratado.

Línea similar sigue el Tratado de Libre Comercio con Japón, el cual agrega a la definición de inversión contemplada en la letra (g) del artículo 105 la siguiente nota:

“Las características de una inversión incluyen el compromiso de capitales o de otros recursos, la expectativa de ganancia o utilidad, o la asunción de riesgo.”<sup>40</sup>

Pero además, los TLCs con capítulos de inversión han incorporado en sus definiciones indicaciones que señalan aquello que no es inversión. Así, el TLC con Corea dice expresamente en el artículo 10.1:

“pero inversión no significa:  
(i) reclamaciones pecuniarias derivadas exclusivamente de:  
(i) contratos comerciales para la venta de bienes o servicios por un nacional o empresa en el territorio de una Parte a una empresa en el territorio de la otra Parte; o  
(ii) el otorgamiento de un crédito en relación con una transacción comercial, como por ejemplo el financiamiento al comercio; y  
(j) una resolución dictada en un procedimiento judicial o administrativo...”<sup>41</sup>

Respecto a si nuestros tratados incluyen o no protección a la inversión de portafolio, cabe señalar que lo acuerdos nacionales no contienen cláusula o disposición alguna que margine este tipo de inversión del ámbito de aplicación de los acuerdos. Esto último en conjunto con las amplias definiciones estudiadas más arriba, llevan a concluir que efectivamente la inversión de portafolio no estaría *a priori* excluida.

Por otro lado, nuestros APPIs incluyen la cláusula de “legalidad de la inversión”, la cual restringe la cobertura del tratado a aquellas inversiones que se hayan materializado en conformidad con las leyes del país receptor. La ubicación sistemática de esta cláusula en los APPIs no es uniforme. De hecho, se la puede encontrar tanto en las definiciones del concepto de inversión como en los artículos relativos al ámbito de aplicación del tratado.

---

<sup>40</sup> En la misma línea TLC con Canadá, Corea y México.

<sup>41</sup> Texto del TLC en: [http://www.direcon.cl/documentos/corea/Parte\\_III\\_-\\_Inversiones-Servicios\\_y\\_Asusntos\\_Relacionados.pdf](http://www.direcon.cl/documentos/corea/Parte_III_-_Inversiones-Servicios_y_Asusntos_Relacionados.pdf)

En una reciente sentencia del CIADI en el caso Inceysa Vallisoletana, S.L. c. República de El Salvador<sup>42</sup>, el Tribunal Arbitral sostuvo que la legalidad de la inversión no es una característica de la inversión en sí, sino que es más bien una condición impuesta por los Estados para otorgar su consentimiento a la jurisdicción del CIADI (jurisdicción *rationae voluntatis*).<sup>43</sup> De esta forma, en el párrafo 145 de la sentencia se señala que:

“En efecto, la controversia sobre la competencia de este Tribunal, a partir de presuntas violaciones al Acuerdo, se ha centrado en determinar si la inversión realizada por la Demandante en el territorio de la Demandada está o no protegida por el Acuerdo, es decir, en determinar si el consentimiento otorgado por el Salvador comprende la inversión realizada por la Demandada [sic], o por el contrario, la deja fuera de su alcance y, por lo tanto la excluye de la aplicación del Acuerdo y, en consecuencia, de la jurisdicción del Centro.”

El Tribunal no sostiene que al controvertirse la legalidad de la inversión se compromete la inversión en sí, sino que acude al concepto de *rationae voluntatis* para expresar que, a pesar de que se cumplía con los requisitos de jurisdicción *rationae materiae* (existencia de una inversión) y jurisdicción *rationae personae* (inversionista), faltaba un tercer requisito, que exigía que la inversión estuviera cubierta por el APPI celebrado entre El Salvador y España, es decir, que la inversión se hubiere realizado en conformidad con la legislación salvadoreña.

La cláusula de legalidad hace una clara referencia al ordenamiento interno, porque los APPIs no contienen reglas sustantivas que determinen si la inversión es o no legal. En definitiva, es el sistema legal interno el que define si la inversión es o no digna de protección. Esta cláusula se refiere tanto a la entrada de la inversión como a su ejecución y desenvolvimiento dentro del país receptor.

Es importante destacar, que este requerimiento no sólo apunta a los requisitos formales para el ingreso, sino que se refiere también a una conformidad con el ordenamiento completo.<sup>44</sup> En el caso de referencia, la inversión -ingreso de los capitales y compra de terrenos- se estaba desarrollando en conformidad con la

---

<sup>42</sup> Inceysa Vallisoletana, S.L. c. República de El Salvador. Caso CIADI N° ARB/03/26. Decisión sobre jurisdicción, agosto 2006. [En adelante Laudo Caso Inceysa]. Sentencia disponible en: [http://www.investmentclaims.com/decisions/ARB0326\\_Inceysa\\_Vallisoletana\\_sp\\_001.pdf](http://www.investmentclaims.com/decisions/ARB0326_Inceysa_Vallisoletana_sp_001.pdf)

<sup>43</sup> Ibid. pár. 144.

<sup>44</sup> De hecho, en el caso Inceysa, el tribunal dictamina que la inversión se había realizado en contravención al principio de buena fe y contra el principio *Nemo auditur propiam turpitudinem allegans*. Laudo Caso Inceysa, párs. 234 y siguientes.

legislación. Sin embargo, se había incurrido en fraude en el proceso de licitación que adjudicó el servicio.

Nuestros APPIs, incluyen la cláusula de legalidad tanto en la definición como en los artículos de aplicación y promoción y protección. De hecho, la mayoría de los acuerdos reitera el principio de legalidad en los tres artículos mencionados.<sup>45</sup>

A continuación se analizará uno de los casos más famosos de la jurisprudencia CIADI, el denominado “caso Pey”, en el cual se interpreta y aplica uno de los acuerdos nacionales: el APPI Chile-España. Este caso trata diversas materias desarrolladas en esta memoria, por lo tanto, su estudio se hará de forma parcializada en cada capítulo que presente una conexión con el caso.

#### v. Caso Pey y concepto de inversión

En el caso Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. La República de Chile, en adelante “Caso Pey”<sup>46</sup>, el tribunal arbitral tuvo que pronunciarse sobre la definición de inversión contenida en el APPI Chile-España.

La controversia en este caso surgió por la confiscación por parte del Gobierno de Chile, durante la dictadura, de los bienes de las sociedades Consorcio Publicitario y Periodístico S.A. (“CPP S.A.”) y Empresa Periodística Clarín Ltda. (“EPC”).<sup>47</sup> Dichas empresas habían sido adquiridas por el señor Pey Casado en 1972, mediante contratos de transferencia de acciones suscritos fuera de Chile, con traspasos de fondos en cuentas en el extranjero.

---

<sup>45</sup> Es interesante notar que el APPI Chile-Malasia, en su artículo 1 “definiciones” letra b) agrega: “El mencionado término inversiones se referirá a todas las inversiones aprobadas por los Ministerios o autoridades pertinentes de las Partes Contratantes, en conformidad con sus legislaciones y políticas nacionales.” Este tratado fue aplicado en el fallo del caso MTD, donde la controversia surgió precisamente por la negativa del Estado de Chile a cambiar la zonificación de una determinada área de la región metropolitana. Lo problemático en este caso fue que se consideraron las expectativas del inversionista como derechos protegidos, en relación con una inversión constituida por la compra de un determinado terreno. Este caso será discutido en el capítulo II de forma más detallada.

<sup>46</sup> Caso Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. La República de Chile. Caso CIADI N° ARB/98/2. Laudo de fecha 8 de mayo de 2008. [En adelante Laudo Caso Pey]. Sentencia disponible en: <http://www.investmentclaims.com/ViewPdf/ic/Awards/law-iic-324-2008.pdf>

<sup>47</sup> La sociedad CPP fue creada en el año 1967 por el señor Darío Sainte-Marie, quien era dueño del 93% de las acciones. Esta sociedad adquirió en el año 1968 la empresa EPC, editora del diario “El Clarín”.

En noviembre de 1997, Pey Casado y la Fundación Allende interpusieron una solicitud de arbitraje ante el CIADI, por supuestas violaciones al APPI Chile-España. La demanda ascendía a US\$ 500.822.969 por concepto de daños y perjuicios.

El tribunal, luego de decidir que Pey Casado había acreditado la adquisición de las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda. mediante contratos de compraventa de acciones celebrados fuera de Chile, procedió a determinar si las operaciones descritas constituían una inversión para efectos de la competencia del Centro. En la sentencia se analizó el concepto de inversión en dos niveles: 1. a nivel de la Convención de Washington (artículo 25); y 2. a nivel de APPI Chile-España.

Respecto al artículo 25 de la Convención, ambas partes señalaron que éste no contenía una definición expresa de inversión. No obstante, el tribunal estimó que en la jurisprudencia CIADI existían dos corrientes en torno a la definición de inversión del Convenio de Washington. La primera interpretación se limitaría a identificar ciertas características habituales de una inversión, que permitirían concluir su existencia. El tribunal, sin embargo, no menciona ni señala cuáles eran estas características.<sup>48</sup>

La segunda posición, en cambio, establecería un concepto de inversión basado en determinados criterios objetivos. Según esta aproximación, para que exista inversión deben estar presentes todos los criterios, que de acuerdo al tribunal son: Contribución de capital; Duración del proyecto; Riesgo; y Contribución al desarrollo económico del país receptor de la inversión. Este último requisito se desprendería del preámbulo de la Convención. El tribunal adoptó la segunda interpretación desestimando, sin embargo, la cuarta exigencia de contribución al desarrollo económico del país, por considerar que aparte de ser subjetiva, correspondía al análisis de fondo del litigio.<sup>49</sup>

Utilizando esta interpretación, el tribunal decidió que en el caso en cuestión se cumplían tres de los requisitos antes enumerados. El señor Pey había aportado capital propio para adquirir las empresas CPP y EPC, involucrándose en la gestión de las mismas. Su inversión había durado al menos varios años (aunque respecto de este requisito, el tribunal señala que dada las circunstancias históricas no podría haberse invocado seriamente). En relación al elemento de riesgo, se concluye que la

---

<sup>48</sup> Laudo Caso Pey, pár. 231.

<sup>49</sup> Laudo Caso Pey, pár. 232.



adquisición y explotación del periódico era una actividad que presentaba riesgos debido a la especificidad del sector y lo complejo del marco económico reinante en esos años. Por último, y a pesar de haber descartado la exigencia de contribución al desarrollo del país, el tribunal concluyó que:

“Si bien estima que la contribución al desarrollo del Estado receptor no es un requisito, el Tribunal considera, a mayor abundamiento, que en todo caso estaría satisfecho en el caso concreto. La adquisición y la expansión del diario “*El Clarín*”, cuya tirada era, según las personalidades de la época, la más importante del país, contribuyó sin duda alguna al progreso económico, social y cultural del país.”<sup>50</sup>

Más adelante, y en relación al consentimiento de las partes al arbitraje, el tribunal examinó el concepto de inversión en el APPI Chile-España. La defensa de Chile alegó que las operaciones efectuadas por Pey no constituían una inversión de acuerdo al APPI, principalmente por tres razones: 1. Los activos debieron haberse adquirido en conformidad a la legislación vigente en la época, esto es, en 1972; 2. La inversión debió haber involucrado una transferencia de capitales hacia el Estado receptor, en virtud del preámbulo del APPI; y 3. La inversión debía calificarse como inversión de un inversionista “en el territorio” de la otra parte contratante.<sup>51</sup>

El tribunal procedió a analizar las disposiciones del APPI, y decidió que la adquisición de los títulos de CPP S.A. y EPC Ltda. se encontraba “cobijada” bajo los términos del artículo 1.2 del acuerdo, en la expresión “acciones y otras formas de participación en sociedades”. El tribunal consideró que la única condición que se requería cumplir bajo el APPI, era que la adquisición se realizara en conformidad con el derecho del Estado receptor.<sup>52</sup>

En relación al requisito de transferencia de capitales hacia el Estado receptor, el tribunal concluyó que el preámbulo no podía por sí solo establecer requisitos adicionales respecto a la calificación de la inversión, si a su vez los requisitos extras no estaban en el cuerpo del acuerdo. Al respecto el tribunal dice:

“En el presente caso, los artículos 1.2 y 2.2 no plantean especiales dificultades de interpretación. El preámbulo, compuesto de tres párrafos breves redactados en términos sumamente generales, refleja esencialmente el deseo de crear condiciones favorables para la inversión entre los dos Estados partes. Resulta evidente que estos tres párrafos no contienen

---

<sup>50</sup> Laudo Caso Pey, pár. 232.

<sup>51</sup> Laudo Caso Pey, pár. 328.

<sup>52</sup> Laudo Caso Pey, pár. 368.

ninguna disposición sustantiva susceptible de crear condiciones suplementarias para el otorgamiento de la protección que ofrece el APPI. Si el Tribunal aceptase la interpretación de la Demandada, consagraría una interpretación particularmente restrictiva del término inversión de acuerdo a los artículos 1.2 y 2.2 del APPI, contraria a la letra y el espíritu del preámbulo. Esta decisión sería evidentemente contraria al artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.”<sup>53</sup>

Es importante señalar que Chile había invocado la interpretación adoptada en reuniones técnicas celebradas con España en octubre de 1998. En las actas de dichas reuniones se había acordado que “En el párrafo tercero del preámbulo, la expresión ‘Inversiones’ se refiere a la transferencia de capitales hacia el país receptor de la inversión, esto es, supone un ingreso de activos en el territorio de la Parte contratante receptora de la inversión. En este sentido y según lo establece dicho preámbulo, el Acuerdo tiene como objeto principal proteger y fomentar las inversiones que impliquen transferencia de capitales”.<sup>54</sup>

El tribunal desestimó la interpretación adoptada por las reuniones técnicas, porque consideró que la invocación de dicha interpretación, realizada después de la solicitud de arbitraje, equivalía a tratar a través de canales diplomáticos, argumentos relacionados con un arbitraje en marcha. Situación prohibida por el artículo 10.6 del APPI.

Por lo tanto, el tribunal procedió a examinar las disposiciones relativas a la inversión extranjera vigentes en 1972, fecha en que se materializó la inversión.

Chile argumentó que durante esos años se encontraba vigente el Acuerdo de Cartagena, tratado regional de integración económica que había entrado en vigor en julio de 1969. Este acuerdo regional creó la Comisión del Acuerdo de Cartagena, órgano superior integrado por representantes de los Estados miembros, que en 1970 adoptó la Decisión 24 que aprobaba “el régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías”.<sup>55</sup> La Decisión 24 imponía la obligación de designar y comunicar a los otros Estados miembros, dentro de los 3 meses siguientes a la entrada en vigor del régimen, el organismo competente que

---

<sup>53</sup> Laudo Caso Pey, pár. 375.

<sup>54</sup> Laudo Caso Pey, véase nota de pie N° 310.

<sup>55</sup> Laudo Caso Pey, pár. 382.

estaría a cargo de la autorización, registro y control de la inversión extranjera y de la transferencia de tecnología.<sup>56</sup>

La defensa de Chile alegó que el país había designado como autoridad competente al Comité de Inversión Extranjera y que, por lo tanto, para que la inversión de Pey Casado fuera legal debía haber contado con la autorización de dicho organismo, cosa que no había ocurrido.

El tribunal concordó con lo alegado por Chile respecto a las disposiciones vigentes en esa época, sin embargo, concluyó que dicho régimen no se había llevado a la práctica, y que la Decisión 24 no había sido objeto de aplicación efectiva, puesto que no se habían adoptado las medidas necesarias al respecto.<sup>57</sup>

Dado que no se aplicó la normativa del Acuerdo de Cartagena, el tribunal pasó a examinar las normas existentes antes de la entrada en vigencia de la Decisión 24, a pesar de que el decreto que había hecho entrar en vigor dicha decisión, establecía que se derogaban todas las normas contrarias o incompatibles al nuevo régimen establecido (Decreto N° 482).

Por eso se analizaron los Decretos Leyes N° 258 de 1960 relativo al estatuto del inversionista y el DL N° 1272 denominado ley de cambios internacionales. El tribunal determinó que dichas normas tampoco eran aplicables, concluyendo entonces que la normativa relativa a inversiones extranjeras vigente en Chile en 1972, no imponía exigencias de autorización, como tampoco contaba con definiciones del concepto de inversión extranjera al cual hubiera que atenerse. El tribunal expresó:

“A la vista de lo precedente, el Tribunal concluye que no existía, en el derecho chileno vigente en 1972, una definición establecida del concepto de inversión extranjera, y que la transacción realizada por el Sr. Pey Casado se realizó de conformidad con el derecho chileno aplicable a la misma. En consecuencia, el Tribunal considera que la inversión del Sr. Pey Casado, la compra de acciones de una sociedad chilena perteneciente al sector de la prensa por medio de pagos en divisas extranjeras realizados

---

<sup>56</sup> Laudo Caso Pey, pár. 394.

<sup>57</sup> Laudo Caso Pey, pár. 401.

Es importante señalar que la defensa de Chile presentó como evidencia de la designación del Comité de Inversión Extranjera, una carta escrita por la Presidente Allende dirigida a los miembros del Comité, donde se les indica que serían provisionalmente la autoridad competente para autorizar y controlar la inversión extranjera. (Véase pár. 395 del laudo). El tribunal manifiesta su sorpresa ante la no constancia de una publicación en el Diario Oficial de dicha designación, para conocimiento de los interesados. (Véase pár. 397 del laudo). Agrega además que la demandada no habría presentado documento alguno de la materialización de las funciones del CIE.

en cuentas bancarias en Europa, cumple las condiciones impuestas por el APPI, en concreto por sus artículos 1.2 y 2.2.”<sup>58</sup>

El análisis de la definición de inversión tanto del Convenio como del APPI, le permitió al tribunal declararse competente para conocer la disputa en virtud de este requisito, sin embargo, aún le quedaba por pronunciarse respecto a las otras objeciones a la jurisdicción interpuestas por la defensa de Chile, en particular, las objeciones relativas a la nacionalidad del señor Pey Casado, y objeciones en torno a la aplicación temporal del tratado. Estas últimas serán analizadas más adelante.

## 2. Definición de inversionista

Los tratados o acuerdos sobre inversión representan un giro en la forma en que el derecho internacional brindaba protección a los extranjeros y su propiedad.<sup>59</sup> De la institución de la protección diplomática se ha pasado a una especial forma de adjudicación, en la cual los mismos individuos o inversionistas tienen legitimación activa para recurrir directamente ante tribunales internacionales reclamando protección.<sup>60</sup> De esta forma, si antes era necesario establecer la nacionalidad de una persona para poder conocer el Estado que tenía derecho a intervenir por ella, hoy en día la determinación de la nacionalidad sigue siendo necesaria para saber si una persona está o no amparada por un acuerdo de inversión, esto es, si la persona tiene o no relación o vínculo con alguno de los Estados partes en un acuerdo. La nacionalidad de las partes también limita la jurisdicción de los tribunales arbitrales internacionales.<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup> Laudo Caso Pey, pár. 411.

<sup>59</sup> La regla del derecho internacional era que el Estado que intercedía en favor de un individuo dañado por las acciones de otro Estado, estaba en realidad defendiendo sus propios intereses. Así lo estableció la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Mavrommatis* donde se sentenció que: “...By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights...” citado por ORREGO VICUÑA, Francisco. *Changing Approaches to the Nationality of Claims in the Context of Diplomatic Protection and International Dispute Settlement*. En: SCHLEMMER-SCHULTE, Sabine y TUNG, Ko-Yung (Eds). *Liber Amicorum, Ibrahim F.I. Shihata: International Finance and Development Law*. Kluwer International Law, (2001).

<sup>60</sup> De hecho, el artículo 27 de la Convención de Washington sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, establece claramente una prohibición de recurrir a la protección diplomática. Texto de la Convención en:

<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc-spa/partA.htm>

<sup>61</sup> Ver artículo 25 del Convenio CIADI que se analiza más adelante.

El concepto de inversionista, definido en los acuerdos sobre inversión, determina quiénes son las personas protegidas y qué se entiende por nacional de una parte, como requisito para poder acceder a la protección de dichos acuerdos. A continuación, se revisa la tendencia internacional en materia de nacionalidad y definiciones del término inversionista, para luego estudiar el concepto adoptado por los APPIs chilenos.

i. Tendencia internacional en torno al concepto inversionista. Criterio de determinación de la nacionalidad

El término inversionista comprende tanto personas naturales como jurídicas. La nacionalidad de éstas es uno de los elementos que califica a una inversión como extranjera o nacional.<sup>62</sup> En el caso de las personas naturales, el requisito es que sean nacionales de una de las partes contratantes. Aquí hay, de nuevo, una expresa remisión a las leyes domésticas, ya que son éstas las que definen los requisitos necesarios para adquirir la nacionalidad.

La nacionalidad corporativa, por otro lado, también se encuentra definida en las leyes domésticas, razón por la cual las personas jurídicas son creadas por los sistemas nacionales que reconocen su existencia. A nivel internacional han existido diversos criterios para atribuir nacionalidad a las personas jurídicas. Dos de los criterios más utilizados por el derecho internacional son explicados en los considerandos del caso “Barcelona Traction”. En el párrafo 70 de la sentencia de segunda fase de octubre de 1970, la CIJ dijo:

---

<sup>62</sup> El elemento nacionalidad, en conjunto con el origen de los capitales, es lo que finalmente caracteriza a una inversión como extranjera. No debe olvidarse que el propósito de los acuerdos sobre inversión es el estimular el flujo de capitales de un país a otro. Algunos tratados hacen explícito el requisito de origen de los capitales, al aceptar que inversionistas que tienen residencia en el país donde establecen su inversión acudan a los mecanismos de protección internacionales. Por ejemplo, el protocolo al APPI Chile-Suiza dispone: “Ad Artículo 5 y 9. Nacionales de una o de la otra Parte Contratante que tengan su residencia en el territorio de la Parte Contratante en la que esté ubicada su inversión, podrán, respecto de los artículos 5 y 9 de este Acuerdo, demandar solamente un tratamiento igual a los nacionales de esta Parte Contratante, *a menos que sus inversiones estén constituidas por capitales ingresados desde afuera del territorio de esta Parte Contratante.*” [Énfasis agregado]. Texto de este acuerdo en: <http://www.direcon.cl/documentos/SUIZA.pdf>. En este mismo sentido APPI Chile-Malasia.

En el caso CIADI Tokios Tokeles (analizado más adelante) el tribunal arbitral descartó que el origen de los capitales invertidos fuera un requisito para otorgar protección a una inversión de una sociedad lituana controlada en un 99% por accionistas ucranianos. De acuerdo al tribunal el APPI Ucrania-Lituania no contenía tal requisito.

“70. In allocating corporate entities to States for purposes of diplomatic protection, international law is based, but only to a limited extent, on an analogy with the rules governing the nationality of individuals. *The traditional rule attributes the right of diplomatic protection of a corporate entity to the State under the laws of which it is incorporated and in whose territory it has its registered office.* These two criteria have been confirmed by long practice and by numerous international instruments. This notwithstanding, further or different links are at times said to be required in order that a right of diplomatic protection should exist. Indeed, it has been the practice of some States to give a company incorporated under their law diplomatic protection *solely when it has its seat (siège social) or management or centre of control in their territory, or when a majority or a substantial proportion of the shares has been owned by nationals of the State concerned.* Only then, it has been held, does there exist between the corporation and the State in question a genuine connection of the kind familiar from other branches of international law. However, in the particular field of the diplomatic protection of corporate entities, no absolute test of the "genuine connection" has found general acceptance. Such tests as have been applied are of a relative nature, and sometimes links with one State have had to be weighed against those with another...”<sup>63</sup> [Énfasis agregado].

Tal como lo expresa la CIJ, los criterios para asignar nacionalidad han sido principalmente dos: 1. La Incorporación en un determinado país en conformidad a las leyes y reglamentos del mismo; y 2. El país de asiento de la sociedad, esto es, el lugar donde efectivamente se administra o maneja.

La teoría de la incorporación fue la regla que finalmente adoptó la CIJ en el caso Barcelona Traction. De acuerdo a este caso, el Estado en el cual la compañía se había incorporado era el que tenía legitimación activa para interceder a través de la protección diplomática. Esta regla, sin embargo, no permitía la protección de los accionistas de la compañía, a menos que el daño afectara directamente a sus acciones.<sup>64</sup> En relación a este último tema, es necesario hacer un paréntesis. En el caso Barcelona Traction, fue la misma CIJ la que reconoció que la protección a los accionistas debía hacerse a través de tratados especiales sobre el tema. En este fallo no se descarta la posibilidad de protección a los accionistas por daños directos a sus acciones, tales como el derecho a recibir utilidades y a participar en las juntas de accionistas.<sup>65</sup>

---

<sup>63</sup> Ver nota de pie N° 11.

<sup>64</sup> SORNARAJAH, M. *Op. cit.* p. 228.

<sup>65</sup> De esta forma, la CIJ estableció: “Considering the important developments of the half-century, the growth of foreign investment and the expansion of international activities of corporations, in particular of holding companies, which are often multinational, and considering the way in which the economic interests of states have proliferated, it may at first sight appear surprising that the evolution of the law

La otra técnica mencionada por la CIJ para atribuir nacionalidad, es la teoría de la *siege social*, que asigna a la compañía la nacionalidad del Estado donde ésta sea real o efectivamente manejada.<sup>66</sup> Esta teoría parece, en principio, opuesta a la teoría de la incorporación, la que sólo requiere requisitos formales para establecer el vínculo de nacionalidad. La teoría del asiento, en cambio, requeriría más que “papel” al exigir que la nacionalidad sea la del lugar donde se toman las decisiones de la compañía. La combinación del criterio del asiento en conjunto con el de incorporación busca evitar el denominado “forum shopping”, esto es, la posibilidad de incorporar sociedades o compañías que no poseen una real conexión económica con un país, sólo para prevalecerse de sistemas de protección establecidos en tratados de inversión.<sup>67</sup>

Un estudio de la OECD menciona criterios adicionales a los ya expuestos. Uno de ellos es el lugar de constitución de la sociedad en conformidad a las leyes de un país determinado; y el otro, es el lugar donde se ejerce el control de la compañía.<sup>68</sup>

El criterio de constitución no hace más que remitirse a la ley nacional de las partes contratantes de un tratado, para así establecer la nacionalidad de la persona jurídica.<sup>69</sup>

La idea de control, por otra parte, ha sido algo difícil de precisar. La Declaración de Argiers (que estableció el Iran-US Claims Tribunal), constituyen un intento por definir qué significa control efectivo. En ella se consideró como nacionales a corporaciones organizadas bajo uno u otro Estado (Irán y Estados Unidos), si los ciudadanos de esos países tenían un interés directo o indirecto equivalente al 50 % o más del capital social.<sup>70</sup> De manera semejante se pronuncia la Cuarta Edición de la *OECD Benchmark Definition of Foreign Investment*, que postula la utilización de un criterio objetivo para establecer si una empresa se encuentra o no sometida a control extranjero. El criterio sería examinar si la mayoría de las acciones ordinarias de una sociedad o el poder de voto (más del 50% del capital) se encuentra en manos de inversionistas extranjeros.<sup>71</sup>

---

has not gone further and that no generally accepted rules in the matter have crystallized on the international plane.” En SORNARAJAH, M. *Op. cit.* p. 214.

<sup>66</sup> ORREGO VICUÑA, Francisco. *Op. cit.* p.520.

<sup>67</sup> OECD 2008, p. 23.

<sup>68</sup> OECD 2008, p. 19.

<sup>69</sup> OECD 2008, p. 19.

<sup>70</sup> Algiers Declaration on the Settlement of Iran-United States Claims. En ORREGO VICUÑA, Francisco. *Op. cit.* p. 521.

<sup>71</sup> OECD 2008, p. 24.

Actualmente, la mayoría de los acuerdos sobre inversión utiliza una combinación de los tests antes enumerados, en lugar de adherir sólo a uno.<sup>72</sup> Un ejemplo de esta tendencia lo encontramos en el APPI Francia-Perú, que en su artículo 1 (3) dice:

“El término "sociedades" designa *toda persona jurídica constituida* en el territorio de una de las Partes Contratantes conforme a la legislación de esta parte y *que posee allí su sede social, o es controlada directa o indirectamente* por nacionales de una de las Partes Contratantes, o por personas jurídicas que poseen su sede social en el territorio de una de las Partes Contratantes y constituidas conforme a la legislación de esta parte.”<sup>73</sup> [Énfasis agregado].

Este último acuerdo incorpora el criterio de control sobre la compañía, que además de ayudar a establecer la nacionalidad de una persona jurídica, permite dar aplicación al artículo 25(b) del Convenio de Washington. Así, entes legales que poseen la nacionalidad del Estado receptor de la inversión (por aplicación de los otros criterios), pero que están bajo el control de nacionales de la otra parte contratante pueden, de todas formas, acceder a la protección del APPI.

Últimamente, ha surgido un nuevo concepto denominado “presencia comercial”. Este test adscribe la nacionalidad al inversionista del lugar donde tiene presencia comercial.<sup>74</sup> Este concepto tiene su origen en el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS), el que al definir el modo de suministro de los servicios contempla como modo 3, la presencia comercial de un proveedor en un país miembro, dentro del territorio de otro país miembro.<sup>75</sup> Este modo de suministro corresponde al establecimiento de un proveedor en un país determinado, y es uno de los puntos en los cuales el derecho internacional sobre comercio se relaciona con el derecho sobre inversiones, pues el establecimiento no es sino una forma de inversión, a través del cual una compañía extranjera crea compañías subsidiarias en otro país para poder prestar sus servicios.<sup>76</sup>

---

<sup>72</sup> OECD 2008, p. 19.

<sup>73</sup> Texto del acuerdo disponible en:

[http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/france\\_peru\\_esp.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/france_peru_esp.pdf)

<sup>74</sup> International Investment Arrangements: Trends and Emerging Issues. UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, (2006), [en adelante UNCTAD 2006]. Disponible en: [http://www.unctad.org/en/docs/iteit200511\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/iteit200511_en.pdf)

<sup>75</sup> Texto del AGCS en: [http://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/26-gats\\_01\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/26-gats_01_s.htm)

<sup>76</sup> JOHNSON J., Hazel. *Trade Agreements and Financial Services*. EEUU. World Scientific Publishing, (2002). p. 68.



ii. Artículo 25 del Convenio de Washington. Aplicación jurisprudencial

El Convenio de Washington por su parte, también define lo que se entiende como nacional de la otra parte contratante para determinar así la jurisdicción. El artículo 25 del convenio distingue entre personas naturales y jurídicas:

“(2) Se entenderá como "nacional de otro Estado Contratante”:

(a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud (...), la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y

(b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.”

Este artículo, en conjunto con el preámbulo del Convenio, sugeriría que los nacionales deberían ser además entidades privadas, de esta forma, lo protegido sería la inversión privada y no pública.<sup>77</sup> Esta última distinción, sin embargo, sería difícil de realizar. Así lo expresó también el consejero del Banco Mundial A. Broches, quien señaló que la distinción no podía basarse en el origen del capital, ya que hoy en día existen muchas compañías que combinan capital privado y público, que son prácticamente indistinguibles de las empresas estatales. Por lo tanto, para los propósitos de la Convención, las compañías mixtas debían ser consideradas como un nacional de la otra parte contratante, a menos que estuvieren actuando como agente del Estado o ejerciendo funciones esenciales de gobierno.<sup>78</sup>

Como se observa, la Convención de Washington no incluye definiciones de nacionalidad, pero utiliza este concepto como exigencia para establecer la competencia del CIADI. El artículo citado contempla un requisito negativo y otro positivo en cuanto a la nacionalidad del inversionista se trata. El inversionista debe poseer la nacionalidad de un Estado miembro de la Convención y, a la vez, no debe

---

<sup>77</sup> El preámbulo de la Convención de Washington dice: “Considerando la necesidad de cooperación internacional para el desarrollo económico y la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado.”

<sup>78</sup> SCHREUER. *Op. cit.* p. 160.

tener la nacionalidad del Estado receptor de la inversión.<sup>79</sup> Esta última regla presenta una excepción respecto de las personas jurídicas que son controladas por nacionales del Estado exportador. De esta forma, las partes de una disputa pueden acordar tratar a estas personas como nacionales de la otra parte, para efectos de otorgarle jurisdicción al Centro. Esta disposición, que cubre a aquellos inversionistas que deben operar a través de empresas locales, fue incorporada con el claro propósito de extender la competencia del Centro.<sup>80</sup> Los problemas que ha presentado esta excepción serán analizados más adelante.

El requisito de nacionalidad, por último, es más estricto respecto de las personas naturales, porque debe cumplirse en dos fechas distintas (fecha de consentimiento y solicitud de arbitraje). En cambio, respecto de las personas jurídicas, sólo debe cumplirse en una fecha (fecha de consentimiento).

#### *Jurisprudencia CIADI*

El análisis del artículo 25 del Convenio de Washington establece claramente, que para que los tribunales arbitrales constituidos a su alero tengan jurisdicción, el inversionista no puede tener la misma nacionalidad del Estado parte en la disputa. Lo anterior es evidente en el caso de las personas naturales. Cuando se trata de personas jurídicas, en cambio, esta regla puede presentar una excepción (artículo 25 (b)). Las partes de un tratado pueden acordar que tratarán como extranjeras a las sociedades locales que estén sujetas a control extranjero, para efectos de otorgar jurisdicción al Centro. En el último tiempo, esta disposición ha sido problemática en su aplicación, especialmente en dos tipos de casos. En uno de ellos, a pesar de haber un respeto formal por la regla citada, su aplicación al caso concreto ha tenido un resultado contrario al propósito final del artículo en cuestión; y en otros casos, en cambio, la redacción del artículo ha devenido redundante. A continuación se analizará el caso Tokios Tokenes, en el cual la sociedad demandante era controlada en su totalidad por personas nacionales del Estado parte de la disputa; y además, se hará referencia a la protección a accionistas minoritarios.

---

<sup>79</sup> SCHREUER. *Op. cit.* p. 265.

<sup>80</sup> OECD 2008, p. 34.

*Tokios Tokeles*<sup>81</sup>

En el caso CIADI Tokios Tokeles, la teoría de la incorporación analizada más arriba fue aplicada de forma extrema.

Tokios Tokeles era una empresa establecida o incorporada bajo las leyes de Lituania. En 1994 esta empresa creó una subsidiaria en Ucrania (completamente controlada por la sociedad lituana) llamada Taky Spravy. Esta última sociedad era una empresa de publicidad y actividades relacionadas, que alegaba haber sido sometida a continuos hostigamientos por parte del gobierno ucraniano.

Fue así como en 2002 Tokios Tokeles, en conjunto con su subsidiaria Taky Spravy, demandaron al Estado ucraniano ante el CIADI, en conformidad al APPI Ucrania-Lituania. Sin embargo, la subsidiaria debió ser posteriormente retirada de la demanda, luego de que el CIADI notificara a las partes que el APPI respectivo no contenía una autorización como la que requería el artículo 25 2 (b) del Convenio de Washington.

Ya en el proceso, Ucrania objetó la jurisdicción del tribunal arbitral basándose principalmente, en la nacionalidad de los accionistas de Tokios Tokeles. Ucrania alegó que los inversionistas no eran “genuinamente” inversionistas de Lituania y que, por ende, no merecían protección. De ser así, se estaría permitiendo que nacionales de Ucrania demandaran internacionalmente a su propio gobierno, lo que atentaba contra del objeto y fin de la Convención de Washington. Para evitar este resultado, el demandado pidió que se levantara el velo corporativo y que se determinara la nacionalidad de la sociedad en base a la nacionalidad de los accionistas que la controlaban. Asimismo, el demandado pidió que se considerara la falta de actividades económicas reales y efectivas en Lituania, en conjunto con el lugar donde la sociedad tenía su sede social como criterios para definir la nacionalidad de Tokios Tokeles.

El tribunal arbitral procedió a revisar la definición de inversionista del APPI Ucrania-Lituania. Al examinar el artículo 1 (2) de este tratado, el tribunal señaló que este artículo no contenía requisitos adicionales, aparte del de incorporación, como

---

<sup>81</sup> Tokios Tokeles v. Ucrania. Caso CIADI N° ARB/02/18. Decisión sobre Jurisdicción 29 de abril de 2004. [En adelante Decisión sobre Jurisdicción Tokios Tokeles]. Decisión disponible en: <http://www.investmentclaims.com/ViewPdf/ic/Awards/law-ii-258-2004.pdf>

criterio para calificar a un inversionista como ucraniano o lituano. El considerar los criterios alegados por el demandado, como la nacionalidad de los accionistas mayoritarios, hubiese implicado restringir el ámbito de aplicación del tratado. Si las partes hubiesen querido dichas limitaciones, así lo habrían estipulado. El tribunal dijo en el párrafo 36 de la sentencia: “We regard the absence of such a provision as a deliberate choice of the Contracting Parties.”<sup>82</sup>

Esta interpretación literal del criterio de incorporación -independiente de otros requisitos-, como por ejemplo, el exigir actividades efectivas en el lugar de donde se dice ser nacional, tuvo como consecuencia que una sociedad lituana, cuyas acciones estaban en un 99% en manos ucranianas, fuera objeto de protección bajo el APPI correspondiente.<sup>83</sup> El tribunal dijo haber tenido en consideración la voluntad de las partes. Sin embargo, la búsqueda de la voluntad de las partes sólo se limitó a lo literal del artículo 1 (2) del APPI Ucrania-Lituania, y en la ausencia de otros criterios de determinación de la nacionalidad. El tribunal no se hizo cargo del argumento de Ucrania respecto a que la interpretación seguida otorgaría protección a nacionales del propio Estado parte en la disputa, lo cual evidentemente queda fuera de la jurisdicción del Centro. Tampoco considera las consecuencias futuras del fallo, esto es, el que futuros inversionistas ucranianos creen sociedades “de papel” con el sólo propósito de acceder a foros internacionales para obtener protección. Esto último sí desvirtuaría el fin último de los APPIs y del Convenio de Washington, que es brindar protección a la inversión extranjera.<sup>84</sup>

#### *Accionistas minoritarios*

Otra forma de expansión del ámbito de jurisdicción del Centro se relaciona con la protección a los accionistas minoritarios. Como se dijo más arriba, a propósito del caso Barcelona Traction, el derecho internacional ha concedido desde hace mucho protección a los accionistas por daños directos a sus acciones. Esto se ha traducido en que los accionistas tienen legitimidad procesal para interponer demandas por daños a

---

<sup>82</sup> Decisión sobre Jurisdicción Tokios Tokeles, pár. 36.

<sup>83</sup> El dominio de las acciones era un punto no controvertido en el juicio. Decisión sobre Jurisdicción Tokios Tokeles, pár. 21.

<sup>84</sup> En todo caso en el caso Tokios Tokeles, la sociedad había sido creada 6 años antes de la entrada en vigor del APPI respectivo. Decisión sobre Jurisdicción Tokios Tokeles, pár. 56.

sus acciones, independientemente de la sociedad o empresa emisora, e independientemente de si tienen o no control sobre ésta última. Sin embargo, en la actualidad, la exigencia de los daños directos ha caído en “desuso”. Los tribunales CIADI han asumido que los daños que afectan a las compañías emisoras afectan a los accionistas. Y aunque esto no se niega, si se destaca que este desarrollo se ha alejado del derecho internacional general, donde los accionistas no tenían una legitimación independiente de la sociedad para interponer acciones contra los Estados. Al otorgar esta legitimación separada de la sociedad, la jurisprudencia ha convertido en redundante, en muchos casos, la exigencia del control del artículo 25 (b). De esta forma, aquellas empresas que no cumplen con el requisito de control exigido por el artículo 25 (b), o empresas establecidas en países cuyos APPIs simplemente no contemplan el artículo 25 (b), pueden de todas formas acudir al CIADI por daños ocasionados a la empresa. Esta extensión no se ha logrado a través de interpretaciones extensivas del artículo 25 (b), sino que mediante interpretaciones del concepto inversión de los mismos APPIs. La mayoría de las definiciones de inversión incluyen a las acciones como parte del concepto. Así, a nivel de CIADI no se cuestiona esta facultad de los accionistas minoritarios y, de hecho, se ha señalado que el problema de los accionistas minoritarios podría sólo afectar el *quatum* de una posible indemnización, pero no podría afectar la jurisdicción de los tribunales arbitrales.<sup>85</sup>

A continuación se analizarán los APPIs nacionales. Se examinarán las definiciones del concepto inversionista, y los criterios exigidos para determinar su nacionalidad. Con este estudio se podrá concluir si los problemas expuestos aquí, se pueden presentar también en la interpretación y aplicación de nuestros APPIs.

---

<sup>85</sup> ALEXANDROV, Stanimir. *The “Baby Boom” of treaty based arbitrations and the jurisdiction of ICSID tribunal: Shareholders as “investors” and jurisdiction racione temporis*. The Law and Practice of International Courts and Tribunals, vol. 4, Países Bajos, (2005). pp. 20-59.

Para casos en los cuales se ha aceptado la protección de accionistas minoritarios ver: Lanco International Inc. v. Argentina. Caso CIADI No. ARB/97/6, Decisión Preliminar sobre Jurisdicción de 8 de diciembre de 1998; CMS Gas Transmission Company v. Argentina, Caso CIADI No. ARB/01/8; Enron Corporation y Ponderosa Assests, L.P. Caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción de 14 de enero de 2004, entre otros.

### iii. Definición de inversionista en acuerdos suscritos por Chile

Para analizar la definición de inversionista en los acuerdos nacionales, continuaremos con el APPI Chile-Noruega. En el artículo 1.1 establece que:

““inversionista” significa:

- a) personas naturales que, en conformidad con la ley de esa Parte Contratante, sean consideradas sus nacionales;
- b) personas jurídicas, incluidas compañías, sociedades, asociaciones comerciales y otras organizaciones *constituidas o formadas en conformidad con la legislación* de esa Parte Contratante y que tengan su *domicilio, conjuntamente con actividades económicas reales*, en el territorio de esa misma Parte Contratante.” [Énfasis agregado].

Esta definición, cuya formulación básica varía escasamente en los APPIS chilenos, contempla como inversionistas a personas naturales y jurídicas. El criterio para establecer la nacionalidad es, en el caso de las personas naturales, una remisión a la ley local, lo cual en nuestro sistema significa una remisión a la Constitución Política de la República, específicamente al Capítulo II “Nacionalidad y Ciudadanía”.<sup>86</sup>

Con respecto a las personas jurídicas, nuestros APPIs exigen en tres requisitos. La nacionalidad corporativa corresponde a la del Estado de constitución o de la “debida organización” y además, de forma copulativa, se requiere que tengan su sede y ejecuten actividades reales y efectivas en el país donde la persona se encuentra constituida u organizada. Los APPIs chilenos no siguen una teoría simple para establecer la nacionalidad, más bien exigen la concurrencia de constitución, sede y actividades efectivas.<sup>87</sup>

Aquellos APPIs que prescinden del requisito de actividades efectivas exigen de todas formas la combinación de constitución y sede. Ejemplo de esto es el APPI Chile-Dinamarca, que en su artículo artículo 1 N° 3 b) establece:

“3) “Inversionista” significa, en relación con cualquiera de las Partes Contratantes:

(...)

- b) Cualquiera institución establecida en conformidad con, y reconocida como una persona jurídica por la ley de esa Parte Contratante, y *que tenga su domicilio social* en el territorio de esa Parte Contratante, tales como corporaciones, empresas, sociedades, instituciones financieras de

---

<sup>86</sup> Véase más adelante Caso Pey y nacionalidad.

<sup>87</sup> Siguen este modelo los APPIs celebrados entre Chile y: Austria; Bélgica; Croacia; Finlandia; Islandia; Polonia; Portugal; Noruega; República Checa; Rumania, Suiza; Ucrania; Malasia; Filipinas; Bolivia; Costa Rica; Cuba; Ecuador; El Salvador; Guatemala; Honduras; Nicaragua; Panamá; Paraguay; Perú; Uruguay y Venezuela. (Ver tablas en sección 3 de este capítulo).

desarrollo, fundaciones e instituciones similares ya sea que sus actividades tengan o no fines de lucro.”<sup>88</sup> [Énfasis agregado].

Por otra parte, el criterio del control aparece escasamente en la definición de inversionista (a excepción del APPI Chile-Francia). Sin embargo, la mayoría de los APPIs lo incorpora en los artículos de solución de controversias, como una repetición del artículo 25 (b), para autorizar que empresas locales controladas por extranjeros puedan acceder a esos mecanismos de solución de conflictos.

El APPI con Francia establece expresamente el criterio de control social al decir en su artículo 1:

“3. El término "sociedad" significa cualquier persona jurídica constituida en el Territorio de una de las Partes Contratantes en virtud de la legislación de dicha Parte, que tenga su oficina principal en el Territorio de dicha Parte, o sea controlada directa o indirectamente por nacionales de una de las Partes Contratantes o por personas jurídicas que tengan su sede principal en el Territorio de una de las Partes Contratantes y estén constituidas de conformidad con la legislación de dicha Parte.”<sup>89</sup> [Énfasis agregado].

El tribunal arbitral en el caso *Aguas del Tunari S.A. v. Bolivia*<sup>90</sup> aclaró el sentido de la frase “controlada directa o indirectamente por”, al decir que ésta indicaba claramente que una entidad puede controlar a otra de dos formas: directamente, si no hay intermediarios entre las dos entidades; e indirectamente, en el caso de que si existan terceras personas.<sup>91</sup>

Algunos acuerdos regulan la prueba del control efectivo. En este sentido el APPI Chile-Francia dispone en el Protocolo del Acuerdo:

“En lo que respecta (...) control directo o indirecto de una persona jurídica (...) podrá establecerse en particular mediante las siguientes evidencias:  
- la calidad de sucursal;  
- un porcentaje de participación directa o indirecta que represente un control efectivo y, en especial, una participación que exceda del 50%;

---

<sup>88</sup> Texto del acuerdo en: [http://www.direcon.cl/documentos/DINAMARCA\\_ESPANOL.pdf](http://www.direcon.cl/documentos/DINAMARCA_ESPANOL.pdf)

De forma similar los APPIs de España, Suecia, China y Argentina.

<sup>89</sup> Texto del acuerdo en: <http://www.direcon.cl/documentos/FRANCIA.pdf>

<sup>90</sup> *Aguas del Tunari v. Bolivia*, caso CIADI N° ARB/02/03. Decisión sobre Jurisdicción de 21 de octubre de 2005. Texto de la sentencia en [http://www.iisd.org/pdf/2005/AdT\\_Decision-en.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2005/AdT_Decision-en.pdf)

<sup>91</sup> “The Word “controlled” is modified by the phrase “directly or indirectly”. This phrase clearly indicates that one entity may control another entity in one of two ways. An entity that is *directly controlled* implies that there is no intermediary between the two entities, while an entity that is *indirectly controlled* implies that there is one or more intermediary entities between the two.” Ibid. pár. 236.

- posesión directa o indirecta de derecho a voto que represente una posición decisiva en los órganos ejecutivos, o una influencia decisiva, por otros medios, sobre su actividad.”<sup>92</sup>

Otros APPIs protegen incluso a personas jurídicas de terceros países que sean controladas por nacionales de una de las partes. Así el APPI Chile-Suiza estipula en su artículo 1.1 c):

“las entidades jurídicas constituidas conforme a la legislación de cualquier país, que fueran efectivamente controladas por nacionales de esa Parte Contratante o por entidades jurídicas cuya sede se encuentre en el territorio de esta misma Parte Contratante, donde la persona jurídica ejerza también su actividad económica real.”<sup>93</sup>

Este tipo de disposiciones, cuya inclusión es aún escasa en Chile, facilita el fenómeno denominado *treaty shopping* o elección de tratados. En efecto, un inversionista cuya empresa está constituida en conformidad a la legislación de cualquier país puede demandar y acceder a la protección del APPI del país de donde es nacional y también a la del país donde está constituida su sociedad o empresa.

Por otro lado, el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos contiene una definición distinta de inversionista. Primero hace referencia al concepto de empresa, que de acuerdo al TLC es una entidad constituida y organizada de conformidad con la legislación de las partes del tratado, con o sin fines de lucro, y sucursales localizadas en el territorio de una parte, y que llevan a cabo actividades comerciales.

Y luego, define inversionista en la Sección C del Capítulo 10, artículo 10.27 como:

“inversionista de una Parte significa una Parte o una empresa del Estado de la misma, o un nacional o empresa de dicha Parte, que tiene el propósito de realizar, está realizando o ha realizado una inversión en el territorio de la otra Parte; considerando, sin embargo, que una persona natural que tiene doble nacionalidad se considerará exclusivamente un nacional del Estado de su nacionalidad dominante y efectiva.”<sup>94</sup>

---

<sup>92</sup> APPI Chile-Francia.

<sup>93</sup> Ver texto del acuerdo en: <http://www.direcon.cl/documentos/SUIZA.pdf>

En este mismo sentido el APPI Chile-Australia, el que en el artículo 1 dice que por inversionista se entiende: “Una persona jurídica que sea propietaria o controle efectivamente una inversión en el territorio de una Parte Contratante donde esa persona jurídica, incluidas compañías, sociedades, asociaciones comerciales y otras entidades legalmente reconocidas, independientemente de si esa entidad ha sido constituida con fines de lucro o no, está constituida en conformidad con la legislación de un tercer país pero es propiedad de o es controlada efectivamente por un inversionista como el que se define en los incisos a) y b) de este párrafo”. Ver texto del acuerdo en: <http://www.direcon.cl/documentos/AUSTRALIA.pdf>

<sup>94</sup> Ver texto del acuerdo en:

[http://www.direcon.cl/documentos/TLC\\_EEUU/10\\_Inversiones.pdf](http://www.direcon.cl/documentos/TLC_EEUU/10_Inversiones.pdf)



Este tratado incluye expresamente a las empresas estatales bajo la definición de inversionista, con lo cual se despeja la duda planteada más arriba respecto de las inversiones privadas.

Además, permite que las personas naturales que tengan doble nacionalidad accedan a los mecanismos de solución de controversias, al incorporar el concepto de nacionalidad dominante y efectiva.

Fue precisamente un problema de doble nacionalidad, lo que debió enfrentar el tribunal arbitral en el Caso Pey que se estudiará a continuación.

#### iv. Caso Pey y nacionalidad bajo derecho chileno

El caso Pey puso en evidencia la importancia de la determinación de la nacionalidad de un inversionista como criterio para limitar la competencia de los órganos internacionales a cargo de la solución de disputas concernientes a inversiones. El señor Pey Casado, nacido en España en 1915, emigró a Chile en 1947 y en virtud del “Convenio Bilateral de Doble Nacionalidad”<sup>95</sup>, celebrado entre Chile y España en 1958, contaba además con la nacionalidad chilena.

Ante esta situación, el tribunal debió determinar si Pey era todavía nacional de Chile para efectos de su competencia, porque como se dijo más arriba, en virtud del artículo 25 del Convenio el demandante debe tener una nacionalidad distinta a la del Estado parte en la controversia, para poder entablar un proceso de arbitraje o conciliación ante el Centro.

Luego de analizar los principios y reglas de derecho internacional público aplicables a la nacionalidad, el tribunal concluyó que las normas sobre esta materia son cuestiones que pertenecen a la esfera doméstica de los Estados y que, por lo tanto, correspondía aplicar el derecho chileno para determinar si Pey tenía o no la nacionalidad chilena en cualquiera de las fechas críticas (fecha de consentimiento al arbitraje y fecha de registro de la solicitud).<sup>96</sup>

---

<sup>95</sup> Ver biblioteca Congreso Nacional:

[http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados\\_pdf/tratado\\_uli24.pdf](http://www.bcn.cl/lc/tinterna/tratados_pdf/tratado_uli24.pdf)

<sup>96</sup> Es importante señalar que el tribunal aclara que, independientemente de que el derecho aplicable sea el de un Estado determinado, las facultades de analizar el contenido y efectos de éste no se ven afectadas por el hecho que el derecho aplicable sea local.

Pey Casado alegaba que ya no podía ser considerado chileno, porque en primer lugar, había sido privado por las autoridades chilenas de su nacionalidad; y en segundo término, el habría renunciado a su nacionalidad chilena mediante carta dirigida al departamento de Extranjería y Migración chileno.

Respecto a la supuesta privación, Pey Casado alegaba que durante el golpe militar le habían sido denegados todos los derechos protegidos por el Convenio de Doble Nacionalidad. Las autoridades se habrían negado a renovar su pasaporte y a otorgarle protección diplomática. Además, le habrían prohibido regresar al país libremente.<sup>97</sup>

Ante este último argumento, el tribunal -basándose en un informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1985-, analizó si alguna de las causales de pérdida de la nacionalidad contempladas en la Constitución de 1925 se había presentado. Las causales contenidas en ese cuerpo legal eran: 1. Nacionalización en país extranjero; 2. Anulación de los documentos de nacionalización; y 3. Caso de prestación de servicios a los enemigos de Chile o a sus aliados durante una guerra.<sup>98</sup>

El tribunal resolvió que no se había dado ninguna de esas causales. Agregó que, a pesar de las violaciones y actos arbitrarios cometidos por el gobierno militar en Chile en 1973, la parte demandante no había logrado probar que las autoridades de la época le habían privado *de iure* de su nacionalidad chilena.<sup>99</sup>

El tribunal procedió a examinar el argumento de la renuncia a la nacionalidad chilena. Pey Casado alegaba que había renunciado a su doble nacionalidad al fijar su residencia en Madrid desde junio de 1974 y comunicando este hecho al departamento de Extranjería y Migración chilenos el 10 de diciembre de 1996.<sup>100</sup>

El tribunal estudió entonces la validez, bajo derecho chileno, de los supuestos actos de renuncia. Para eso, se remitió al artículo 11 de la Constitución chilena.

---

<sup>97</sup> Laudo Caso Pey, pár. 263.

<sup>98</sup> Laudo Caso Pey, pár. 267.

<sup>99</sup> Laudo Caso Pey, pár. 273.

<sup>100</sup> A su vez, en el año 1998, un funcionario del Registro Civil de Chile inscribe a la renuncia del sr. Pey a la nacionalidad chilena (ver Laudo Caso Pey, pár. 292).

De acuerdo al Convenio de Doble Nacionalidad, la ley que regula el ejercicio de los derechos civiles y políticos es la ley del país del domicilio de la persona (ver artículos 3 y 4 del Convenio). El cambio de domicilio no significa una renuncia a la otra nacionalidad, sino que sólo un criterio para determinar la ley aplicable al doble nacional. Es una regla de solución de conflicto de normas, y no una regla que establezca una especie de renuncia.

Las causales de pérdida de la nacionalidad que contemplaba el artículo 11 de la Constitución eran:

- “1° Por nacionalización en país extranjero, salvo en el caso de aquellos chilenos comprendidos en los números 1.º, 2.º y 3.º del artículo anterior que hubieren obtenido otra nacionalidad sin renunciar a su nacionalidad chilena y de acuerdo con lo establecido en el N.º 4º del mismo artículo. La causa de pérdida de la nacionalidad chilena señalada precedentemente no regirá respecto de los chilenos que, en virtud de disposiciones constitucionales, legales o administrativas del Estado en cuyo territorio residan, adopten la nacionalidad extranjera como condición de su permanencia en él o de igualdad jurídica en el ejercicio de los derechos civiles con los nacionales del respectivo país;
- 2º Por decreto supremo, en caso de prestación de servicios durante una guerra exterior a enemigos de Chile o de sus aliados;
- 3º Por sentencia judicial condenatoria por delitos contra la dignidad de la patria o los intereses esenciales y permanentes del Estado, así considerados por ley aprobada con quórum calificado. En estos procesos, los hechos se apreciarán siempre en conciencia;
- 4º Por cancelación de la carta de nacionalización, y
- 5º Por ley que revoque la nacionalización concedida por gracia.”

Como se puede apreciar, la Constitución chilena no contemplaba expresamente la renuncia como causal de pérdida de la nacionalidad. Ésta sólo se incorpora con la reforma de agosto de 2005.

El Tribunal arbitral en sus considerandos sobre el tema (párrafos 307 a 322), rechazó la posición chilena relativa a la inexistencia de la renuncia como causal válida de pérdida de la nacionalidad. De hecho, consideró que la reforma del año 2005 no era propiamente una modificación, sino que un reconocimiento de una situación anterior. En el fondo, y tomando en cuenta un informe del profesor José Luis Cea, el tribunal estimó que si de la renuncia no se seguía una situación de apátrida, como en el caso de la doble nacionalidad, entonces no existían buenas razones para negar efectos a la renuncia de la nacionalidad.<sup>101</sup>

El tribunal afirmó que su decisión estaba en armonía con el desarrollo del tema en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, donde se sostiene que un Estado no puede negar arbitrariamente a una persona su derecho a cambiar de nacionalidad. Asimismo, el Tribunal agregó que su solución se encontraba en conformidad con el espíritu de la legislación chilena, que siempre buscaba conformarse con la Convención Interamericana de Derechos Humanos.<sup>102</sup>

---

<sup>101</sup> Laudo Caso Pey, pár. 309.

<sup>102</sup> Laudo Caso Pey, pár. 315.

El Tribunal no consideró que su interpretación validaba los actos de renuncia por propósitos meramente estratégicos, esto es, para así acceder a las acciones que otorga un acuerdo sobre inversión. Sin embargo, lo relevante no es que se admitan este tipo de maniobras, sino que por medio de ellas se permita burlar el verdadero sentido de los APPIs, que es brindar protección a nacionales distintos de los del Estado parte en la disputa.

## Conclusiones

El significado del término inversión resulta clave para determinar el alcance de los tratados internacionales que tienen por objetivo su protección. Este concepto define el ámbito de aplicación de los referidos acuerdos, esto es, fija los bienes y actividades cubiertas, el tipo de protección que reciben, y limita la competencia de los organismos encargados de resolver las disputas concernientes a esta materia.

Los acuerdos de inversión, sin embargo, optan por incorporar descripciones del término en lugar de definiciones acotadas. Casi todos contienen una cláusula general del tenor de “cualquier tipo de bien”, seguida por una lista no exhaustiva de bienes y derechos que se considerarán inversión para propósitos del acuerdo.

Últimamente, en un intento por objetivizar el término, se han observado nuevas definiciones que enumeran las características propias de una inversión. Entre dichas características estarían la contribución de capital, la asunción de riesgos y la duración del proyecto.

La mayoría de los APPIs chilenos sigue la opción tradicional de definición de inversión: cláusulas generales y listas de bienes y derechos. Además, incluyen dentro de la enumeración a los “derechos sobre dinero y cualquier prestación que tenga valor económico”. La disposición anterior extiende el margen de aplicación de estos tratados a cualquier tipo de actividades con tal de que tengan un valor económico. Los TLCs, por su parte, han adoptado esta nueva tendencia de definiciones objetivas. Como los acuerdos no cuentan con conceptos limitados de inversión, queda a discreción del órgano encargado de resolver las disputas el decidir qué considerará inversión para efectos de su competencia. Lo anterior, es sin duda riesgoso, porque la jurisprudencia en materia de inversiones ha visto una expansión significativa de las

actividades, proyectos y acuerdos que se consideran inversión. Además, queda también al arbitrio de estos tribunales el considerar las denominadas “características objetivas” en la interpretación de acuerdos que no las incluyen explícitamente. Utilizando definiciones más concretas, el riesgo de que un órgano no estatal sea el que califique una operación como inversión disminuye.

En cuanto al concepto de inversionista, se puede decir que éste también delimita el alcance de los acuerdos sobre inversión, al determinar el ámbito de personas protegidas. En concreto, pueden acceder a los mecanismos de solución de conflictos contemplados en estos tratados, las personas naturales o jurídicas que no sean nacionales del Estado parte en la disputa. Por lo tanto, la nacionalidad sigue jugando un rol importante, ya que si antes determinaba el Estado que tenía derecho a ejercer protección diplomática, hoy en día define quiénes están legitimados para ejercer las acciones que otorga un APPI.

Actualmente, el concepto de inversionista -en particular la exigencia de una nacionalidad distinta a la del Estado parte de la disputa- ha visto mermada su capacidad de limitar el alcance de un APPI. Esto especialmente en el caso de las personas jurídicas, que con sus particulares formas de organización pueden fácilmente burlar dicho requisito. En efecto, hoy en día las multinacionales operan a través de subsidiarias y afiliadas que tienen distintas nacionalidades, pues son creadas o incorporadas en distintas legislaciones. Esto permite que un inversionista-persona jurídica pueda elegir el acuerdo en el cual basará su demanda. Asimismo, las personas naturales tras esas sociedades o empresas, generalmente accionistas, pueden optar por el acuerdo del país del cual son nacionales, aunque no sean accionistas mayoritarios y aunque no hayan sido dañados directamente, o peor aún, pueden decidir desconocer su propia nacionalidad por ser la del Estado parte en la disputa.

Esta práctica de *treaty shopping* resulta nociva para los Estados, en el sentido que difumina las personas respecto de las cuales el Estado receptor está obligado a brindar protección. Además, crea situaciones de incertidumbre, así por ejemplo, respecto de una misma persona puede haber estándares u obligaciones distintas dependiendo del acuerdo que decida aplicarse.

## Tablas

Tabla 1. Definición de Inversión

<b>Tratado Chile con</b>	<b>Definición amplia Relativa a todo tipo de bienes o intereses económicos</b>	<b>Definición objetiva sujeta a determinados criterios (riesgo, compromiso de capital, utilidades, duración).</b>	<b>Tratado con preámbulos que mencionan transferencia de capitales</b>
<b>1. Alemania</b>	✓		—
<b>2. Austria</b>	✓		✓
<b>3. Bélgica</b>	✓		✓
<b>4. Croacia</b>	✓		✓
<b>5. Dinamarca</b>	✓		—
<b>6. España</b>	✓		✓
<b>7. Finlandia</b>	✓		—
<b>8. Francia</b>	✓		✓
<b>9. Grecia</b>	✓		✓
<b>10. Islandia</b>	✓		—
<b>11. Italia</b>	✓		✓
<b>12. Noruega</b>	✓		—
<b>13. Polonia</b>	✓		✓
<b>14. Portugal</b>	✓		✓
<b>15. Reino Unido e Irlanda del Norte</b>	✓		—
<b>16. República Checa</b>	✓		✓
<b>17. Rumania</b>	✓		✓
<b>18. Suecia</b>	✓		—
<b>19. Suiza</b>	✓		—
<b>20. Ucrania</b>	✓		✓

<b>Tratado Chile con</b>	<b>Definición amplia Relativa a todo tipo de bienes o intereses económicos</b>	<b>Definición objetiva sujeta a determinados criterios (riesgo, compromiso de capital, utilidades, duración).</b>	<b>Tratado con preámbulos que mencionan transferencia de capitales</b>
<b>21. Australia</b>	✓		✓
<b>22. China</b>	✓		—
<b>23. Corea (TLC)<sup>103</sup></b>		✓	—
<b>24. Filipinas</b>	✓		✓
<b>25. Japón (TLC)</b>		✓	—
<b>26. Malasia</b>	✓		—
<b>27. Argentina</b>	✓		✓
<b>28. Bolivia</b>	✓		✓
<b>29. Canadá (TLC)</b>		✓	—
<b>30. Costa Rica</b>	✓		—
<b>31. Cuba</b>	✓		✓
<b>32. Ecuador</b>	✓		✓
<b>33. El Salvador</b>	✓		✓
<b>34. Estados Unidos (TLC)</b>		✓	—
<b>35. Guatemala</b>	✓		✓
<b>36. Honduras</b>	✓		✓
<b>37. México (TLC)</b>		✓	—
<b>38. Nicaragua</b>	✓		✓
<b>39. Panamá</b>	✓		✓
<b>40. Paraguay</b>	✓		✓
<b>41. Perú</b>	✓		✓

<sup>103</sup> Tratado de Libre Comercio.

<b>Tratado Chile con</b>	<b>Definición amplia Relativa a todo tipo de bienes o intereses económicos</b>	<b>Definición objetiva sujeta a determinados criterios (riesgo, compromiso de capital, utilidades, duración).</b>	<b>Tratado con preámbulos que mencionan transferencia de capitales</b>
<b>42. Uruguay</b>	✓		✓
<b>43. Venezuela</b>	✓		✓

Tabla 2. Definición de Inversionista

<b>Tratado Chile con</b>	<b>Tres criterios: Incorporación; asiento y actividades económicas efectivas</b>	<b>Otra definición</b>	<b>Control o reiteración artículo 25 del Convenio de Washington</b>
<b>1. Alemania</b>		✓	—
<b>2. Austria</b>	✓		—
<b>3. Bélgica</b>	✓		—
<b>4. Croacia</b>	✓		✓
<b>5. Dinamarca</b>		✓	✓
<b>6. España</b>		✓	—
<b>7. Finlandia</b>	✓		✓
<b>8. Francia</b>		✓	—
<b>9. Grecia</b>		✓	—
<b>10. Islandia</b>	✓		✓
<b>11. Italia</b>		✓	—
<b>12. Noruega</b>	✓		✓
<b>13. Polonia</b>	✓		✓
<b>14. Portugal</b>	✓		✓
<b>15. Reino Unido e Irlanda del Norte</b>		✓	✓



<b>Tratado Chile con</b>	<b>Tres criterios: Incorporación; asiento y actividades económicas efectivas</b>	<b>Otra definición</b>	<b>Control o reiteración artículo 25 del Convenio de Washington</b>
<b>16. República Checa</b>	✓		✓
<b>17. Rumania</b>	✓		✓
<b>18. Suecia</b>		✓	✓
<b>19. Suiza</b>	✓		—
<b>20. Ucrania</b>	✓		✓
<b>21. Australia</b>		✓	✓
<b>22. China</b>		✓	—
<b>23. Corea (TLC)</b>		✓	✓
<b>24. Japón (TLC)</b>		✓	✓
<b>25. Filipinas</b>	✓		✓
<b>26. Malasia</b>	✓		✓
<b>27. Argentina</b>		✓	—
<b>28. Bolivia</b>	✓		✓
<b>29. Canadá (TLC)</b>		✓	✓
<b>30. Costa Rica</b>	✓		✓
<b>31. Cuba</b>	✓		—
<b>32. Ecuador</b>	✓		—
<b>33. El Salvador</b>	✓		✓
<b>34. Estados Unidos (TLC)</b>		✓	✓
<b>35. Guatemala</b>	✓		✓
<b>36. Honduras</b>	✓		✓
<b>37. México (TLC)</b>		✓	✓
<b>38. Nicaragua</b>	✓		✓
<b>39. Panamá</b>	✓		—

<b>Tratado Chile con</b>	<b>Tres criterios: Incorporación; asiento y actividades económicas efectivas</b>	<b>Otra definición</b>	<b>Control o reiteración artículo 25 del Convenio de Washington</b>
<b>40. Paraguay</b>	✓		✓
<b>41. Perú</b>	✓		✓
<b>42. Uruguay</b>	✓		—
<b>43. Venezuela</b>	✓		—

\* Control o reiteración artículo 25 del Convenio de Washington significa que el acuerdo incluye una disposición que reconoce como ‘nacional de la otra parte contratante’, a empresas nacionales sujetas a control extranjero. El requisito de control puede encontrarse en la definición de inversionista o en los artículos relativos a solución de controversias inversionista-Estado.

\*\* En marzo de 2009 entraron en vigencia los TLC Chile-Australia y Chile-Perú. Debido a su reciente entrada en vigencia, estos acuerdos no pudieron ser analizados en el marco de esta investigación.

## Capítulo II. Obligaciones sustantivas en acuerdos sobre inversión

### 1. Introducción a los estándares de tratamiento

El capítulo anterior demostró que las definiciones de inversión e inversionista delimitan el alcance y aplicación de los tratados de protección de inversiones. Este capítulo se enfocará en el tratamiento que deben recibir al amparo de estos acuerdos dichas inversiones e inversionistas. O dicho de otro modo, en las obligaciones asumidas por los Estados, respecto del tratamiento debido a la inversión extranjera.

Una de las características principales de un APPI es que éste provee una protección mayor que la otorgada por la ley doméstica a las inversiones de inversionistas extranjeros. De hecho, los estándares de tratamiento son uno de los ejemplos más patentes de limitación al poder regulatorio del Estado. Un gobierno puede verse constreñido a cambiar la regulación o legislación de una determinada área, si las nuevas medidas a aplicar contravienen las obligaciones de protección contenidas en un acuerdo sobre inversión.

Los inversionistas extranjeros tienen derecho a recibir un trato justo y equitativo, a seguridad y protección plena, a no ser expropiados, a ser tratados no menos favorablemente que los inversionistas nacionales, y no menos favorablemente que inversionistas de terceros Estados. Estos derechos son exigibles directamente a los Estados en los cuales desarrollan su inversión.

Dentro de los estándares más generalizados en el campo de los APPIs se encuentran:

1. trato justo y equitativo; 2. trato nacional; 3. nación más favorecida; y 4. protección y seguridad plenas.<sup>104</sup> Usualmente, todas estas obligaciones se encuentran juntas en

un mismo artículo. Su inclusión, sin embargo, en muy pocas ocasiones va acompañada de una definición apropiada. Lo anterior evidencia uno de los principales problemas del actual sistema internacional de protección de inversiones, debido a que al ser imprecisos los términos que definen las obligaciones adoptadas por los Estados, su contravención se vuelve mucho más sutil y difícil de predecir. Pero la característica del sistema, que agrava aún más este problema, es que los órganos encargados de “juzgar” las contravenciones estatales son órganos que aplican, como se verá más adelante, un modelo privado de adjudicación y, por lo

---

<sup>104</sup> SORNARAJAH, M. *Op. cit.* pp. 233-253 y VAN HARTEN, Gus. *Op. cit.* pp. 81-94.

tanto, tratan a los Estados como individuos que se desenvuelven en el ámbito privado. Se olvida así que estos entes actúan representando a una determinada nación, implementando políticas públicas.<sup>105</sup> Esto no significa que los Estados deban estar exentos de brindar la protección a la cual se obligan, sino que demuestra que la certeza y precisión en el lenguaje en el cual se expresan es clave para determinar el alcance de las obligaciones internacionales.

En este capítulo y el próximo, se estudiará la evolución que han tenido estos estándares de protección tanto en materia de inversión, como en el derecho internacional general cuando sea necesario. Para sistematizar su estudio, se seguirá la clasificación de los estándares utilizada generalmente en esta materia, y que distingue entre estándares absolutos y relativos. Los primeros se llaman absolutos porque su contenido se determina en relación a circunstancias específicas, y no son contingentes. Los segundos, en cambio, se definen en relación a otros sujetos, en este caso, a otros inversionistas.<sup>106</sup> Uno de los principales estándares absolutos es el trato justo y equitativo que se estudiará a continuación.<sup>107</sup> El siguiente capítulo tratará conjuntamente la obligación de trato nacional y la cláusula de la nación más favorecida. En ambos capítulos, se examinará el contenido de los conceptos a nivel internacional para llegar las obligaciones contenidas en los acuerdos firmados por nuestro país.

## 2. Trato justo y equitativo

El estándar de trato justo y equitativo es uno de los conceptos más polémicos en materia de protección de inversiones. Su significado es todavía fuente de ardua discusión. El concepto ha sido extensamente utilizado en el campo del arbitraje

---

<sup>105</sup> VAN HARTEN, Gus. *Op. cit.* pp. 45-71.

<sup>106</sup> Es importante destacar que los Estados importadores mantienen un nivel de control más alto cuando se trata de estándares relativos, pues son ellos quienes definen el trato que darán a los terceros. Un ejemplo de esto lo proporciona el trato nacional, donde es la misma ley del Estado receptor la que se aplica como marco de referencia. KLEIN, Marcela. *Fair and Equitable Treatment: An Evolving Standard*. Tesis para obtener el grado de magíster. University of Heilderberg, Max-Placnck Institute for Comparative Public Law and International Law and Universidad de Chile. Marzo, (2005). p. 16.

<sup>107</sup> Según R. Doak Bishop, dentro de los estándares absolutos se encuentran: a) trato justo y equitativo; b) protección y seguridad plena; c) tratamiento no menos favorable que el requerido por el derecho internacional; d) tratamiento arbitrario; e) no discriminación; f) cumplimiento con todas las obligaciones asumidas hacia las inversiones; g) libre transferencia; y h) expropiación (que será estudiado en el capítulo IV). BISHOP, R. Doak y otros. *Foreign Investment Disputes, Cases Materials and Commentary*. Kluwer Law International, (2005).

internacional en materia de inversiones, y se ha convertido en uno de los argumentos favoritos, por no decir obligatorio, de los demandantes. Y de paso, en una “pesadilla” para los Estados demandados.

Las tendencias actuales en torno al significado del trato justo y equitativo son principalmente tres: una primera visión lo hace equivalente al mínimo estándar internacional del derecho consuetudinario; la segunda, establece que su contenido se define en relación a todas las obligaciones contenidas en diversas fuentes del derecho internacional; y por último, existe una visión que estima que el estándar de trato justo y equitativo es un concepto con un contenido independiente y autocontenido.<sup>108</sup> El estudio de estas visiones permitirá identificar cuál es la noción seguida por Chile, y las consecuencias que ello conlleva.

Es importante destacar que este estándar no implica, bajo ninguna perspectiva, una autorización a un tribunal internacional para fallar una controversia *ex aequo et bono*, considerando sus propias nociones de justicia y equidad. El trato justo y equitativo es eso, un estándar de tratamiento, y no una licencia para fallar en equidad. Este estándar no viene a reemplazar la base jurídica en la cual se encuentra esta obligación, que es un instrumento o convenio internacional que define el marco en el cual se desenvolverá cada derecho y obligación.<sup>109</sup>

A continuación, se realiza una breve referencia al origen de este tratamiento, para luego continuar con el análisis de las distintas posiciones concernientes al significado y contenido de esta obligación.

#### i. Origen

La primera aparición del término justo y equitativo la podemos ver en la Carta de la Habana para la constitución de una Organización Internacional de Comercio.

En el artículo 11.2 de esta Carta, que nunca entró en vigencia, se establecía que dicha organización internacional podía:

---

<sup>108</sup> *Fair and Equitable Treatment, Standard in International investment law*. OECD Working Papers on International Investment Law (2004/3), [en adelante OECD 2004], p.8. Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/22/53/33776498.pdf>

<sup>109</sup> LOWE, Vaughan. *Changing Dimensions of International Investment Law*. En: Cátedras impartidas en la Chinese Academy of International Law Xiamen China, septiembre de 2006. University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series. Working paper N° 4/2007.

“asegurar trato justo y equitativo a la empresa, a la pericia, al capital, a las artes y a la tecnología llevados desde un país Miembro a otro.”<sup>110</sup>

Más adelante, en la Novena Conferencia Internacional de Estados Americanos, en el Convenio Económico de Bogotá se dispuso en el artículo 22:

“Los capitales extranjeros recibirán tratamiento equitativo. Los Estados, por lo tanto, acuerdan no tomar medidas sin justificación o sin razón válida o discriminatorias que lesionen los derechos legalmente adquiridos o los intereses de nacionales de otros países en las empresas, capitales, especialidades, artes o tecnologías que éstos hubieren suministrado.”<sup>111</sup>

Como se puede apreciar, en esta última instancia ya existía la intención de otorgarle contenido a este principio, asociándolo a una obligación de evitar medidas arbitrarias y discriminatorias que resultaran en daños a derechos de terceros. Sin embargo, este intento regional tampoco llegó a concretarse.

Paralelamente, los acuerdos estadounidenses sobre Amistad, Comercio y Navegación comenzaron a incluir disposiciones del tipo justo o equitativo. Algunos autores señalaron que este estándar era una garantía contra acciones estatales que violaran normas internacionales generalmente aceptadas.<sup>112</sup>

El concepto también estuvo presente en el *Draft Convention on the Protection of Foreign Property* de la OECD a comienzos de los 60. Este acuerdo multilateral nunca fue abierto para su firma.

Otra referencia multilateral la encontramos en la *Multilateral Investment Guarantee Agency Convention* de 1985 (MIGA). Esta institución funciona como una aseguradora internacional de inversiones, y establece que no cubre a aquellas que sean desarrolladas en Estados que no otorguen trato justo y equitativo.<sup>113</sup>

A nivel de integración regional, el estándar de trato justo y equitativo puede ser encontrado en el Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones, en el marco del MERCOSUR; en el artículo 159 del Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA); en el artículo 1105 del NAFTA; y la Carta de Energía, entre otros.<sup>114</sup>

---

<sup>110</sup> Texto de la Carta disponible en: [http://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/havana\\_s.pdf](http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/havana_s.pdf)

<sup>111</sup> Texto del Convenio disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-43.html>

<sup>112</sup> THOMAS, J.C. Reflection on article 1105 of NAFTA: History, State Practice and the influence of Commentators. *Foreign Investment Law Journal - ICSID Review*, vol. 17 N° 1 (2002).

<sup>113</sup> KLEIN. *Op. cit.* p. 9.

<sup>114</sup> OECD 2004, p.7.

Ya en la década de los 90, el término fue ampliamente incorporado en los acuerdos bilaterales de promoción y protección de inversiones, así como también en acuerdos de libre comercio.<sup>115</sup>

El artículo 3 del APPI firmado entre Bolivia y Holanda ofrece un ejemplo de este tipo de cláusulas:

“1) Each Contracting Party shall ensure fair and equitable treatment to the investments of nationals of the other Contracting Party and shall not impair, by unreasonable or discriminatory measures, the operation, management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by those nationals.”<sup>116</sup>

A pesar de sus casi infinitas referencias y la uniformidad de las cláusulas que contienen este estándar, su significado sigue siendo vago e impreciso. A continuación nos referiremos a los diversos significados que ha adoptado el trato justo y equitativo.

## ii. Distintos significados

El principal inconveniente que presenta el trato justo y equitativo es la indeterminación de su contenido normativo. ¿A qué exactamente está obligado un Estado que debe otorgar trato justo y equitativo a las inversiones? ¿Qué deberes positivos o negativos impone este estándar?

Todas estas preguntas han sido contestadas por distintas visiones, muchas de ellas contrapuestas. La pregunta que resume los distintos enfoques adoptados al momento de definir lo que se entiende por trato justo y equitativo es la siguiente: ¿Equivale el trato justo y equitativo al estándar mínimo internacional o es un derecho independiente, autocontenido, de base convencional?

Existen respuestas en uno y otro sentido, es decir, hay quienes afirman que el trato justo y equitativo es lo mismo que el mínimo estándar internacional requerido por el derecho consuetudinario. Otros, en cambio, argumentan que este estándar sería un derecho con contenido independiente del derecho internacional general. La

---

<sup>115</sup> Actualmente resulta inusual encontrar tratados relativos a inversión que no contemplen este tratamiento. Un ejemplo se puede encontrar en el “*Unified Agreement for Investment of Arab Capital in the Arab States*” (1980), el cual no contiene un derecho a tratamiento justo y equitativo. De la misma manera, el APPI Egipto-Japón e Italia-Rumania. KLEIN, Marcela. *Op. cit.* p. 19. De los 335 APPIs firmados a comienzos de los ’90 sólo 28 no incorporaban expresamente este estándar. KLEIN. *Op. cit.* p. 30.

<sup>116</sup> Texto del acuerdo en disponible en:

[http://www.unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/netherlands\\_bolivia.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/netherlands_bolivia.pdf)

diferencia entre una y otra posición, estriba en el nivel de rigurosidad de las obligaciones que impondría el trato justo y equitativo. Evidentemente, un “mínimo” estándar de trato es menos exigente que una obligación cuyo contenido viene definido en un tratado. Aunque debe señalarse que, como se verá más adelante, para muchos esta diferencia en las obligaciones se disuelve si se argumenta que el trato mínimo internacional ha evolucionado hacia obligaciones más exigentes. A continuación, se examinarán estas posiciones.

#### *Trato justo y equitativo como equivalente al mínimo estándar internacional*

A comienzos del siglo XIX, había dos posiciones opuestas en torno al trato de la propiedad y persona extranjera. Por un lado, ciertos Estados desarrollados defendían que sus nacionales en el extranjero, así como su propiedad, debían ser tratados en conformidad a un mínimo estándar internacional, a un estándar moral compartido por naciones civilizadas. Por otro lado, países en desarrollo, especialmente latinoamericanos, postulaban que dicho principio perpetuaba el dominio o control de personas extranjeras sobre áreas importantes de la actividad económica local, y para acabar con dichos privilegios, los extranjeros y su propiedad debían recibir el mismo trato al que estaban sujetos sus propios nacionales.<sup>117</sup>

El mínimo estándar internacional fue sintetizado por la Comisión de Reclamaciones México-Estados Unidos, establecida en 1924 para resolver controversias surgidas en el marco de la revolución mexicana. En el famoso caso Neer resuelto por esta Comisión se dijo que:

“...The propriety of governmental acts should be put to the test of international standards (...) the treatment of an alien, in order to constitute an international delinquency should amount to an outrage, to bad faith, to willful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable and impartial man would readily recognize its insufficiency.”<sup>118</sup>

Actualmente, se puede observar cierta complementariedad entre ambas posiciones, más que una preeminencia de una sobre la otra, sobretudo en materia de inversiones. Se trata de que ningún país pueda eximirse de la responsabilidad internacional que le

---

<sup>117</sup> BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. Clarendon Press, Oxford, 5ª ed., (1998), pp. 521-555.

<sup>118</sup> BROWNLIE, Ian. *Op. cit.* p.528.



cabe por daños provocados a extranjeros y su propiedad, invocando que dichos extranjeros reciben el mismo trato que los nacionales.

Sin embargo, hoy en día el mínimo estándar internacional sigue generando conflictos en relación al contenido del estándar de trato justo y equitativo. El problema gira en torno a si el trato justo y equitativo requeriría algo más que el mínimo estándar internacional o si equivale a lo exigido por éste.

#### *Trato justo y equitativo más allá del mínimo estándar internacional*

Una segunda visión considera que el contenido del trato justo y equitativo va más allá de lo establecido en el derecho consuetudinario, y que se construye además, con todas las otras fuentes del derecho internacional.

Esta fue la posición expresada en un estudio de la OECD de 1984, en la cual los miembros de dicha organización comentaban que el trato justo y equitativo era un estándar legal sustantivo que se refiere a los principios generales del derecho internacional, y que proveía de una guía para la interpretación de los acuerdos relativos a inversiones.<sup>119</sup>

En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Arbitral en el caso S.D. Myers, Inc. v. Canadá, seguido bajo el Reglamento de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). En una sentencia parcial de 2003 el Tribunal señaló que las palabras del artículo 1105 -obligación de otorgar trato justo y equitativo- debían interpretarse como un todo, y que debían leerse en conjunto con la frase introductoria de “tratamiento en conformidad al derecho internacional”. En las palabras del tribunal:

“Article 1105(1) expresses an overall concept. The words of the article must be read as a whole. The phrases [...] fair and equitable treatment [...] and full protection and security [...] cannot be read in isolation. They must be read in conjunction with the introductory phrase [...] treatment in accordance with international law.”<sup>120</sup>

Pero lo que realmente generó preocupación por el contenido del trato justo y equitativo, fueron posiciones como las adoptadas por el profesor F.A. Mann, quien en uno de sus artículos dijo expresamente que:

---

<sup>119</sup> OECD 2004, p. 20.

<sup>120</sup> S.D. Myers, Inc c. Canadá. CNUDMI. Laudo parcial de 13 de noviembre de 2000. pár. 262. En BISHOP, R. Doak y otros. *Op cit.* p. 1028.

“The overriding obligation is that investments “shall at all times be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy full protection and security” [...]. Thus, while it may be suggested that arbitrary, discriminatory, or abusive treatment is contrary to customary international law, unfair and inequitable treatment is a much wider conception which may readily include such administrative measures in the field of taxation, licenses and so forth, as are plainly illegal in the accepted sense of international law.”<sup>121</sup>

El postular que el trato justo y equitativo era un concepto mucho más amplio que aquello que formaba parte del derecho internacional consuetudinario, y que no apelaba solamente a evitar conductas ultrajantes, discriminatorias e irrazonables, alarmó a ciertos países en desarrollo cuando percibieron que dicho estándar podía ser aplicado contra ellos y, aún más, que podía incluir la revisión por órganos internacionales de medidas administrativas, regulatorias, entre otras.

Es aquí donde se observa un giro en las posiciones anteriormente mencionadas. Nuevas tendencias establecieron que el contenido normativo de la obligación de otorgar trato justo y equitativo, se forma a partir de las situaciones específicas en las cuales es comprometido, y que sería un concepto particular del derecho internacional de inversiones expresado en los APPIs. Esta aproximación denominada de “significado simple” o “plain meaning approach”, es concordante con las reglas generales de interpretación de tratados expresadas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que postulan que los términos de un acuerdo deben ser interpretados según su sentido corriente, teniendo en cuenta el contexto y el objeto y fin del tratado.<sup>122</sup> Por ende, cada palabra contenida en el estándar debe ser analizada sobre la base de su definición general y corriente. Cada medida y/o trato dirigido a una inversionista, debe tener las características de “justo” y “equitativo”. De esta forma, un tratamiento es justo y equitativo cuando está libre de parcialidad, de fraude o injusticia, cuando no otorga ventajas ilegítimas o indebidas, cuando es razonable.<sup>123</sup>

La construcción de deberes que tienen como causa la obligación de otorgar trato justo y equitativo ha sido fluida por parte de los tribunales internacionales encargados de la solución de controversias relativas a inversiones (aunque lamentablemente no uniforme). La adhesión al estado de derecho, el respeto por las

---

<sup>121</sup> En BISHOP, R. Doak y otros. *Op cit.* p. 1014.

<sup>122</sup> BISHOP, R. Doak. *Op. cit.* p. 1011.

<sup>123</sup> KLEIN, Marcela. *Op. cit.* p. 75.

expectativas legítimas de los inversionistas, obligaciones de transparencia en los procesos de decisiones estatales son algunos de los contenidos que ha adoptado el concepto de trato justo y equitativo. Por supuesto, los deberes anteriores van más allá de evitar actos que vulneren nociones básicas de justicia, como lo exigiría el mínimo estándar internacional. (Véase más adelante caso MTD y Pey).

Para evitar posibles intromisiones en sus esferas regulatorias, y con la clara intención de limitar la discreción judicial al momento de construir deberes basados en el estándar de trato justo y equitativo, la Comisión de Libre Comercio del TLCAN emitió en 2001 una interpretación vinculante respecto al artículo 1105 (Nivel mínimo de trato conforme al derecho internacional):

- “1. El artículo 1105 (1) establece el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, como el nivel mínimo de trato que debe otorgarse a las inversiones de los inversionistas de otra Parte.
2. Los conceptos de "trato justo y equitativo" y "protección y seguridades plenas" no requieren un trato adicional al requerido por el nivel mínimo de trato a los extranjeros propio del derecho internacional consuetudinario, o que vaya más allá de éste.
3. Una resolución en el sentido de que se haya violado otra disposición del TLCAN o de un acuerdo internacional distinto no establece que se haya violado el artículo 1105(1).”<sup>124</sup>

Esta clara posición de Estados Unidos, en relación al contenido del estándar de trato justo y equitativo, fue una respuesta al desarrollo poco uniforme que estaba experimentando la jurisprudencia del TLCAN. De hecho, el modelo de APPI de Estados Unidos de 1998 anterior al modelo 2004 decía:

“Each Party shall at all times accord to covered investments fair and equitable treatment and full protection and security, and shall in no case accord treatment less favorable than that required by international law.”<sup>125</sup>

Este último artículo demuestra que antes de la declaración emitida en 2001, Estados Unidos no consideraba el estándar de trato justo y equitativo como equivalente al mínimo estándar internacional, sino que por el contrario, la literalidad del artículo daba para interpretarlo como algo más. Por lo anterior, muchos autores consideran que la interpretación de la Comisión de Libre Comercio es, en realidad, una

---

<sup>124</sup> Nota Interpretativa en:

[http://www.sice.oas.org/TPD/NAFTA/Commission/CH11understanding\\_s.asp](http://www.sice.oas.org/TPD/NAFTA/Commission/CH11understanding_s.asp)

<sup>125</sup> KLEIN, Marcela. *Op. cit.* p. 22.

modificación del TLCAN y que, por lo tanto, la Comisión habría actuado fuera de su competencia.<sup>126</sup>

Al respecto, resulta atinente comentar lo sucedido en el emblemático caso TLCAN Pope & Talbot inc. v. Canadá (1999). Este caso se encontraba pendiente cuando se emitió la declaración vinculante de la Comisión de Libre Comercio en 2001, relativa al estándar de trato justo y equitativo. En su sentencia, el tribunal rechazó los argumentos del gobierno canadiense en cuanto a que las violaciones de este tratamiento debían ser atroces, indignas y ultrajantes (“egregious” y “outrageous”), y rechazó la interpretación vinculante de la Comisión del TLCAN.<sup>127</sup> Con esto, el tribunal admitió que el estándar mínimo internacional del derecho consuetudinario era un concepto flexible, y que evolucionaba a través de la práctica estatal y que, por lo tanto, hoy en día iba más allá de sólo evitar conductas atroces e indignantes. El tribunal expresó:

“108. Canada disputes the suggestion that Article 1105 imports this broad range of standards and argues that, before a violation of international law can properly be found the conduct in question must be “egregious”. That word is not used in NAFTA or, indeed, in the precedents on which Canada relies; Canada believes the word “encapsulates” what it sees as an element recurring in those precedents.

109. The precedents relied on by Canada addressed the content of the requirements of international law, rather than the other factors referred to in Article 1105, namely, “fair and equitable treatment and full protection and security”. The language of Article 1105 suggests that those elements are *included* in the requirements of international law, and both the Investor and Canada subscribe to that reading, albeit with vastly different views of the implications of that reading. Canada sees its concept of the international law requirement (only “egregious” misconduct covered) being applicable to the fairness elements, so that, for example, a denial of fairness would have to be shocking to be a violation of Article 1105. The investor sees the incorporation of the fairness elements into international law as support for its view that international law standards have progressed and have liberalized the “egregious” conduct threshold that Canada finds in other cases.”<sup>128</sup>

---

<sup>126</sup> KLEIN, Marcela. *Op. cit.* p. 53.

<sup>127</sup> Es importante comentar que en este caso, el tribunal arbitral estuvo muy preocupado por la participación del Estado parte en la disputa-Canadá-, en las deliberaciones de la Comisión del TLCAN para emitir su interpretación vinculante. El tribunal señaló que esto constituía una violación del principio procesal relativo a que nadie puede ser juez en su propio caso. Para algunos esta visión es incorrecta, pues se basa en la errónea concepción del carácter privado de los mecanismos de solución de controversias en materia de inversión. La competencia del tribunal arbitral se origina un tratado suscrito entre Estados, y no en un contrato comercial privado. VAN HARTEN, Gus. *Op cit.* p. 127.

<sup>128</sup> Párs. 108 y 109 de la sentencia sobre el fondo de la 2 fase, de fecha 10 de abril de 2001.

Por otro lado, el modelo del Reino Unido evidencia una tendencia hacia una noción autocontenida del estándar de trato justo y equitativo. El artículo II (2) dispone:

“Investment of nationals or companies of either Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy full protection and security in the territory of the other Contracting Party. Neither Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures the management, maintenance, use, enjoyment or disposal of investments in its territory of nationals or companies of the other Contracting Party...”<sup>129</sup>

El modelo británico, en consecuencia, no hace referencias a normas consuetudinarias internacionales, al contrario, trata de dar contenido al estándar al establecer que las partes contratantes no obstaculizarán con medidas irrazonables o discriminatorias el manejo, uso y disfrute de una inversión determinada.

De acuerdo a Dolzer y Stevens, el hecho de que los APPIs hayan considerado necesario estipular el estándar de trato justo y equitativo como una obligación expresa, sin descansar en referencias al derecho internacional, es prueba de que este tratamiento es autocontenido.<sup>130</sup>

El problema del contenido de este estándar, no hace más que evidenciar la constante tensión que generan los APPIs, en las relaciones entre Estados e inversionistas. Los primeros siempre estarán más dispuestos a que sus conductas sean medidas en conformidad al mínimo estándar internacional, pues implica que una medida, en orden a ser considerada injusta e inequitativa, debe pasar un umbral más alto para constituir una violación del estándar. Los inversionistas en cambio, abogarán siempre por aquel criterio que otorgue mayor protección e imponga obligaciones más rigurosas y estrictas a los Estados.<sup>131</sup>

Más adelante, se verá cuál de estas opciones es la que ha seguido Chile. Previo a eso, se hace necesario recorrer la aplicación que ha tenido el estándar de trato justo y

---

<sup>129</sup> KLEIN, Marcela. *Op. cit.* p. 24.

<sup>130</sup> En BISHOP, R. Doak. *Op. cit.* p. 1014.

<sup>131</sup> Stephen Fietta comentando el caso Saluka v. la República Checa, expresó: “The tribunal then proceeded to find that there had been a violation of the fair and equitable standard under the treaty. In so doing, the tribunal distinguished between the “customary minimum standard of treatment”, in relation to which adverse treatment must attain a relatively high threshold in order for a violation to be established, and the “lower degree of inappropriateness” required under the “fair and equitable treatment standard under modern bilateral investment treaties”. FIETTA, Stephen. *Expropriation and the “Fair and Equitable” Standard: The Developing Role of Investors’ “Expectations” in International Investment Arbitration*. Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, (2006). pp. 375-399.

equitativo en la práctica internacional, porque es ahí donde se ha construido y desarrollado el contenido de este tratamiento.

iii. Aplicación internacional de los distintos significados

Como resultado de las visiones opuestas en relación al contenido del trato justo y equitativo desarrolladas anteriormente, los Estados han adoptado artículos que se refieren explícita o implícitamente al estándar mínimo internacional, indicando si éste es o no equivalente al trato justo y equitativo. Ejemplo de esto es la ya referida interpretación de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN.

Una aplicación de esta interpretación la encontramos en el capítulo de inversión del tratado de libre comercio EEUU-Perú. El artículo 10.5 dispone:

“Nivel Mínimo de Trato

1. Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un *trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo*, así como protección y seguridad plenas.

2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros, según el derecho internacional consuetudinario, es el nivel mínimo de trato que pueda ser proporcionado a las inversiones cubiertas. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” *no requieren un trato adicional o más allá del requerido por ese estándar y no crean derechos adicionales significativos*. La obligación en el párrafo 1 de proveer:

(a) “trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; (...)

3. La determinación de que se ha violado otra disposición de este Acuerdo o de otro acuerdo internacional separado, no establece que se haya violado este Artículo.”<sup>132</sup>

Este acuerdo no hace sino aplicar la interpretación vinculante de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN explicada más arriba. Esta interpretación ya se ha convertido en una práctica general en los acuerdos firmados por Estados Unidos.<sup>133</sup>

A primera vista, este artículo pareciera ser una limitación convencional importante de lo que se entiende como comprendido dentro del concepto de trato justo y equitativo. Expresamente dice que este estándar no impone otras obligaciones que las impuestas por el derecho consuetudinario y el mínimo estándar internacional, y

---

<sup>132</sup> Texto del acuerdo en:

<http://www.tlcpereuuu.gob.pe/index.php?ncategoria1=209&ncategoria2=215>

<sup>133</sup> Como se verá más adelante, el tratado de Libre Comercio Chile-Estados Unidos sigue la misma tendencia.

además, relaciona el estándar de trato justo y equitativo a obligaciones procesales básicas relativas al debido proceso.

Hasta aquí todo pareciera ser una limitación al alcance del trato justo y equitativo. Sin embargo, este mismo artículo dispone en una nota al pie que esta disposición deberá ser interpretada en relación al Anexo 10-A el cual dispone:

“Anexo 10-A

Derecho Internacional Consuetudinario

Las Partes confirman su común entendimiento que el “derecho internacional consuetudinario”, de manera general y tal como está específicamente referido en el Artículo 10.5, resulta de una práctica general y consistente de los Estados, seguida por ellos en el sentido de una obligación legal. Con respecto al Artículo 10.5, el trato mínimo otorgado a los extranjeros por el derecho internacional consuetudinario se refiere a todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos económicos e intereses de los extranjeros.”

Este anexo expone los elementos que constituyen la costumbre internacional, básicamente, una práctica general y uniforme (o como dice el anexo consistente), y un elemento subjetivo denominado *opinio iuris*. La intención de este anexo se explica por la evolución que ha mantenido el concepto de trato justo y equitativo, en relación al mínimo estándar internacional. La referencia al derecho consuetudinario pareciera imponer límites a cualquier interpretación que intente imponer obligaciones sustantivas más exigentes de lo comprendido en ese mínimo estándar. A pesar de ser esta la intención, la interpretación no define si el mínimo estándar es aquel expresado en el caso Neer o es un nuevo principio con un contenido diferente y más evolucionado que el expresado en ese caso. Pero lo que resulta más curioso es que el anexo incluye “todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos económicos e intereses de los extranjeros.” ¿Pero cuáles son estos principios? Nada dice el acuerdo respecto a ellos. Lo que en un comienzo parecía ser un límite al concepto de trato justo y equitativo, no es sino una puerta que puede abrir y extender aún más el concepto, o al menos, lo vuelve más vago e impreciso. Sin embargo, esta referencia podría imponer niveles más exigentes en torno a la prueba del contenido que se le quiere dar al estándar de trato justo y equitativo, porque el supuesto trato debido e infringido por el Estado receptor debería ser probado como costumbre internacional, lo que implica tener que acreditar tanto la práctica (constante y uniforme) como la *opinio iuris*.

Por otro lado, existen tratados que expresamente van más allá del mínimo estándar internacional. Un ejemplo de esto, lo encontramos en el tratado entre Francia y Uganda (2002), que caracteriza como impedimentos al trato justo y equitativo cualquier restricción a la libre circulación, compra y venta de bienes y servicios, así como cualquier otra medida que tenga un efecto similar.<sup>134</sup>

Otros tratados condicionan el tratamiento justo y equitativo al cumplimiento de la legislación local. Así parece expresarlo el artículo 2 del APPI Alemania-Bolivia citado más arriba:

“(1) Each Contracting Party shall, *in accordance with its legislation*, permit in its territory investments of capital by nationals or companies of the other Contracting Party and promote such investments as far as possible. It shall in any case accord such investments fair and equitable treatment.” [Énfasis agregado].

Muchos acuerdos combinan el trato justo y equitativo con otras obligaciones sustantivas, como por ejemplo, la protección y seguridad plenas, y los estándares relativos de trato nacional y la cláusula de la nación más favorecida. Al hacer esto, y expresar que el estándar de trato justo y equitativo no puede ser menor que los tratamientos de trato nacional y cláusula de la nación más favorecida, hay una fuerte evidencia en relación a que en estos casos, el trato justo y equitativo tendría un contenido más amplio que el mínimo estándar internacional.

Ejemplo de este tipo de disposiciones es el artículo 3 del APPI Argentina-Korea:

“National and Most-Favoured-Nation Treatment (1) Each Contracting Party shall in its territory accord investments and returns of investors of the other Contracting Party treatment which is fair and equitable and not less favourable than that which it accords to investments and returns of its own investors or to investments and returns of investors of any third State.”<sup>135</sup>

A continuación se revisan los acuerdos sobre inversión suscritos por Chile.

#### iv. Definición de trato justo y equitativo en acuerdos suscritos por Chile

Nuestros acuerdos sobre inversión poseen una formulación del estándar de trato justo y equitativo bastante similar. No obstante esto, se pueden apreciar diferencias en cuanto al alcance, contenido y lugar donde se expresa la obligación. La mayoría de los APPIs incluye este estándar en los artículos relativos al tratamiento debido a las

---

<sup>134</sup> En UNCTAD 2006, p. 32.

<sup>135</sup> Texto del acuerdo: [http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/argentina\\_korea.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/argentina_korea.pdf)



inversiones. Otros, en cambio, lo disponen en los artículos relativos a la promoción y protección de inversiones.<sup>136</sup>

En relación a la posición adoptada por Chile en cuanto al contenido del estándar de trato justo y equitativo, se debe realizar una distinción previa, esto es, entre el criterio que siguen los APPIs y el que adoptan algunos tratados de libre comercio.

Se puede señalar en primer lugar, que ninguno de nuestros APPIs contiene una referencia expresa al mínimo estándar internacional.<sup>137</sup> Uno de los APPI que se remite derecho internacional es el APPI Chile-Francia, el cual en el artículo 3 dispone:

“Cada Parte Contratante dará un tratamiento justo y equitativo de conformidad con los principios del Derecho Internacional a las inversiones efectuadas por los nacionales y sociedades de la otra Parte Contratante en su territorio...”<sup>138</sup>

Esta referencia encontrada en el APPI con Francia se acerca a aquella posición que acude al derecho internacional general, para otorgar contenido al trato justo y equitativo. Por otra parte, el APPI Chile-Bélgica señala en su artículo 3 N° 3, que ninguno de los derechos contenidos en el acuerdo (incluidos trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas), podrán ser “menos favorables que los reconocidos por el derecho internacional”.<sup>139</sup> Estos dos tratados y sus referencias son excepcionales dentro de los más de 30 APPIs celebrados por Chile. Esto confirmaría la tendencia seguida por los acuerdos nacionales hacia un significado autocontenido de este estándar, lo cual implica que el campo de protección otorgado es más amplio que el contemplado por el mínimo estándar internacional.

No ocurre lo mismo con algunos tratados de libre comercio firmados por nuestro país, y que contienen capítulos de inversiones. El capítulo 10 del Acuerdo de libre Comercio entre Chile y Estados Unidos cuenta con un artículo idéntico al del Acuerdo entre Estados Unidos y Perú referido más arriba.<sup>140</sup>

---

<sup>136</sup> Dentro de los APPIs que contempla el trato justo y equitativo dentro de los artículos de promoción y protección está: Alemania, Argentina, Italia, Reino Unido y Suecia.

<sup>137</sup> Esta afirmación es sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados de libre comercio. Especialmente, Chile-USA y Chile Japón.

<sup>138</sup> Texto completo disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/FRANCIA.pdf>

<sup>139</sup> Texto completo disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/BELGICA.pdf>

<sup>140</sup> “Artículo 10.4: Nivel mínimo de trato

Además, al igual que el tratado con Perú, el Acuerdo entre Chile y Estados Unidos cuenta con un anexo que hace referencia al derecho internacional consuetudinario como pauta interpretativa del nivel mínimo de trato.

Esta similitud se explica, porque ambos tratados siguen el modelo y tendencia estadounidense en torno al significado del trato justo y equitativo. Sin embargo, el acuerdo de libre comercio entre Chile y Japón sigue exactamente el mismo tenor que el modelo con EEUU (ver artículo 75 “Trato General” del acuerdo Chile-Japón).<sup>141</sup> También sigue esta tendencia el tratado de libre comercio con Corea.<sup>142</sup>

Cabe destacar que el tratado de libre comercio con Canadá no contempla remisiones al derecho consuetudinario en materia de inversiones (ver capítulo G, tercera parte).<sup>143</sup> En el mismo sentido, el tratado de libre comercio Chile-México.<sup>144</sup> Esto a pesar de que ambos países pertenecen al TLCAN y, por ende, se encuentran obligados por la declaración del año 2001.

Es interesante notar que Chile hizo alusión a la interpretación de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN en el caso MTD. De hecho, el tribunal afirma en la sentencia de 2004, que Chile había indicado que los desarrollos de la declaración vinculante de dicha Comisión debían tomarse en cuenta, aunque luego deja claro que Chile no estaba argumentando que esa fuera la forma de entender el significado de la obligación bajo el APPI Chile-Malasia, o bajo los APPIs invocados a través de la

---

1. Cada Parte otorgará a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.

2. Para mayor certeza, el párrafo 1 prescribe que el nivel mínimo de trato a los extranjeros según el derecho internacional consuetudinario es el nivel mínimo de trato que se le otorgará a las inversiones cubiertas. Los conceptos de “trato justo y equitativo” y “protección y seguridad plenas” no requieren un tratamiento adicional o más allá de aquél exigido por ese nivel, y no crean derechos substantivos adicionales. La obligación en el párrafo 1 de otorgar:

(a) “trato justo y equitativo” incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles, o contencioso administrativos, de acuerdo con el principio del debido proceso incorporado en los principales sistemas legales del mundo; y

(b) “protección y seguridad plenas” exige a cada Parte otorgar el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario...”

Texto completo del TLC disponible en:

[http://www.direcon.cl/documentos/TLC EEUU/10\\_Inversiones.pdf](http://www.direcon.cl/documentos/TLC EEUU/10_Inversiones.pdf)

<sup>141</sup> Texto completo disponible en:

[http://www.direcon.cl/pdf/1-TLC\\_CHILE\\_JAPON\\_TEXTO\\_PRINCIPAL.pdf](http://www.direcon.cl/pdf/1-TLC_CHILE_JAPON_TEXTO_PRINCIPAL.pdf)

<sup>142</sup> Texto completo disponible en: [http://www.direcon.cl/documentos/corea/Parte III - Inversiones-Servicios y Asusntos Relacionados.pdf](http://www.direcon.cl/documentos/corea/Parte_III_-_Inversiones-Servicios_y_Asusntos_Relacionados.pdf)

<sup>143</sup> Texto completo disponible en:

[http://www.direcon.cl/documentos/CAPITULO G - TERCERA PARTE.pdf](http://www.direcon.cl/documentos/CAPITULO_G_-_TERCERA_PARTE.pdf)

<sup>144</sup> Texto completo disponible en:

[http://www.direcon.cl/documentos/Texto Completo Acuerdo Chile - Mexico.pdf](http://www.direcon.cl/documentos/Texto_Completo_Acuerdo_Chile_-_Mexico.pdf)

cláusula de Nación Más Favorecida (Dinamarca y Croacia), que por cierto no tenían referencia alguna al derecho internacional consuetudinario.<sup>145</sup>

Chile, en consecuencia, ha adoptado dos posiciones en torno al contenido del trato justo y equitativo. Por un lado, una visión que lo hace equivalente al mínimo estándar internacional, tal y como se manifiesta en los tratados de libre comercio estudiados y, por otro, una noción que corresponde a la visión simple o autocontenida perteneciente a los APPIs. En todo caso, más que la adopción consciente de una determinada posición, lo que hay es la posibilidad de interpretación en un sentido simple y autocontenido. Esto se debe a la escueta formulación que recibe el estándar a nivel de los APPIs.

Al examinar la mayoría de nuestros APPIs se puede concluir que no existe una definición de lo que se entiende por trato justo y equitativo, que dé luces sobre cuáles son las nociones o conceptos que involucraría este tratamiento. Al parecer, se deja la interpretación de estos deberes, una vez más, a los tribunales internacionales encargados de su aplicación.

Además, la letra de ciertos acuerdos ayuda a generar más confusión respecto del contenido normativo de este tratamiento. Como se estableció más arriba, el modelo británico es un modelo autocontenido porque incluye dentro del estándar de trato justo y equitativo obligaciones de no discriminación, de razonabilidad, de respeto por los contratos celebrados, entre otros. Una línea similar siguen algunos APPIs nacionales, los cuales, al referirse a los estándares de protección aluden también a disposiciones que prohíben las medidas discriminatorias e injustificadas. Ejemplo de lo anterior, lo encontramos en el APPI Chile-Dinamarca, artículo 3 que dispone:

---

<sup>145</sup>110. The parties have commented on whether the fair and equitable standard is part of customary international law or additional to customary international law in reference to recent awards of arbitral tribunals established under NAFTA before and after the interpretation of Article 1105(1) by the NAFTA Free Trade Commission. The Free Trade Commission has interpreted “fair and equitable treatment” as not requiring treatment in addition to or beyond that which is required by the international law minimum standard.

111. The Tribunal notes that Chile has not argued that this is how “fair and equitable treatment” should be understood under the BIT. Chile has simply drawn attention to this interpretation and the consequences it had on the application of the standard of fair and equitable treatment by NAFTA arbitral tribunals. The Tribunal further notes that there is no reference to customary international law in the BIT in relation to fair and equitable treatment.” MTD Equity Sdn. BHD. & MTD Chile S.A v. República de Chile. Caso CIADI N° ARB/01/7. Laudo de 25 de mayo de 2004, [en adelante Laudo Caso MTD 2004], disponible en:

<http://www.investmentclaims.com/decisions/MTD-Chile-Award-25May2004.pdf>

“Protección y Tratamiento

1) Las inversiones de inversionistas de cualquiera de las Partes Contratantes gozarán de plena protección y garantía en el territorio de la otra Parte Contratante. Ninguna de las Partes Contratantes impedirá en modo alguno *a* través de medidas injustificadas o discriminatorias, la administración, mantenimiento, uso, usufructo o enajenación de inversiones en su territorio, de inversionistas de la otra Parte Contratante. Cada Parte Contratante observará cualquier obligación que pueda haber asumido en relación con las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante.

2) Cada Parte Contratante en su territorio asegurará a los inversionistas, las inversiones efectuadas por ellos y sus rendimientos, un tratamiento justo y equitativo...”<sup>146</sup>

Como se puede observar, este APPI prohíbe las medidas discriminatorias, irrazonables e injustificadas y, además, en el numeral siguiente, contempla la obligación de otorgar trato justo y equitativo. En este mismo sentido se expresan los tratados con Italia<sup>147</sup>, Suiza<sup>148</sup>, Ecuador<sup>149</sup>, Venezuela<sup>150</sup>. ¿Significa esto que el trato

---

<sup>146</sup> Texto completo en: [http://www.direcon.cl/documentos/DINAMARCA\\_ESPANOL.pdf](http://www.direcon.cl/documentos/DINAMARCA_ESPANOL.pdf)

<sup>147</sup> “Artículo 3

Trato Nacional y Cláusula de la Nación Más Favorecida

2. Cada Parte Contratante protegerá en su territorio las inversiones efectuadas según sus leyes y reglamentaciones por los inversionistas de la otra Parte Contratante y no obstaculizará, con medidas injustificadas o discriminatorias la gestión, el mantenimiento, la utilización, el disfrute, la ampliación, la venta y, si fuera el caso, la liquidación de dichas inversiones.” Texto completo en: <http://www.direcon.cl/documentos/ITALIA.pdf>

<sup>148</sup> “Artículo 4. Protección, Tratamiento

1. Cada Parte Contratante protegerá en su territorio las inversiones efectuadas según sus leyes y reglamentaciones por los inversionistas de la otra Parte Contratante y no obstaculizará, con medidas injustificadas o discriminatorias la gestión, el mantenimiento, la utilización, el disfrute, la ampliación, la venta y, si fuera el caso, la liquidación de dichas inversiones.

2. Cada Parte Contratante garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo para las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante...” Texto completo en: <http://www.direcon.cl/documentos/SUIZA.pdf>

<sup>149</sup> “Artículo IV

Protección de Inversiones

1. Cada Parte Contratante asegurará en todo momento un tratamiento justo y equitativo a las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante y no perjudicará su gestión, mantenimiento, uso, goce, usufructo, ampliación, liquidación o disposición, a través de medidas injustificadas o discriminatorias.

2. Cada Parte Contratante, una vez que haya admitido en su territorio inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante, concederá plena protección legal a tales inversiones y les acordará un tratamiento no menos favorable que el otorgado a las inversiones de sus propios inversionistas nacionales o de inversionistas de terceros Estados.” Texto completo disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/ECUADOR.pdf>

<sup>150</sup> “Artículo 4. Protección y Tratamiento

1. Cada Parte Contratante protegerá en su territorio las inversiones efectuadas según sus leyes y reglamentaciones por los inversionistas de la otra Parte Contratante y no obstaculizará, con medidas arbitrarias o discriminatorias la gestión, el mantenimiento, la utilización, el disfrute, la ampliación, la venta y, si fuera el caso, la liquidación de dichas inversiones.

2. Cada Parte Contratante garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo conforme al derecho internacional para las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante...” Texto completo disponible en:

justo y equitativo estipulado en nuestros APPIs va más allá de la prohibición de adoptar medidas arbitrarias e injustificadas? Todo indicaría que el trato justo y equitativo abarcaría mucho más que simples prohibiciones de incurrir en medidas arbitrarias e injustificadas. Esto se visualiza aún más cuando al analizar el APPI con Italia, el trato justo y equitativo aparece en un artículo distinto de aquel que prohíbe actuaciones discriminatorias. Lo razonable en estos casos, es que el concepto de trato justo y equitativo signifique algo más que la abstención de esas conductas, pues de otro modo la mención del trato justo y equitativo sería redundante. Y si de alguna manera se quiso igualar el trato justo y equitativo a la evitación de conductas discriminatorias y arbitrarias, la técnica debió haber sido incluirlas en conjunto con este estándar. Así lo hace, por ejemplo, el protocolo al tratado con Francia, que expresa claramente esta intención:

“En lo que respecta al Artículo 3: a) Se considerará como impedimento de jure o de facto para el tratamiento justo y equitativo cualquier restricción discriminatoria sobre la compra o transporte de materias primas y materiales auxiliares, fuentes energéticas y combustibles, medios de producción y operación de cualquier índole, como cualquier obstáculo discriminatorio para la venta o transporte de productos dentro del país y en el extranjero, y cualesquiera otras medidas que tengan un efecto similar.”<sup>151</sup>

En lo que sí se puede hallar uniformidad es en la exigencia de no obstaculizar la inversión en la práctica, obligación plasmada en la mayoría de las cláusulas de trato justo y equitativo.

Por otra parte, muy pocos de nuestros APPIs condicionan el trato justo y equitativo a cierta conformidad con la legislación del país. Sí lo hace el APPI Chile-España, el cual en su artículo 4 (tratamiento) establece:

“1. Cada Parte Contratante garantizará en su territorio de acuerdo con su legislación nacional, un tratamiento justo y equitativo a las inversiones realizadas por inversionistas de la otra Parte...”

---

<http://www.direcon.cl/documentos/VENEZUELA.pdf>

<sup>151</sup> La idea de discriminación también se relaciona con el estándar de trato nacional (ver capítulo III, sección 2).

Disposiciones similares se han interpretado como restrictivas del estándar de trato justo y equitativo, el cual deberá construirse a partir de la legislación nacional de cada parte.<sup>152</sup>

En relación con los estándares relativos de trato nacional y cláusula de nación más favorecida, la mayoría de los APPIs firmados con países europeos parecen combinar los tratamientos, lo cual no se evidencia en los tratados suscritos con otros países latinoamericanos. Como se mencionó anteriormente, esta formulación de los tratamientos también apunta hacia la idea de reconocer obligaciones más amplias que las impuestas por el mínimo estándar internacional. La siguiente disposición del APPI Chile-Noruega parece ser la regla general en este sentido:

“Artículo 4. Tratamiento de las Inversiones. 1. Cada Parte Contratante garantizará un tratamiento justo y equitativo dentro de su territorio a las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante. Este tratamiento no será menos favorable que aquél otorgado por cada Parte Contratante a inversionistas efectuadas dentro de su territorio por inversionistas de la nación más favorecida”.<sup>153</sup>

En el siguiente apartado se revisarán dos casos CIADI seguidos contra el Estado de Chile, en los cuales nuestro país fue condenado por violar la obligación de otorgar trato justo y equitativo contenida en los APPIs.

v. Aplicación del estándar de trato justo y equitativo: Caso MTD y Pey

El Estado de Chile ha sido condenado en dos oportunidades por tribunales arbitrales CIADI por conculcar el estándar de trato justo y equitativo. En los casos a analizar, Caso MTD y Caso Pey, dos tribunales dieron contenido a la obligación de otorgar trato justo y equitativo establecida en los APPIs Chile-Malasia y Chile-España respectivamente. En esta sección se examinan las conclusiones a que llegaron ambos tribunales en cuanto al contenido normativo de esta obligación.

---

<sup>152</sup> “In contrast, Appendix A of the Trade and Economic Cooperation Agreement between the CARICOM countries and Cuba on reciprocal promotion and protection of investment requires “fair and equitable treatment of investments of investors of the other Party under and subject to national laws and regulations”, which seems to limit fair and equitable treatment to compliance with domestic law.” UNCTAD 2006, p. 33.

<sup>153</sup> Texto del acuerdo disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/NORUEGA.pdf>

### *Caso MTD*

El tribunal arbitral del CIADI en el caso MTD, que enfrentó a inversionistas malasios contra el Estado de Chile, tuvo que pronunciarse sobre el alcance y contenido de la obligación de otorgar trato justo y equitativo bajo el APPI Chile-Malasia.

MTD era una empresa inmobiliaria creada en Malasia, cuyo proyecto de inversión consistía en la construcción de una ciudad satélite en Pirque, localidad ubicada al sur de Santiago. Sin embargo, el terrero de esa área tenía una zonificación silvoagropecuaria y no urbana, lo cual presentaba un obstáculo para el desarrollo del proyecto. En consecuencia, el inversionista necesitaba una modificación al Plano Regulador de la Región Metropolitana, modificación que trató de obtener por diversas vías.

No obstante esta limitación, el inversionista ingresó sus capitales vía DL 600, firmando un contrato de inversión extranjera con el Comité de Inversión Extranjera, en adelante CIE.<sup>154</sup> Este contrato en su cláusula 4 exigía indicar la localidad en la cual se materializaría el proyecto. MTD interpretó esa cláusula como una representación por parte del Estado de la viabilidad del proyecto (esto a pesar de que el contrato tiene una disposición expresa relativa a la consecución de permisos posteriores). Ante la negativa del Estado de modificar el marco regulador, el inversionista demandó al Estado de Chile por violación de la obligación de otorgar trato justo y equitativo.

Los demandantes invocaron vía NMF las disposiciones de los APPIs celebrados por Chile con Dinamarca y Croacia. La invocación del APPI con Dinamarca obedecía a que este último contiene una cláusula denominada “cláusula paraguas”, que como se verá en el capítulo V, tiene el efecto de asimilar incumplimientos contractuales a violaciones del APPI.<sup>155</sup> El demandante alegó entonces que esta cláusula internacionalizaba las obligaciones que Chile había asumido en el contrato de

---

<sup>154</sup> En el proceso se discutió latamente si MTD había sido realmente informada de este obstáculo. De acuerdo al demandado, sí se había comentado el problema de la zonificación del área a representantes de MTD en una reunión cuya existencia fue controvertida por la demandante. (Ver Laudo Caso MTD 2004, pár. 150 y siguientes del laudo).

<sup>155</sup> Ver más adelante capítulo V sección v.

inversión extranjera, y que su incumplimiento, por ende, equivalía a una violación del APPI.

Pero además, se invocó a través de la cláusula de NMF el artículo 3 (2) del APPI con Croacia, el cual establece:

“Cuando una Parte Contratante haya admitido una inversión en su territorio, ésta concederá los permisos necesarios de acuerdo con sus leyes y reglamentos. Cada Parte Contratante, cada vez que se requiera, se esforzará por otorgar las autorizaciones necesarias respecto de las actividades de consultores y otras personas calificadas de nacionalidad extranjera.”<sup>156</sup>

Ante estas alegaciones, el tribunal pasó a determinar si las disposiciones invocadas vía NMF eran o no parte del estándar de trato justo y equitativo. El tribunal decidió que bajo el APPI, el trato justo y equitativo debía interpretarse de la manera que mejor condujera al cumplimiento del objetivo del APPI, esto es, de proteger y crear condiciones favorables para la inversión extranjera. Estimó que considerar parte del trato justo y equitativo a las obligaciones incluidas en los APPIs mencionados, estaba en consonancia con dicho objetivo.<sup>157</sup>

En relación al contenido del estándar de trato justo y equitativo, se debe tener en cuenta lo dicho más arriba respecto de los APPIs nacionales, que no contienen una definición específica de esta obligación. El APPI Chile-Malasia dispone:

“Artículo 2 Promoción y Protección de las Inversiones: (...) 2. A las inversiones de los inversionistas de cualquiera de las Partes Contratantes se les otorgará, en todo momento, un tratamiento justo y equitativo y gozarán de protección y seguridad plenas en el territorio de la otra Parte Contratante”.<sup>158</sup>

Como puede apreciarse, este artículo no realiza remisión a norma alguna internacional, como tampoco posee referencias a obligaciones de no discriminación o

---

<sup>156</sup> Este último artículo corresponde a la obligación de promoción y protección de inversiones, pero fue invocado como parte del concepto de trato justo y equitativo. Texto del acuerdo disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/CROACIA.pdf>

<sup>157</sup> En el laudo se dijo que: “The Tribunal has concluded that, under the BIT, the fair and equitable standard of treatment has to be interpreted in the manner most conducive to fulfill the objective of the BIT to protect investments and create conditions favorable to investments. The Tribunal considers that to include as part of the protections of the BIT those included in Article 3(1) of the Denmark BIT and Article 3(3) and (4) of the Croatia BIT is in consonance with this purpose. The Tribunal is further convinced of this conclusion by the fact that the exclusions in the MFN clause relate to tax treatment and regional cooperation, matters alien to the BIT but that, because of the general nature of the MFN clause, the Contracting Parties considered it prudent to exclude. *A contrario sensu*, other matters that can be construed to be part of the fair and equitable treatment of investors would be covered by the clause.” Laudo Caso MTD 2004, pár. 104.

<sup>158</sup> Texto del acuerdo disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/MALASIA.pdf>



incluso de no obstaculizar la inversión. Debido a esto, el tribunal tuvo que interpretar y otorgar contenido a esta obligación. Al respecto dijo:

“The parties agree that there is an obligation to treat investments fairly and equitably. The parties also agree with the statement of Judge Schwebel that “the meaning of what is fair and equitable is defined when that standard is applied to a set of specific facts”. As defined by Judge Schwebel, “fair and equitable treatment” is “a broad and widely-accepted standard encompassing such fundamental standards as good faith, due process, nondiscrimination, and proportionality.”<sup>159</sup>

Teniendo en cuenta lo anterior, el tribunal pasó a examinar el sentido corriente y ordinario de los términos “justo” y “equitativo”. Señaló que este estándar debía ser entendido como un tratamiento de igualdad, dirigido a la promoción de la inversión extranjera. Agregó que los artículos del APPI se enmarcaban dentro de obligaciones de carácter proactivo, esto es, de promoción, creación y estímulo a las inversiones, y que, por ende, no sólo exigían un comportamiento pasivo por parte del Estado.<sup>160</sup> Pero para dar contenido a las obligaciones estatales provenientes del trato justo y equitativo, el tribunal recurrió a lo ya resuelto por otro tribunal CIADI en el caso *TECMED*. Este último tribunal había decidido que los inversionistas esperaban que el Estado receptor de su inversión actuara de manera consistente, transparente y libre de ambigüedades, porque esto les permitía saber de antemano las regulaciones y reglas a las cuales estarían sujetos. Las actividades estatales que defraudaran estas expectativas del inversionista, violaban el trato justo y equitativo.<sup>161</sup>

---

<sup>159</sup> Laudo Caso MTD 2004, pár. 109

<sup>160</sup> “Hence, in terms of the BIT, fair and equitable treatment should be understood to be treatment in an even-handed and just manner, conducive to fostering the promotion of foreign investment. Its terms are framed as a pro-active statement –“to promote”, “to create”, “to stimulate”- rather than prescriptions for a passive behavior of the State or avoidance of prejudicial conduct to the investors.” Laudo Caso MTD 2004, pár. 113.

<sup>161</sup> “... to provide to international investments treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment. The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices or directives, to be able to plan its investment and comply with such regulations. Any and all State actions conforming to such criteria should relate not only to the guidelines, directives or requirements issued, or the resolutions approved thereunder, but also to the goals underlying such regulations. The foreign investor also expects the host State to act consistently, i.e. without arbitrarily revoking any preexisting decisions or permits issued by the state that were relied upon by the investor to assume its commitments as well as to plan and launch its commercial and business activities. The investor also expects the state to use the legal instruments that govern the actions of the investor or the investment in conformity with the function usually assigned to such instruments, and not to deprive the investor of its investment without the required compensation.” Laudo Caso MTD 2004, pár. 114.

Este fue el estándar aplicado a los hechos del caso. Según el tribunal, Chile había violado la obligación de otorgar trato justo y equitativo, al haber aprobado el CIE una inversión que luego sería imposible materializar. De esta manera, dispuso que el no otorgar un permiso para construir una ciudad satélite en una zona específica de la Región Metropolitana, luego de haber aprobado el contrato de inversión extranjera, defraudaba o frustraba las expectativas legítimas de los inversionistas y, por ende, violaba la obligación de tratar justa y equitativamente a las inversiones. En otras palabras, el tribunal dijo que la aprobación de un contrato de inversión extranjera que es contrario a las políticas de urbanización, infringe el estándar de trato justo y equitativo, porque con la firma de este contrato el Estado a lo menos “representa” que el proyecto es viable.

Esta visión resulta altamente riesgosa para nuestro país, dado que la celebración de un contrato de inversión extranjera con el CIE sólo significa una aprobación de la entrada de capitales y de forma alguna garantiza la concreción del proyecto. El inversionista sigue obligado a respetar la legislación interna. En todo caso, el tribunal notó que los APPIs no son un seguro contra los riesgos de los negocios, por lo que redujo el monto total de compensación en un 50%, admitiendo así que el inversionista también había contribuido a los daños con su propia negligencia, al no haber realizado correctamente las investigaciones legales necesarias para llevar a cabo su proyecto.

Esta sentencia fue confirmada por el Comité *ad hoc* de Anulación en marzo de 2007.<sup>162</sup>

### *Caso Pey*

El Tribunal en el caso Pey se vio enfrentado a un importante problema de aplicabilidad temporal de las disposiciones del APPI Chile-España. Luego de decidir que las disposiciones sustantivas del APPI no eran aplicables a hechos acontecidos con anterioridad a su entrada en vigencia (lo cual dejó fuera del alcance del acuerdo a todos los decretos expropiatorios dictados durante los años setenta), el tribunal procedió a examinar si las alegaciones respecto de actos efectuados con posterioridad

---

<sup>162</sup> MTD Equity Sdn. BHD. & MTD Chile S.A v. República de Chile. Caso CIADI N° ARB/01/7. Decisión de Anulación de 16 de febrero de 2007. Disponible en: <http://www.investmentclaims.com/ViewPdf/ic/Awards/law-iic-177-2007.pdf>

a la entrada en vigencia del APPI constituían o no violaciones del mismo. Los actos posteriores eran básicamente dos: 1. La dictación de la resolución N° 43 por el Ministerio de Bienes Nacionales y 2. La denegación de justicia sufrida en el marco del proceso seguido ante tribunales civiles, para la restitución de la rotativa Goss. Ambos actos fueron considerados violatorios del estándar de trato justo y equitativo establecido en el APPI.

La resolución N° 43 de fecha 28 de abril de 2000, dictada por el Ministerio de Bienes Nacionales para dar aplicación a la ley 19.568 (ley relativa a la restitución o indemnización de los bienes confiscados y adquiridos por el Estado durante la dictadura), fue considerada por los demandantes como una nueva expropiación, ya que autorizaba el pago de indemnización a terceras personas distintas a las partes demandantes, por la expropiación de los bienes pertenecientes a las sociedades CPP S.A. y EPC Ltda.<sup>163</sup>

El tribunal consideró que la resolución N° 43 constituía una aplicación discriminatoria de una ley posterior al tratado.<sup>164</sup> Por lo tanto, concluyó que no se trataba de una nueva expropiación, sino que de una violación al estándar de trato justo y equitativo del acuerdo.

Lo mismo se concluyó respecto del proceso civil seguido por los demandantes en Chile ante el 1° Juzgado Civil de Santiago, y que buscaba la restitución de una maquinaria especial denominada rotativa Goss, que había sido expropiada durante la dictadura. En dicho proceso no se habría dictado sentencia sobre el fondo por más de 7 años. Esto último, de acuerdo al tribunal, constituiría una denegación de justicia y, por ende, una violación a la obligación de trato justo y equitativo.

Respecto al estándar de trato justo y equitativo, el tribunal argumentó que la pregunta principal apuntaba a determinar si la conducta de las autoridades chilenas, esto es legislativas, administrativas y judiciales, se podía considerar como una denegación de justicia y una violación al deber de conceder a la inversión extranjera un trato justo y equitativo, en virtud del artículo 4 del APPI.<sup>165</sup>

---

<sup>163</sup> Laudo Caso Pey, pár. 614.

<sup>164</sup> Laudo Caso Pey, pár. 622.

<sup>165</sup> Laudo Caso Pey, pár. 653.

El tribunal señaló en su sentencia que los conceptos de denegación de justicia y de trato justo y equitativo, presentaban características comunes en cuanto a la imprecisión de sus definiciones. Consideró luego, no obstante, que dentro de las obligaciones cubiertas por la obligación de dar trato justo y equitativo se encontraba la de no cometer denegación de justicia.

El tribunal concluyó que la aplicación de los anteriores conceptos al caso en concreto, no requería de un “análisis exhaustivo”<sup>166</sup>, y que se podía reducir a dos cuestiones principales:

- “La primera consiste en saber si la ausencia de decisión por parte de las jurisdicciones chilenas durante un período de siete años (1995-2002), por un lado, y la ausencia de respuesta de la Presidencia a las solicitudes del Sr. Pey Casado, por otro lado, constituyen una denegación de justicia.
- La segunda consiste en determinar si las inversiones que el Tribunal de arbitraje reconoce fueron hechas por el Sr. Pey Casado gozaron del “tratamiento justo y equitativo” prescrito en el APPI.”<sup>167</sup>

Respecto a la primera pregunta formulada por el tribunal, éste decidió que sin lugar a dudas los hechos del caso, en particular el proceso civil seguido por la restitución de la rotativa Goss, constituían una denegación de justicia. De hecho, afirmó que los plazos extraordinariamente largos son uno de los ejemplos más claros de este tipo de situaciones, que incluso pueden llegar a ser más devastadoras que la denegación absoluta de justicia, pues al menos en esta última situación la víctima de la denegación conoce su posición y puede determinar así las acciones a seguir.<sup>168</sup>

En relación a la segunda pregunta el tribunal dice:

“En cuanto a la segunda cuestión, la de saber si las inversiones de las Demandantes gozaron de un tratamiento justo y equitativo, el Tribunal de arbitraje considera que la respuesta es negativa, habida cuenta de las conclusiones a las que llegó anteriormente tras su apreciación de las pruebas y su análisis jurídico. En resumen, se trata de la conclusión de que el Sr. Pey Casado demostró haber realizado inversiones y ser propietario de bienes muebles o inmuebles que fueron confiscados por las autoridades militares chilenas.”<sup>169</sup>

---

<sup>166</sup> Laudo Caso Pey, pár. 658.

<sup>167</sup> Laudo Caso Pey, pár. 658.

<sup>168</sup> Laudo Caso Pey, pár. 660.

<sup>169</sup> Laudo Caso Pey, pár. 665.

En esta parte de la sentencia el tribunal dispuso que, a pesar de haber reconocido los tribunales nacionales la propiedad del Sr. Pey sobre las acciones confiscadas, y a pesar de haber tratado los gobiernos democráticos de enmendar la situación de las propiedades expropiadas en general, dichas buenas intenciones no se habrían traducido en hechos concretos para los demandantes. El tribunal arbitral señaló que Chile no pudo explicar de manera convincente las diferencias en el trato recibido por los demandantes, en especial respecto de la indemnización recibida por terceros en base la resolución 43 del Ministerio de Bienes Nacionales. El tribunal terminó argumentado que la actitud de las autoridades chilenas había sido discriminatoria, y que la obligación de no discriminar era parte del estándar de trato justo y equitativo, porque este estándar prohíbe el comportamiento arbitrario y caprichoso hacia los inversionistas.<sup>170</sup>

## Conclusiones

Los acuerdos sobre inversión imponen obligaciones sustantivas a los Estados Parte respecto del trato debido a inversionistas y su inversión. Una de las principales obligaciones es que los Estados se comprometen a tratar a las inversiones e inversionistas de forma justa y equitativa. La referencia a este estándar en los acuerdos es amplia, y a pesar de la aparente uniformidad que presentan las cláusulas que lo contienen, su significado y alcance sigue siendo vago e impreciso.

El principal inconveniente que presenta el trato justo y equitativo es la indeterminación de su contenido normativo, porque no es claro a qué exactamente está obligado un Estado que debe otorgar trato justo y equitativo a las inversiones, como tampoco se conocen con exactitud los deberes positivos o negativos que impone.

---

<sup>170</sup> Laudo Caso Pey, pár. 673.

El tribunal expresó que: “En resumen, en este caso concreto, al conceder compensaciones -por razones que sólo ella conoce y siguen sin explicarse- a personas que, según el Tribunal de arbitraje, no eran propietarias de los bienes confiscados, y al paralizar o rechazar las reivindicaciones del Sr. Pey Casado referentes a los bienes confiscados, la República de Chile cometió una manifiesta denegación de justicia y se negó a tratar a las Demandantes de manera justa y equitativa.” Laudo Caso Pey, pár. 674.

La construcción de deberes que tienen como causa la obligación de otorgar trato justo y equitativo ha sido prolífera por parte de los tribunales arbitrales internacionales, aunque lamentablemente no uniforme. La adhesión al estado de derecho, el respeto por las expectativas legítimas de los inversionistas, obligaciones de transparencia en los procesos de decisiones estatales, son algunos de los contenidos que ha adoptado este estándar.

Al examinar la mayoría de nuestros APPIs, se puede concluir que no existe una definición de lo que se entiende por trato justo y equitativo que aclare cuáles son las nociones o conceptos que involucra este tratamiento. Los TLCs por otra parte, han adoptado la posición que asimila el trato justo y equitativo al mínimo estándar internacional. Sin embargo, si se argumenta que el trato mínimo internacional ha evolucionado hacia obligaciones más exigentes, entonces tal referencia se hace redundante, porque de todas formas la construcción del contenido quedará entregada a los tribunales internacionales encargados de su aplicación.

## Capítulo III. Estándares relativos: Trato Nacional y Nación más Favorecida

### 1. Introducción

El capítulo anterior desarrolló uno de los estándares absolutos más importantes a nivel de tratados de inversión, el trato justo y equitativo. Pero los inversionistas extranjeros no sólo exigen que se les otorgue un mínimo nivel de trato o tratamiento justo y equitativo, sino que además buscan que su inversión se desarrolle en un ambiente libre de discriminación que estimule la competencia. El trato nacional y la cláusula de la nación más favorecida cumplen con la delicada función de eliminar las diferencias o discriminaciones en base a la nacionalidad del inversionista. Estos principios actúan de forma complementaria, uno se encarga de las diferencias entre extranjeros y nacionales del Estado receptor, mientras que el otro de las diferencias entre extranjeros y nacionales de cualquier tercer Estado. Dado que la determinación de su contenido exige una comparación con el tratamiento que reciben terceros, se les ha denominado por la doctrina estándares relativos. Este capítulo abordará ambos tratamientos de forma separada, aunque se realizarán referencias constantes entre ambos dada su estrecha relación.

### 2. Trato Nacional

#### i. Introducción

El Trato Nacional, en adelante TN, es un estándar que define la obligación de un Estado receptor de tratar a los inversionistas extranjeros no menos favorablemente que a sus inversionistas nacionales.<sup>171</sup>

Bajo el derecho consuetudinario internacional, un Estado puede prohibir o denegar la entrada de extranjeros a su territorio, pero una vez que estos ingresan su discriminación queda prohibida. El TN es una norma básica del derecho internacional público y, especialmente, del derecho internacional económico.<sup>172</sup> Al constituir una norma básica de no discriminación, en este caso basada en la

---

<sup>171</sup> *National Treatment*. UNCTAD Series on issues in international investment agreements, (1999), [en adelante UNCTAD TN]. Disponible en:

<http://www.unctad.org/en/docs/psiteiid11v4.en.pdf>

<sup>172</sup> VAN HARTEN, Gus. *Op. cit.* p. 83.

nacionalidad de la persona, no es sorprendente que este tratamiento se encuentre en la mayoría de los tratados de inversiones.

Al igual que el estándar de NMF, el TN tiene como función la protección de la libre competencia en los mercados. Este tratamiento apunta a eliminar las diferencias y posibles discriminaciones internas entre extranjeros y nacionales del Estado receptor que, cabe agregar, no siempre son perjudiciales para las economías nacionales, particularmente, en el caso de Estados en desarrollo.<sup>173</sup>

Como se dijo más arriba, tanto el TN como la cláusula de NMF son estándares relativos, porque su contenido depende de las condiciones de tratamiento que reciban terceros, específicamente en el caso del TN, nacionales del Estado receptor. Es por esto que el TN requiere de criterios de comparación que establezcan las circunstancias fácticas en las cuales procede su aplicación, ya que la idea que subyace a este estándar es que los casos similares deben ser tratados de forma similar. En consecuencia, la disposición que contiene este tratamiento debe incorporar la manera en que dicha comparación debe realizarse. Debido a lo anterior, muchas cláusulas incluyen la fórmula “en circunstancias similares” para limitar así el alcance del TN. Pero la inclusión de esta fórmula, sin identificar ni especificar lo que se entiende por circunstancias similares, sólo ayuda a complejizar el problema de aplicación del TN. Así lo expresa Sornarajah, quien agrega que el escaso desarrollo del concepto “en circunstancias similares” en el ámbito de las inversiones, obedece a lo que denomina una extensión “no pensada” de conceptos provenientes del derecho internacional del comercio al ámbito de las inversiones.<sup>174</sup>

En la práctica, por otro lado, resulta difícil pensar en situaciones en las cuales una compañía multinacional se encuentre en circunstancias similares a las de una compañía nacional, que usualmente diferirán no sólo en tamaño y organización, sino que también en las regiones económicas en las que operan. De hecho, el que haya medidas internas que beneficien el desarrollo de empresas nacionales, puede verse como un mecanismo para eliminar el desequilibrio que existe entre las grandes

---

<sup>173</sup> Más adelante se verá que el propósito de evitar la discriminación puede resultar demasiado amplio para este estándar.

<sup>174</sup> SORNARAJAH, M. *Op. cit.* p. 235. El concepto extendido en este caso sería el de “producto similar”, que se usa en el derecho internacional del comercio para la aplicación de la obligación de otorgar trato nacional a los bienes que se mueven transfronterizamente.



multinacionales y las empresas locales. Al garantizar TN a inversionistas extranjeros, el Estado receptor pierde o disminuye sus atribuciones para promover, incentivar o promocionar empresas y actividades nacionales. El hacerlo, infringiría la obligación adoptada.

A continuación, se analizará el origen del TN, como también su alcance y aplicación, para terminar con un estudio de este parámetro en los acuerdos de inversión nacionales.

## ii. Origen comercial del Trato Nacional

Para tratar el origen de este estándar es necesario en primer lugar, distinguirlo de lo que en derecho internacional se conoce como “doctrina Calvo”. Esta doctrina postulaba que el tratamiento debido a la persona y propiedad extranjera, solamente cubriría los mismos derechos que los nacionales del país receptor, aún cuando estos fueran menos favorables que los establecidos por estándares internacionales. Esta posición fue defendida arduamente por países latinoamericanos. Por el contrario, los países exportadores de capital defendían el principio del mínimo estándar internacional, cuando se trataba del trato que debían recibir las personas extranjeras y su propiedad. Esta discusión ha sido superada en materia de inversiones, al asegurarse junto con el trato nacional, trato de nación más favorecida y trato justo y equitativo.

En la práctica convencional, el origen del trato nacional se remonta a los tratados comerciales. Uno de los primeros tratados en postularlo fue el de la Liga Hanseatic (agrupación comercial de los países y pueblos del norte europeo), en los siglos 12 y 13.<sup>175</sup> Luego, este tratamiento se incorporó en los tratados de Amistad Comercio y Navegación de EEUU.

En 1947 el TN fue incorporado en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, más conocido por sus siglas en inglés como GATT. El artículo III de este acuerdo denominado “Trato nacional en materia de tributación y de reglamentación interiores” dispone:

“1. Las partes contratantes reconocen que los impuestos y otras cargas interiores, así como las leyes, reglamentos y prescripciones que afecten a la

---

<sup>175</sup> UNCTAD TN, p. 6.

venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución o el uso de productos en el mercado interior y las reglamentaciones cuantitativas interiores que prescriban la mezcla, la transformación o el uso de ciertos productos en cantidades o en proporciones determinadas, no deberían aplicarse a los productos importados o nacionales de manera que se proteja la producción nacional.”<sup>176</sup>

Esta disposición tiene como principal objetivo, evitar que medidas internas distorsionen los efectos liberalizadores de medidas ya negociadas a nivel fronterizo. Su fin es evitar el proteccionismo. De acuerdo a muchos autores, entre ellos Sornarajah y Kurtz, esta norma habría sido importada del GATT a los acuerdos de inversión. Sin embargo, la estructura del GATT, a diferencia de los acuerdos de inversión, deja a los gobiernos un espacio de maniobra regulatoria importante, al permitir excepciones generales a la aplicación del principio (Artículo XX del GATT).<sup>177</sup>

---

<sup>176</sup> Texto del GATT disponible en:

[http://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/gatt47\\_01\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/gatt47_01_s.htm)

<sup>177</sup> Artículo XX GATT “Excepciones generales:

A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, **ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas:**

- a) necesarias para proteger la moral pública;
- b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales;
- c) relativas a la importación o a la exportación de oro o plata;
- d) necesarias para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo, tales como las leyes y reglamentos relativos a la aplicación de las medidas aduaneras, al mantenimiento en vigor de los monopolios administrados de conformidad con el párrafo 4 del artículo II y con el artículo XVII, a la protección de patentes, marcas de fábrica y derechos de autor y de reproducción, y a la prevención de prácticas que puedan inducir a error;
- e) relativas a los artículos fabricados en las prisiones;
- f) impuestas para proteger los tesoros nacionales de valor artístico, histórico o arqueológico;
- g) relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales;
- h) adoptadas en cumplimiento de obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo intergubernamental sobre un producto básico que se ajuste a los criterios sometidos a las PARTES CONTRATANTES y no desaprobados por ellas o de un acuerdo sometido a las PARTES CONTRATANTES y no desaprobado por éstas\*;
- i) que impliquen restricciones impuestas a la exportación de materias primas nacionales, que sean necesarias para asegurar a una industria nacional de transformación el suministro de las cantidades indispensables de dichas materias primas durante los períodos en que el precio nacional sea mantenido a un nivel inferior al del precio mundial en ejecución de un plan gubernamental de estabilización, a reserva de que dichas restricciones no tengan como consecuencia aumentar las exportaciones de esa industria nacional o reforzar la protección concedida a la misma y de que no vayan en contra de las disposiciones del presente Acuerdo relativas a la no discriminación;

Desafortunadamente, este espacio regulatorio no estaría presente en los APPIs. La gran mayoría de estos acuerdos no cuenta con reservas que permitan a los Estados implementar políticas públicas, sin que a su vez se considere que las medidas adoptadas infringen las obligaciones asumidas. Este problema ha distorsionado el sistema de inversiones, pues en éste, y dado el peculiar mecanismo de solución de controversias, los Estados están mucho más expuestos a sufrir el control de tribunales internacionales.

El sistema GATT, en cambio, permite que la aplicación del TN signifique menos riesgos para un Estado que en materia de inversiones. Las razones son las siguientes:

1. A nivel de OMC los particulares no tienen un acceso directo a los organismos de solución de controversias<sup>178</sup>, por lo tanto, los países tienen un mayor nivel de control sobre los potenciales conflictos y; 2. Porque el artículo III del GATT tiene parámetros que funcionan como guía interpretativa a la hora de determinar si una medida infringe o no el TN. El principal propósito del artículo III es evitar el proteccionismo, lo que hace que el estándar tenga una aplicación a nivel de medidas que afectan la libre competencia en los mercados, y no una función más amplia, como la de evitar cualquier tipo de discriminación o diferencia entre nacionales y extranjeros. De acuerdo a Kurtz, en el ámbito de las inversiones el TN ha adoptado este sentido más amplio de no discriminación, sin a su vez incluir restricciones o límites al estándar. Según este mismo autor, esta interpretación extensiva no sería correcta, porque junto con el TN muchos APPIs incorporan, además, disposiciones expresas sobre no discriminación.<sup>179</sup>

La construcción del TN como mecanismo de protección de la libre competencia, otorga herramientas para establecer si las medidas violan o no este estándar. Así por ejemplo, se hace necesario examinar el mercado en que se desenvuelven las

---

j) esenciales para la adquisición o reparto de productos de los que haya una penuria general o local; sin embargo, dichas medidas deberán ser compatibles con el principio según el cual todas las partes contratantes tienen derecho a una parte equitativa del abastecimiento internacional de estos productos, y las medidas que sean incompatibles con las demás disposiciones del presente Acuerdo serán suprimidas tan pronto como desaparezcan las circunstancias que las hayan motivado. Las PARTES CONTRATANTES examinarán, lo más tarde el 30 de junio de 1960, si es necesario mantener la disposición de este apartado.”

<sup>178</sup> De hecho, las medidas del GATT se aplican a los productos, no a los comerciantes.

<sup>179</sup> KURTZ, Jurgen. *National Treatment, Foreign Investment and Regulatory Autonomy: The search for protectionism or Something More?* En KAHN, Philippe y WALDE, Thomas (Eds.) *New Aspects of International Investment Law*. Hague Academy of International Law, (2007). pp. 311-351.

empresas que reclaman TN, lo que implica analizar si los sectores o los productos se encuentran realmente en circunstancias similares.

Estos criterios no están presentes en los APPIs tradicionales, lo cual conlleva, evidentemente, a interpretaciones extensivas del contenido del TN.

Un ejemplo de este tipo de interpretación se puede encontrar en el caso *Occidental Exploration and Production Company vs. República de Ecuador*, en adelante caso Occidental, seguido bajo el Reglamento de la CNUDMI.<sup>180</sup> Occidental era un inversionista estadounidense que había celebrado un contrato con la empresa ecuatoriana Petroecuador, para la explotación y producción de petróleo en Ecuador. En conformidad al derecho ecuatoriano, la empresa recibía la devolución del IVA por todas aquellas actividades y compras relacionadas con la ejecución del contrato. En 2001 la autoridad tributaria ecuatoriana denegó esos beneficios o devoluciones, debido a que se había negociado con Occidental una nueva fórmula del precio del contrato, el que ahora consistiría en un porcentaje de la producción. De acuerdo a la autoridad tributaria, el nuevo precio incluía la devolución del IVA. Lo destacable de este caso es que el otro gran exportador de petróleo en Ecuador, Petroecuador, se le habían aplicado las mismas normas y, por lo tanto, tampoco había recibido la devolución correspondiente.

Ante esta situación, Occidental demandó al Estado de Ecuador en virtud del APPI Ecuador-Estados Unidos, invocando infracción al TN contemplado en este tratado. Uno de los principales argumentos fue que otras empresas no vinculadas al rubro de explotación petrolera, como exportadores de flores y productos marinos, no habían sido sometidas al mismo trato. El Tribunal dijo en su considerando 173:

“In Fact, “in like situations”, cannot be interpreted in the narrow sense advanced by Ecuador as the purpose of national treatment is to protect investors as compared to local producers, and this cannot be done by addressing exclusively the sector in which the particular activity is undertaken.”

Esta sentencia es sólo un ejemplo del incierto alcance del TN, cuando su aplicación abarca ámbitos que van más allá de posibles diferencias en el ámbito de la competencia en el mercado.

---

<sup>180</sup> *Occidental Exploration and Production Company c. República de Ecuador*. CNUDMI. Decisión Final de 1 de julio de 2004 disponible en: <http://www.investmentclaims.com/decisions/Occidental-Ecuador-FinalAward-1Jul2004.pdf>

Pero el contenido del TN no sólo se ve extendido por discrepancias en torno a su alcance, sino que también porque la estructura misma de los APPIS provoca problemas. Como vimos en el capítulo I, las definiciones de los conceptos claves en este tipo de tratados son mucho más amplias que las definiciones a nivel comercial. Así por ejemplo, la frase “productos del área comercial”, es más bien restringida en comparación al sinnúmero de actividades cubiertas por la definición de inversión (lo cual es otro ejemplo de lo importante de las definiciones dadas en estos tratados y de cómo estas influyen en la delimitación de aplicación de un tratado determinado). El próximo apartado tratará la aplicación de este tratamiento en materia de inversiones.

### iii. Aplicación, alcance y contenido

Los acuerdos de inversión, generalmente contemplan cláusulas que garantizan TN. Algunos países, sin embargo, no incorporan este tratamiento ya que no desean extender todos los privilegios gozados por inversionistas nacionales a los inversionistas extranjeros. Este es el caso de países con un alto nivel de empresas estatales o empresas que gozan de subsidios por parte del Estado. Como ejemplo de países u organizaciones que omiten este estándar se puede nombrar a Noruega, Suecia, China y el ASEAN.<sup>181</sup>

Otros países optan por garantizar un régimen más específico de no discriminación, para lo cual listan una serie de obligaciones relacionadas con el tránsito libre de personas o trabajadores, acceso igualitario en materias de seguridad social para toda persona perteneciente a la organización, etc. Ejemplo de lo anterior son los acuerdos que constituyen la Unión Europea.

La mayoría de los acuerdos contienen disposiciones generales que establecen esta obligación. La formulación del estándar es similar en todos los acuerdos. Su inclusión puede hacerse de forma individual o combinada con los otros estándares de tratamiento a las inversiones. Generalmente va en conjunto con la cláusula de NMF. Los tratados que hacen este tratamiento conjunto incluyen, en la mayoría de los

---

<sup>181</sup> UNCTAD TN, pp. 15-16. Esta situación estaría variando en el caso de China. Sobre la evolución de los tratados de inversión chinos ver: SCHILL, Stephan. *Tearing Down the Great Wall: The New Generation Investment Treaties of The People's Republic of China*. En *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, (2007).

casos, alguna disposición que solucione posibles conflictos entre ambos tratamientos, como por ejemplo, el disponer que prevalezca el tratamiento que sea más favorable. Algunos acuerdos proveen incluso, que la elección del tratamiento más favorable le pertenece al inversionista.

En cuanto a la extensión de esta obligación, existen dos alternativas que consisten en otorgar TN a: 1. Fases pre y post entrada; o 2. Sólo a etapas de post entrada. El momento en que esta obligación comienza a operar es importante para determinar si existen o no derechos de establecimiento. Al otorgar trato nacional antes de la entrada, se está diciendo que los inversionistas extranjeros tienen los mismos derechos que los nacionales y, por lo tanto, tienen un derecho a establecerse en el Estado receptor de la inversión. Por esto, algunos países que permiten este tratamiento incorporan listas de exclusión de áreas económicas sensibles, en las cuales dicho estándar no tiene aplicación. Esas áreas estarían reservadas a inversionistas nacionales o al mismo Estado. Por el contrario, el otorgar TN sólo a nivel de post establecimiento significa que éste sólo se puede exigir una vez que la inversión haya sido admitida y realizada en conformidad con las leyes locales. Este requisito o principio de legalidad va estipulado, usualmente, en un artículo distinto del artículo que contempla los estándares de tratamiento.

Por otro lado, el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, en adelante AGCS, establece un modelo híbrido en que la obligación de otorgar TN no es general. El TN sólo se extiende a aquellas actividades o sectores previamente listados. En este acuerdo el TN es un compromiso específico que, establecido en el artículo XVIII dispone:

“1. En los sectores inscritos en su Lista y con las condiciones y salvedades que en ella puedan consignarse, cada Miembro otorgará a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro, con respecto a todas las medidas que afecten al suministro de servicios, un trato no menos favorable que el que dispense a sus propios servicios similares o proveedores de servicios similares.”<sup>182</sup>

Respecto al contenido sustantivo de este tratamiento, debe tenerse en cuenta lo dicho más arriba en relación a la naturaleza relativa de este estándar. Su aplicación depende del tratamiento dado a un tercero. Por lo tanto, para determinar su aplicación es

---

<sup>182</sup> Texto del AGCS disponible en:  
[http://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/26-gats\\_01\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/26-gats_01_s.htm)

imperativo conocer las condiciones fácticas bajo las cuales operará el TN. Estas condiciones son establecidas en los acuerdos con diversas formulaciones que califican la definición del estándar. Algunos acuerdos dicen que el TN se aplicará en las “mismas circunstancias”. Así por ejemplo, el APPI Belice-Reino Unido, proveía en su artículo 3 (1) que:

“Neither Contracting Party shall (...) subject investments or returns of nationals or companies of the other Contracting Party to treatment less favourable than which it accords in the same circumstances to investments or returns of its own nationals.”<sup>183</sup>

Otra línea seguida para establecer parámetros de comparación es la frase “en circunstancias similares”. Esta línea es más amplia que la anterior y deja más espacio al inversionista para establecer una similitud.

Sin embargo, estas situaciones fácticas son las más problemáticas cuando se trata de este estándar. ¿Quién determina si alguien o algo está en iguales o similares circunstancias que otro? ¿Cuáles son los criterios que se deben seguir para realizar esa determinación? Evidentemente, si los tratados o acuerdos son poco claros respecto a estas circunstancias, las respuestas a las preguntas formuladas las hará el adjudicador en materia de inversiones que será, generalmente, un órgano arbitral internacional. En definitiva, le corresponderá a un órgano internacional el determinar si la legislación o regulación interna es o no discriminatoria.<sup>184</sup>

De acuerdo a un reporte de la OECD de 1985, entre los criterios que deberían observarse para determinar si se está ante iguales o similares circunstancias están: 1. el impacto de políticas de gobierno en campos particulares; y 2. la motivación tras las medidas, esto es, a si su dictación corresponde sólo a que la empresa en cuestión es controlada por extranjeros.<sup>185</sup>

Es de notar, que muchas cláusulas ni siquiera contemplan contextos de comparación para la aplicación de este tratamiento. Esta aproximación al establecimiento del

---

<sup>183</sup> Texto del acuerdo disponible en:

[http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/uk\\_belize.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/uk_belize.pdf)

<sup>184</sup> En este caso, el riesgo que se corre es que el tribunal arbitral no tome en consideración las razones tras la implementación o dictación de las regulaciones, sino que sólo un resultado discriminatorio. Como dice Van Harten respecto de las razones legítimas para favorecer a inversionistas nacionales: ¿Importa o no que el inversionista local opere en una economía más deprimida, que la empresa nacional tenga un mejor registro de contratación de minorías étnicas, o que quizá su mecanismo de producción no dañe el medioambiente? VAN HARTEN, Gus. *Op cit.* p. 84

<sup>185</sup> UNCTAD TN, p.33.

estándar es la que ofrece el alcance más amplio, pues cualquier circunstancia puede ser considerada apta para la aplicación de la norma. El test para el inversionista entonces es mucho más fácil, pues no necesita probar que se encuentra en iguales o similares circunstancias que otros inversionistas.

Algunos países, además de calificar las circunstancias fácticas de aplicación, optan por nombrar las actividades o sectores a los cuales se extiende el TN, y otros, por efectuar excepciones al tratamiento. Ejemplo de ello, es el artículo II N° 1 del APPI Ecuador-Estados Unidos que dice:

“Cada Parte permitirá y tratará las inversiones y sus actividades afines de manera no menos favorable que la que otorga en situaciones similares a las inversiones o actividades afines de sus propios nacionales o sociedades, o las de los nacionales o sociedades de cualquier tercer país, cualquiera que sea la más favorable, sin perjuicio del derecho de cada Parte a hacer o mantener excepciones que correspondan a alguno de los sectores o asuntos que figuran en el Anexo del presente Tratado.”<sup>186</sup>

Debe señalarse también, que la extensión de este tratamiento cubre discriminaciones de jure y de facto. Esto significa que medidas que formalmente no van dirigidas a inversionistas extranjeros, pero que les afecten incidentalmente, también violan el TN.

#### iv. Cláusulas sobre TN en acuerdos suscritos por Chile

Como regla general, los APPIs nacionales incluyen el TN como parte del tratamiento debido a las inversiones. Sólo los APPIs celebrados con Noruega, Rumania, Australia, China y Malasia no tienen una disposición expresa respecto de este estándar. Sin embargo, todos estos acuerdos tienen disposiciones relativas a la no discriminación.<sup>187</sup>

La forma en que se define el tratamiento corresponde a la versión más amplia y general del tipo: “Cada Parte Contratante concederá (...) un tratamiento no menos favorable que aquel que se conceda a las inversiones o retornos de sus propios inversionistas...”<sup>188</sup>

---

<sup>186</sup> Texto de este APPI disponible en:

[http://www.unctad.org/sections/dite/jia/docs/bits/ecuador\\_usa\\_sp.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/jia/docs/bits/ecuador_usa_sp.pdf)

<sup>187</sup> Cabe destacar que en los tratados con China y Malasia, la disposición relativa a la no discriminación sólo se expresa en los artículos referidos a la expropiación.

<sup>188</sup> APPI Austria-Chile, suscrito en 1997.



Respecto a criterios que califiquen este tratamiento o entreguen herramientas de interpretación, es importante destacar que la mayoría de los APPIs nacionales no contemplan circunstancias fácticas en su definición. Sólo el APPI con Austria y Portugal se refieren a “circunstancias similares”. Todos los otros acuerdos bilaterales entregan una descripción amplia y sin criterios de comparación.

Los tratados de libre comercio, por otra parte, sí incorporan criterios del tipo “en circunstancias similares”. Así lo dispone el artículo G-02 del TLC con Canadá:

“2. Cada Parte otorgará a las inversiones de inversionistas de la otra Parte, trato no menos favorable que el que otorga, en *circunstancias similares*, a las inversiones de sus propios inversionistas en el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.”<sup>189</sup> [Énfasis agregado].

En este punto, es importante recordar lo dicho por Kurtz en relación al contenido del TN en los acuerdos de inversión, y de cómo este contenido no debería ser entendido como una prohibición general de no discriminación, sino que como una regla que prohíbe el proteccionismo. Esto porque los APPIS contienen ya una regla específica sobre discriminación. Al respecto, la gran mayoría incluye disposiciones sobre medidas injustificadas o discriminatorias que puedan entorpecer la inversión. Estas disposiciones se encuentran a veces en los mismos artículos de tratamiento a las inversiones, pero en general se las incorpora en los artículos de promoción y protección de inversiones. La prohibición de adoptar medidas discriminatorias podría servir para sostener que, a pesar de carecer de criterios de comparación, los APPIs nacionales entienden el TN como una disposición relacionada con reglas de competencia en el mercado. Por ende, para determinar si existe o no discriminación entre una nacional y un inversionista extranjero, la pertenencia a sectores económicos y la similitud de las circunstancias deberían ser tomadas en cuenta.<sup>190</sup>

---

<sup>189</sup> Texto del TLC disponible en:

[http://www.direcon.cl/documentos/CAPITULO\\_G - TERCERA PARTE.pdf](http://www.direcon.cl/documentos/CAPITULO_G - TERCERA PARTE.pdf)

<sup>190</sup> Es muy importante señalar que los TLC con capítulos de inversión, además de contener la obligación de Trato Nacional, incorporan un artículo denominado “requisitos de desempeño”, que trata de la prohibición de imponer o hacer cumplir ciertas obligaciones como condición para obtener la protección del tratado. Dichos artículos contienen disposiciones que bien pueden interpretarse como relacionadas con el proteccionismo y la mantención de la libre competencia. Como ejemplo se puede citar el artículo G-06 del TLC con Canadá que establece: “1. Ninguna Parte podrá imponer ni hacer cumplir cualquiera de los siguientes requisitos o hacer cumplir ninguna obligación o compromiso, en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción u operación de una inversión de un inversionista de una Parte o de un país no Parte en su territorio para: (...) c.

Las cláusulas de TN tampoco contemplan excepciones que permitan el funcionamiento ordinario de la función regulatoria estatal. De hecho, y como veremos a continuación al tratar la NMF, las excepciones a este tratamiento no resultan aplicables al TN, pues se trata de beneficios concedidos por el Estado receptor a inversionistas extranjeros bajo tratados de integración económica y tratados de doble tributación. La redacción de algunos artículos lo hace explícito. Así lo estipula el artículo IV n 3 del APPI Chile-Ecuador:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso precedente, *el tratamiento de la nación más favorecida no se aplicará* a los privilegios que cada Parte Contratante acuerde a favor de inversionistas de un tercer Estado, como consecuencia de su participación o asociación en una zona de libre comercio, unión aduanera, mercado común o acuerdo regional.”<sup>191</sup>

Por otra parte, los APPIs nacionales tratan el TN en conjunto con su par relativo, el trato de NMF. Algunos APPIs incluso agregan una forma de solución de conflictos entre los dos estándares, estableciendo que predomina el más favorable. Algunos APPIs utilizan “cualquiera sea más favorable”<sup>192</sup>, mientras que otros disponen “siempre cuando este último fuere más favorable” en relación al trato de NMF.<sup>193</sup> Así lo establece el artículo 4 (2) del APPI Chile-Suiza:

“Cada Parte Contratante garantizará en su territorio un tratamiento justo y equitativo para las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante. Este tratamiento no será menos favorable que el acordado por cada Parte Contratante a las inversiones efectuadas en su territorio para sus propios inversionistas o al otorgado por cada Parte Contratante a las inversiones efectuadas en su territorio para inversionistas de la nación más favorecida, siempre y cuando este último tratamiento fuera más favorable.”<sup>194</sup>

Esta última redacción que parece repetirse sobretodo en los tratados entre países latinoamericanos, sugiere que la aplicación del tratamiento de NMF podría estar condicionada a que el TN fuere inferior. De ser este último igual o superior que el trato a otra nación, entonces la NMF no tendría aplicación. En los tratados de

---

adquirir o utilizar u otorgar preferencia a bienes producidos o a servicios prestados en su territorio, o adquirir bienes o servicios de personas en su territorio...”

<sup>191</sup> Ver texto del acuerdo disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/ECUADOR.pdf>

<sup>192</sup> Ver APPIs suscritos por Chile con: Austria; Dinamarca (que agrega que la elección la hace el inversionista); Finlandia; Grecia; República Checa; Suecia; Ucrania; Filipinas y Venezuela.

<sup>193</sup> Ver APPIs suscritos por Chile con: Bélgica; Croacia; Francia; Suiza; Bolivia; Cuba; El Salvador; Guatemala; Honduras; Nicaragua; Panamá; Paraguay; Perú y Uruguay.

<sup>194</sup> Texto completo en: <http://www.direcon.cl/documentos/SUIZA.pdf>

Dinamarca y Costa Rica, la elección de lo que constituye un trato más favorable queda a criterio del inversionista.

Respecto a la aplicación del TN a etapas de preestablecimiento, la tendencia es sólo a otorgarlo a la fase de postestablecimiento.

La celebración de los TLC ha marcado un cambio en la forma de entender el TN. En primer lugar, estos tratados contemplan de forma expresa la extensión de la protección al establecimiento de una inversión (ver artículo G-02 TLC con Canadá citado más arriba). Pero lo más significativo, es que los TLC incorporan una serie de mecanismos que permiten a los Estados eximirse del cumplimiento de determinadas obligaciones del tratado, porque ellas colisionan con normas del ordenamiento jurídico interno. En el caso del TN, los TLC permiten o hacen lícitas ciertas situaciones que bajo otras circunstancias se entenderían como violaciones de este estándar. Así por ejemplo, el TLC con Japón en su artículo 79 dispone que el trato nacional y la cláusula de nación más favorecida no se aplican a las medidas disconformes listadas por Chile. Estas medidas aparecen enumeradas en el anexo 6 del acuerdo. Dentro de las medidas, se encuentran diversos derechos y actividades a las cuales sólo pueden acceder personas naturales o jurídicas chilenas.<sup>195</sup>

### 3. Cláusula de la Nación más Favorecida

#### i. Introducción

La cláusula de “Nación más favorecida”, en adelante NMF, es un elemento clave de los acuerdos internacionales de inversión. Significa que el país receptor de la inversión debe tratar a los inversionistas extranjeros no menos favorablemente que a los inversionistas de cualquier otro tercer Estado.

Esta cláusula implica un desequilibrio contractual: beneficios o derechos negociados entre dos o más Estados pueden ser extendidos a un tercero que no fue parte de la negociación preliminar, como tampoco del acuerdo que genera los derechos. En este sentido, este tratamiento podría haberse considerado como una excepción al principio *res inter alios acta*, que postula que los actos o contratos celebrados entre las partes de un acuerdo sólo tienen un efecto relativo y que, por lo tanto, afectan sólo a los

---

<sup>195</sup>Ver texto del anexo 6 del TLC con Japón disponible en: <http://www.direcon.cl/pdf/20 - ANEXO 6 - Medidas Vigentes Chile.pdf>

contratantes. Sin embargo, esta excepción es sólo aparente, porque el hecho de extender derechos y beneficios que se encuentran en otro tratado se explica sólo porque así se ha pactado, por lo tanto, siempre se actúa dentro del ámbito de consentimiento de las partes.

En cuanto a los derechos que pueden extenderse, se ha postulado que los beneficios a los que puede optar un inversionista de un tercer país, son sólo aquellos otorgados usual y generalmente por el país receptor a los inversionistas de otros países, y bajo ninguna perspectiva a aquellos beneficios denominados “one-off deals” (tratos o acuerdos únicos), mediante los cuales un Estado puede otorgar incentivos especiales a un determinado inversionista a través de contratos individuales.<sup>196</sup> En estos casos la libertad contractual prevalecería sobre la NMF.<sup>197</sup> Estos incentivos especiales podrían reclamarse vía NMF, sólo si se convirtieran en una práctica general del Estado que los otorga.

El estándar de NMF se ha vuelto un importante mecanismo para el multilateralismo y la liberación comercial, recibiendo aplicación tanto en las áreas de comercio como de inversión. La principal función de esta cláusula es prevenir la discriminación entre inversionistas de distintos países, fomentado de esa forma la competencia en el mercado. Este capítulo se enfocará sólo en el área de inversión, porque la operación de la cláusula difiere en ambos ámbitos.<sup>198</sup>

Algunos autores han justificado la cláusula de NMF en el principio de igualdad de los Estados, dado que a nivel internacional todos los Estados son iguales, estos

---

<sup>196</sup> *Most Favoured Nation Treatment*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, (1999), [en adelante UNCTAD NMF], pp. 6-7. Disponible en: <http://www.unctad.org/en/docs/psiteiitd10v3.en.pdf>

<sup>197</sup> Respecto a las excepciones a la aplicación de la NMF en la jurisprudencia CIADI, R. Dolzer expresa que tanto en el caso Maffezini como en el caso Tecmed, los tribunales arbitrales declararon que acuerdos específicos en los tratados de inversión constituían un límite a la operación de la cláusula de NMF, porque evidenciaban una voluntad explícita de las partes contratantes. De esta manera, la disposición que ordena el agotamiento de los recursos internos y disposiciones del tipo *fork in the road*, serían una manifestación de voluntad explícita de las partes que no puede ser anulada por la NMF. DOLZER, R. y MYERS, Terry. *After Tecmed: Most-Favored-Nation Clauses in Investment Protection Agreements*. Foreign Investment Law Journal - ICSID Review, vol. 19, N° 1, (2004). pp. 49-60.

<sup>198</sup> Aunque sí se sobreponen, la NMF en el comercio sólo se aplica a medidas a nivel fronterizo, especialmente a tarifas. La operación conjunta e interrelacionada de la NMF, a nivel de comercio e inversiones, permite que las corporaciones transnacionales elijan la forma precisa en que operarán en el Estado receptor. UNCTAD NMF, p. 8.

deberían poder optar a los mismos beneficios.<sup>199</sup> No obstante esta posición, la opinión dominante sostiene que la NMF sólo existe donde un tratado la establece.<sup>200</sup> Sin un establecimiento expreso, beneficios garantizados en un determinado acuerdo no podrían ser extendidos a terceros. Esta opinión indicaría que existe un nivel de voluntariedad en la extensión de los derechos a través del mecanismo de la NMF, al menos, cuando se decide su incorporación en los tratados. La voluntad inicial es importante, ya que la NMF importa un desbalance contractual en aquellos acuerdos celebrados con anterioridad a los que contienen mejores beneficios. Si un futuro tratado otorga mayores privilegios, las partes del tratado anterior tienen derecho a reclamarlos sin que se produzca a su vez, una modificación en el acuerdo anterior. Esta situación impone mayores deberes sobre una de las partes del acuerdo sin que, al mismo tiempo, existan las debidas contraprestaciones que justifiquen el acceso a los mejores derechos. En el fondo, la exigencia de voluntad expresa no es más que otra aplicación del principio de soberanía de los Estados y de la libertad de acción que éste principio implica. Así, no se puede imponer la obligación a un Estado de otorgar tratamiento de NMF, a menos que el Estado haya asumido dicha obligación internacional.<sup>201</sup>

A continuación, se examinará brevemente el origen de esta disposición. Luego el desarrollo y aplicación de este tratamiento, así como también los distintos tipos de cláusulas de NMF que existen a nivel doctrinario, para concluir con el examen de las cláusulas nacionales.

## ii. Origen

La NMF nació como estándar en el derecho del comercio internacional.

Uno de los primeros ejemplos lo encontramos en un tratado firmado por el rey Enrique V de Inglaterra en 1417, para incentivar el intercambio económico con Flandes. De acuerdo a este tratado, a los barcos ingleses se les confería el derecho a

---

<sup>199</sup> *Most Favoured Nation Treatment in International investment law*. OECD Working Papers on International Investment Law, (2004/2), [en adelante OECD NMF], p. 2. Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/21/37/33773085.pdf>

<sup>200</sup> De hecho, el artículo 1 del Borrador de Artículos sobre Nación Más Favorecida, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional, establece que los artículos se aplican a las cláusulas *contenidas en tratados celebrados entre Estados*.

<sup>201</sup> Draft Articles on most-favored-nation clauses with commentaries. Yearbook of the International Law Commission, 1978, vol. II, Part Two, pp. 24. [En adelante Draft Articles].

usar los puertos de Flandes “in the same way as French, Dutch, Sealander and Scots”.<sup>202</sup>

Fue sólo hasta el siglo 17 que la NMF se comenzó a aplicar a cualquier tercer Estado. El primer tratado moderno que incluyó una NMF incondicional fue el tratado de Cobden, celebrado entre el Reino Unido y Francia en enero de 1860.

En 1929 el Consejo de la Liga de las Naciones adoptó un modelo de NMF respecto de las tarifas. Después de la Segunda Guerra Mundial, la NMF reapareció en las negociaciones de la Carta de la Habana. Además, en 1947 la cláusula se incluyó en el GATT, el cual en su artículo I contiene uno de los ejemplos más clásicos de cláusula incondicional.

En relación a las inversiones, el desarrollo de la cláusula de NMF se volvió común en 1950, con la inclusión de este tratamiento en los acuerdos de inversión.<sup>203</sup> La cláusula de NMF fue incluida en estos tratados desde un comienzo. En consecuencia, este estándar es más antiguo que su paralelo de Trato Nacional.

### iii. Desarrollo, aplicación y jurisprudencia

El concepto de cláusula de la nación más favorecida fue desarrollado principalmente por la jurisprudencia mercantil internacional, en conjunto con los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional, en adelante CDI, que en 1964 elaboró un proyecto de artículos sobre el tema.<sup>204</sup> En 1978 se adoptó el “Proyecto de Artículos sobre Nación Más Favorecida”,<sup>205</sup> que fue sometido a votación a la Asamblea General de la ONU. El proyecto no obtuvo respaldo suficiente como para convertirse en convención, sin embargo, el desarrollo de esta materia por parte de la CDI significó un gran avance en cuanto a la definición de la cláusula, su interpretación y alcance.

De acuerdo a la CDI, la cláusula de NMF es un dispositivo convencional, o como dice el artículo 4 del borrador:

---

<sup>202</sup> UNCTAD NMF, p. 12.

<sup>203</sup> De hecho, el primer APPI celebrado entre Alemania y Pakistán en 1959 tenía en su artículo 3 la siguiente disposición: “...With respect to the transfer of such payments each Party shall accord to the requests of nationals or companies of the other Party treatment no less favourable than is accorded to comparable requests made by nationals or companies of a third party.”

<sup>204</sup> OECD NMF, p. 8.

<sup>205</sup> Texto del Proyecto de Artículos disponible en:

[http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1\\_3\\_1978.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_3_1978.pdf)

“(NMF) clause is a treaty provision whereby a State undertakes an obligation towards another State to accord most-favoured-nation treatment in an agreed sphere of relations.”<sup>206</sup>

Esta obligación se asume generalmente de forma sinalagmática, como veremos más adelante en la clasificación de las cláusulas. Al ser una disposición convencional su interpretación debe ceñirse, de acuerdo a lo señalado por la CDI, a las reglas de interpretación establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.<sup>207</sup>

La jurisprudencia internacional, por otra parte, y de forma paralela al desarrollo de la Comisión, ha contribuido con algunos conceptos claves en este ámbito. Así por ejemplo, la CIJ en el caso *Anglo-Iranian Oil Company* definió lo que hoy en día se conoce como “tratado básico”.<sup>208</sup> Este último es el acuerdo celebrado entre el Estado otorgador de los beneficios y el Estado beneficiario, que contiene la cláusula de NMF, y que establece el vínculo jurídico con el tratado celebrado entre el Estado otorgador y terceros países. Este acuerdo limita los alcances de la cláusula NMF a aquellas materias contenidas en el tratado básico mismo. Al respecto la CJI lo definió como:

“This is the treaty which establishes the juridical link between the beneficiary state and a third party treaty and confers upon that state the rights enjoyed by the third party. A third party independent and isolated from the basic treaty, cannot produce any legal effect as between [...] the beneficiary State and [...] the granting State (it is *res inter alios acta*).”<sup>209</sup>

Por otra parte, muy vinculado con la extensión de la NMF se desarrolló el principio *ejusdem generis*. Este principio establece que una cláusula NMF sólo puede atraer materias que pertenecen a su misma categoría. En el fondo, sólo se puede acceder a los privilegios dispuestos en tratados de terceras partes cuando éstos se relacionan con la cláusula de NMF en las materias, personas y cosas cubiertas por dicha

---

<sup>206</sup> En los comentarios al Proyecto, se destaca que se seguirá utilizando la palabra nación, a pesar de que el tratamiento sea una obligación entre Estados. Draft Articles, p. 18.

<sup>207</sup> OECD NMF, p. 9.

<sup>208</sup> *Anglo-Iranian Oil Co. (Reino Unido c. Irán)*. CIJ (1952). Sentencia disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/16/1997.pdf>

<sup>209</sup> Este caso se generó por la nacionalización de la industria del petróleo por parte del gobierno de Irán. Ante la CIJ, el Reino Unido invocó los tratados celebrados por Irán y Dinamarca e Irán y Suiza, que garantizaban a las personas y su propiedad un tratamiento en conformidad al derecho internacional. La Corte finalmente desestimó el caso por considerar que carecía de jurisdicción. OECD NMF, p. 9.

cláusula. Es debido a este principio que el contenido de la cláusula de NMF es contingente, ya que depende de las materias que pueda efectivamente atraer la cláusula en sí. De esta forma, si una cláusula establece que en materias marítimas se otorgará tratamiento de NMF, pero el Estado que otorga no ha celebrado otros tratados similares con otros Estados, entonces la NMF no puede adquirir contenido.

El artículo 9 del Proyecto denominado “Scope of rights under a most-favoured-nation clause” dispone en su artículo 1 que:

“Under a most-favoured-nation clause the beneficiary State acquires, for itself or for the benefit of persons or things in a determined relationship with it, only those rights which fall within the limits of the subject-matter of the clause.”<sup>210</sup>

Es importante destacar que no sólo la materia de la cláusula es un límite, sino que también lo son las cosas y personas que tengan una determinada relación con el Estado beneficiario. En el caso de los acuerdos de inversión, los Estados se obligan a otorgar trato de NMF a las inversiones e inversionistas. La CDI, al agregar a su definición la idea de “determinada relación”, establece un contexto de comparación para la aplicación de la cláusula que actualmente no está presente en todos los acuerdos sobre inversión, a excepción de los tratados de EEUU.

Hoy en día, es claro que los tratados en cuestión no necesariamente deben ser de la misma categoría, y que la identidad de las materias se refiere sólo a las contenidas en las cláusulas.<sup>211</sup>

En teoría parece sencillo definir cuáles son las materias a las cuales se aplica una cláusula NMF, sin embargo, el determinar el alcance exacto de las mismas ha sido ampliamente debatido en la jurisprudencia. Una de los aspectos más discutidos ha sido el determinar si la cláusula de NMF cubre o no aspectos procesales, especialmente cuando ésta no contiene limitación alguna a su aplicación. Al respecto, uno de los primeros casos que cubrió esta materia fue el caso *Ambiatelos*. En este caso, Grecia demandaba que el *Ambiatelos*, un barco de propiedad griega, había sufrido denegación de justicia en el Reino Unido. Esta fue la primera vez en que un tribunal internacional se pronunció sobre la relación entre la NMF y los derechos procesales. El caso fue finalmente decidido por una Comisión de Arbitraje que

---

<sup>210</sup> Draft Articles, p. 27.

<sup>211</sup> OECD NMF, p. 11.



rechazó la demanda. Sin embargo, el razonamiento de la Comisión tuvo una gran influencia en la jurisprudencia relativa a inversiones, al establecer que si bien era cierto que la administración de justicia era un tema distinto al comercio y la navegación, esto no era así cuando se lo miraba en conexión a la protección de los derechos de los comerciantes. Por lo tanto, y debido a esta conexión, no se podía excluir a la administración de justicia de los temas cubiertos por la cláusula NMF.

Expresamente dijo:

“...It is true that the administration of justice, when viewed in isolation is a subject matter other than commerce and navigation, but this is not necessarily so when it is viewed in connection with the protection of the rights of traders. Protection of the rights of traders naturally finds a place among the matters dealt with by treaties of commerce and navigation...Therefore it cannot be said the administration of justice, in so far as it is concerned with the protection of these rights, must necessarily be excluded from the application of the most-favoured-nation clause, when the latter includes “all matters relating to commerce and navigation.”<sup>212</sup>

El caso *Ambiatelos* sentó un importante precedente a nivel internacional. Parte de su importancia en el área de inversiones se debe a su posterior referencia en un famoso caso CIADI (caso *Maffezini*). A continuación se analizará parte de esta jurisprudencia en materia de inversiones.

### *Jurisprudencia Ciadi*

**Caso Maffezini v. España.**<sup>213</sup> En 1989 un inversionista argentino llamado Emilio Agustín Maffezini, demandó a España ante el CIADI por el trato que habría recibido su inversión en una empresa dedicada a la producción y distribución de productos químicos, por parte de entidades españolas. Ante la demanda, España alegó que el demandante no había agotado los recursos internos, tal como lo establecía el artículo X del APPI Argentina-España. El demandante por su parte, invocó vía NMF el APPI Chile-España, el cual no contenía la obligación de someter las disputas a las cortes nacionales. El APPI Argentina-España tenía una cláusula no muy clara en lo concerniente a la solución de controversias inversionista-Estado, que otorgaba a los

---

<sup>212</sup> OECD NMF, p. 11.

<sup>213</sup> *Maffezini v. España*. Caso CIADI N° ARB/97/7, decisión sobre jurisdicción (2000), [en adelante *Caso Maffezini*]. Disponible en: [http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC565\\_Sp&caseId=C163](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC565_Sp&caseId=C163)

tribunales nacionales la oportunidad de considerar una controversia durante un plazo de dieciocho meses antes de que ésta pudiera someterse a arbitraje. El APPI Chile-España, en cambio, no contenía una disposición de ese tipo, y sólo se limitaba a disponer que el inversionista podía optar por el arbitraje después de expirado el plazo de seis meses previsto para negociaciones.<sup>214</sup>

El tribunal concluyó que el APPI Argentina-España no establecía explícitamente, si las garantías procesales estaban o no incluidas dentro de la cláusula de NMF, y como ésta contenía una disposición relacionada con su aplicación del tipo “todas las materias regidas por el presente Acuerdo”, se hacía necesario examinar la intención de las partes para determinar el alcance de la NMF. En la sentencia se señala que:

“... el Tribunal considera que hay razones suficientes para concluir que actualmente los arreglos relativos a la solución de controversias están inseparablemente vinculados con la protección de inversionistas extranjeros, como también se vinculan con el resguardo de los derechos de los comerciantes en los tratados de comercio...”<sup>215</sup>

Luego, en el considerando 56 agregó:

“De lo expuesto puede concluirse que si un tratado con un tercero contiene disposiciones para la solución de controversias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquellos del tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula de la nación más favorecida pues son plenamente compatibles con el principio *ejusdem generis*. Naturalmente que el tratado con el tercero tiene que referirse a la misma materia del tratado básico, sea ésta la protección de inversiones extranjeras o la promoción del comercio, puesto que las disposiciones sobre solución de controversias se aplicarán en el contexto de estas materias; de otro modo se incurriría en contravención de dicho principio. Esta aplicación de la cláusula de la nación más favorecida tiene, sin embargo, algunos límites derivados de consideraciones de política pública que se expondrán más adelante.”<sup>216</sup>

---

<sup>214</sup> El artículo X del APPI Argentina-España disponía lo siguiente: “... 2. Si una controversia en el sentido del párrafo 1 no pudiera ser dirimida dentro del *plazo de seis meses*, contando desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya promovido, *será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión*. 3. La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes: a) a petición de una de las partes en la controversia, *cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses* contados a partir de la iniciación del proceso previsto por el apartado 2 de este artículo, o cuando exista tal decisión pero la controversia subsiste entre las partes...” [Énfasis agregado].

Texto del APPI disponible en:

[http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/argentina\\_spain\\_sp.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/argentina_spain_sp.pdf)

<sup>215</sup> Caso Maffezini, pár. 54.

<sup>216</sup> Caso Maffezini, pár. 56.

De esta forma, por un lado el tribunal arbitral interpreta de forma amplia el alcance de la cláusula de NMF y, por otro, menciona consideraciones de política pública que lo limitan. Entre los ejemplos de disposiciones de política pública dados por el tribunal figuran: 1. Cláusulas que impongan deber de agotar los recursos internos; 2. Cláusulas del tipo *fork in the road* (bifurcación en el camino); 3. Cláusulas que confieran jurisdicción a un mecanismo determinado de arbitraje (como por ejemplo CIADI o CNUDMI); y 4. Cláusulas que establezcan sistemas de arbitraje altamente institucionalizado, que incorpore reglas de procedimiento precisas, como el caso del TLCAN. En el mismo considerando el tribunal explica porqué estas disposiciones representarían una restricción a la aplicación de la cláusula de NMF.

“... es claro que ninguno de ellos podría ser alterado mediante la aplicación de la cláusula *pues estas disposiciones específicas denotan la voluntad precisa de las partes contratantes*. Sin duda que las partes o los tribunales identificarán otros elementos de política pública que limiten el funcionamiento de la cláusula. En todo caso, debe quedar clara la distinción entre la legítima extensión de derechos y beneficios mediante la aplicación de la cláusula, por una parte, y la alternativa nociva de tratar de aplicar diversos tratados para alterar los objetivos de política en que se fundamentan algunas disposiciones específicas, por la otra.”<sup>217</sup> [Énfasis agregado].

En el fondo, la regla que el tribunal establece es que existen ciertas disposiciones en los acuerdos de inversión que son establecidas expresamente por las partes, siguiendo objetivos de política pública, y que ante esas manifestaciones de voluntad específicas no cabría la aplicación de la cláusula de NMF para extender, ilegítimamente, los beneficios de otro tratado. Sin embargo, el tribunal -aparte de los ejemplos citados-, no da más luces sobre lo que debe entenderse por disposiciones de política pública.

Este caso generó mucha polémica por su ligera interpretación de la cláusula de consentimiento del APPI, y por la extensión de beneficios procesales a través de la cláusula de NMF. A pesar de esto, el tribunal falló en contra del inversionista en el fondo del caso.

---

<sup>217</sup> Caso Maffezini, pár. 63.

Para otros casos CIADI en los cuales se ha invocado la cláusula de NMF ver: Salini Costruttori S.p.A and Italstrade S.p.A. v. Jordan. Caso N° ARB/02/13, decisión sobre jurisdicción donde se rechazó la invocación de la NMF (2004); Siemens, A. G. v. Argentina. Caso N° ARB/02/8, decisión sobre jurisdicción (2004).

Por otro lado, en el caso **Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. México**<sup>218</sup>, otro tribunal CIADI se pronunció sobre la relación entre la aplicación temporal de un tratado y una cláusula NMF. Tecmed era una compañía española que tenía un depósito de residuos tóxicos en México, a la cual no se le renovó la licencia para poder manejar este depósito. Tecmed demandó al Estado de México por haber violado el estándar de trato justo y equitativo y, a la vez, las reglas sobre expropiación.

El demandante invocó la aplicación retroactiva del APPI España-México, argumentando que el APPI Austria-México tenía a su vez una disposición de ese tipo. El tribunal decidió que la aplicación temporal de los tratados era una materia central de estos y que, por lo tanto, debía considerarse como especialmente negociada por las partes contratantes. Por ende, rechazó la invocación de la cláusula NMF.<sup>219</sup>

En el caso **Plama Consortium Ltd. v. Republica de Bulgaria**<sup>220</sup>, el demandado argumentó subsidiariamente en favor de la jurisdicción del CIADI, alegando que en virtud de la NMF Bulgaria habría consentido a la jurisdicción de este organismo, no obstante la ausencia de una disposición que le otorgara competencia en el tratado respectivo. El demandante alegaba que la cláusula en el APPI entre Bulgaria y Chipre se aplicaba a todos los aspectos del tratamiento, y que éste cubría las disposiciones sobre solución de controversias de los otros tratados respecto de los cuales Bulgaria era parte. Sin embargo, el APPI Bulgaria-Chipre proveía un acceso limitado al sistema de arbitraje internacional (principalmente arbitrajes *ad hoc*), para determinar solamente el monto de compensación adeudado en caso de expropiación. El demandante invocó el caso Maffezini como sustento de su demanda, pero el tribunal estimó que la cláusula de NMF en cuestión no podía comprender las disposiciones relativas a la solución de controversias, y dispuso que:

---

<sup>218</sup> Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. Estados Unidos Mexicanos. Caso CIADI N° ARB (AF)/00/2. [En adelante caso Tecmed]. Laudo de 29 de mayo de 2003 disponible en: [http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC602\\_Sp&caseId=C186](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC602_Sp&caseId=C186)

<sup>219</sup> Caso Tecmed, pár. 69.

<sup>220</sup> Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria. Caso CIADI N° ARB/03/24. [En adelante caso Plama]. Laudo de 8 de febrero de 2005 disponible en: [http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC521\\_En&caseId=C24](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC521_En&caseId=C24)

“Contracting States cannot be presumed to have agreed that [dispute settlement] provisions can be enlarged by incorporating dispute resolution provisions from other treaties negotiated in an entirely different context.”<sup>221</sup>

Tal como lo expresa el tribunal en el caso Plama, no se puede presumir que los Estados hayan accedido a extender vía NMF, su consentimiento a mecanismos internacionales de solución de controversias. Como se verá en el próximo capítulo, los mecanismos internacionales de solución de disputas relativas a inversiones, presentan características que los hacen muy distintos a otros mecanismos de resolución de conflictos a nivel internacional. Dichas características significan un alto nivel de exposición para los Estados.

Así, en primer lugar, en el ámbito de las inversiones los inversionistas pueden acudir por sí mismos a organismos internacionales, sin mediar la intervención del Estado del cual son nacionales. Muchas veces, sin siquiera tener la obligación de agotar los recursos internos. Asimismo, el ámbito material de las disputas comprende importantes áreas de regulación estatal interna que resulta complejo dejar a merced de órganos de solución internacionales que funcionan con una lógica de derecho privado (especialmente arbitraje comercial). Por último, los Estados se exponen a millonarias condenas de ser considerados responsables de violar las normas de tratados de inversión. Todas estas características se explican sólo gracias a que ha habido consentimiento estatal de por medio.

Por otro lado, hay quienes afirman que el análisis del alcance de la cláusula de NMF -esto es, a si se aplica sólo a disposiciones sustantivas o procesales-, es incorrecto.<sup>222</sup>

Y es que en la actualidad, el problema de la aplicación de la cláusula de NMF sólo se ha enfocado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, en la posibilidad de extender vía NMF, disposiciones de otros acuerdos de inversión. Esta aproximación no sólo sería incorrecta, sino que también incentivaría el fenómeno denominado “selección de tratados” (*treaty shopping*) que, sin duda, estaba fuera de la intención de las partes al momento celebrar los numerosos acuerdos sobre inversión.

---

<sup>221</sup> Caso Plama, pár. 207. Para más información sobre este caso ver: TEITELBAUM, Ruth. *Who's afraid of Maffezini? Recent Developments in the interpretation of Most Favored Nation Clauses*. Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, (2005).

<sup>222</sup> FAYA RODRÍGUEZ, Alejandro. *The Most-Favored-Nation Clause in International Investment Agreements. A Tool for Treaty Shopping?* En Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, (2008). pp. 89-102.

Tal como se dijo respecto del TN, el propósito del trato de nación más favorecida es resguardar la igualdad de oportunidades a nivel de mercado, para fortalecer así la competencia.<sup>223</sup> Este objetivo no se logra aplicando artículos o derechos de terceros tratados, a menos que dichos derechos estén relacionados con la mantención de las condiciones de competencia, como es el caso del derecho de libre transferencia establecido en la mayoría de los APPIs. La cláusula de NMF busca evitar la discriminación basada en la nacionalidad de los inversionistas, por lo tanto, si no se demuestra que existe una desigualdad en el trato que recibe un inversionista *vis a vis* otro inversionista, no se puede hablar de violación a la NMF. Es más, las condiciones de competencia no están establecidas en los APPIs, que generalmente contienen estándares generales de protección y promoción de inversiones, sino que en la legislación y práctica interna del Estado. Es ahí donde se deben buscar los distintos beneficios y derechos que recibe un inversionista, en desmedro de otro.

Por otra parte, se debe tomar en cuenta que el rol de un tribunal arbitral es examinar si hubo o no una violación a un acuerdo sobre inversión, y de haberla, condenar en daños. Sin embargo, este examen sólo puede hacerse si el Estado en cuestión estaba sometido a la obligación que se afirma haber violado. Al extenderse derechos de un tratado a otro, se obliga a los Estados a respetar una obligación que no tenían respecto del inversionista que invoca la NMF. Distinto es el caso si se interpreta la cláusula de NMF como un mecanismo para asegurar la igualdad entre inversionistas, porque ese es el verdadero contenido de la obligación de otorgar trato de NMF.

En consecuencia, el extender disposiciones sustantivas y procesales de un tratado a otro que no tengan una conexión con la mantención de la libre competencia, resulta contrario al verdadero propósito de la cláusula de NMF. El que un tratado contenga una redacción más favorable de una respectiva garantía, no sería suficiente si no se logra probar que dicha diferencia provoca un verdadero perjuicio económico.

---

<sup>223</sup> Ibid. p.91.

#### iv. Tipos de cláusulas

Las cláusulas que estipulan tratamiento de NMF son todas muy similares. No obstante, existen ciertas clasificaciones que ayudan a delimitar o al menos describir el ámbito de aplicación de las mismas.

Se puede distinguir entre cláusulas condicionales e incondicionales, dependiendo de si exigen el cumplimiento de condiciones previas para proceder a su aplicación como, por ejemplo, el exigir una renegociación del tratado que contempla los derechos que desean extenderse.

Existen cláusulas unilaterales o recíprocas. Esta clasificación se relaciona con el número de partes obligadas por la NMF, es decir, si sólo se obliga a una de las partes o ambas. Actualmente, la mayoría de las cláusulas estipuladas en los APPIS son cláusulas sinalagmáticas, pues las partes del acuerdo de inversión quedan obligadas de forma recíproca a extender trato de nación más favorecida a los nacionales de la otra parte contratante.<sup>224</sup>

También hay cláusulas limitadas e ilimitadas, dependiendo de si contemplan o no restricciones a la aplicación del estándar, es decir, limitaciones en razón de tiempo, territorio o alcance de la NMF respecto de las materias que cubre el acuerdo que la contempla. El artículo IV N° 2 del APPI Argentina-España, nos ofrece un ejemplo de formulación no restringida. Este artículo dispone:

“En todas las materias regidas por el presente acuerdo, este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte a las inversiones realizadas en su territorio, por inversionistas de un tercer país.”<sup>225</sup>

Por otro lado, un ejemplo de disposición restringida lo encontramos en el modelo de APPI de Holanda, que delimita la operación de la cláusula al manejo, uso y goce, o disposición de las inversiones. El modelo establece:

“1) Each Contracting Party shall ensure fair and equitable treatment to investments of investors of the other Contracting Party and shall not impair, by unreasonable or discriminatory measures, the operation, management, maintenance, use, enjoyment or disposal thereof by those investors. 2. More

---

<sup>224</sup> De acuerdo a la CDI, las cláusulas unilaterales eran comunes en los regímenes capitulares y junto con ellos han desaparecido. Por otra parte, puede que las circunstancias o contexto de las obligaciones que genera la cláusula de NMF, haga que sólo una de las partes quede obligada por la disposición. Así sucede, por ejemplo, en tratados que prometen entregar trato de NMF a naves o barcos, y uno de los países no tiene salida directa al océano. Draft Articles, pp. 18-19.

<sup>225</sup> Texto del acuerdo disponible en:

[http://www.unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/argentina\\_spain\\_sp.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/iaa/docs/bits/argentina_spain_sp.pdf)

particularly, each contracting Party shall accord to such investments treatment which in any case shall not be less favourable than that accorded either to investments of its own nationals or to those of nationals of third State, whichever is more favourable to the national concerned.”<sup>226</sup>

Tan importante ha llegado a ser la delimitación del alcance de la NMF, que en algunos acuerdos se ha especificado a través de notas al pie que ésta sólo se aplica a esas materias y no a las disposiciones de solución de controversias.<sup>227</sup>

Otra clasificación relacionada con los acuerdos sobre inversión, es aquella que se refiere a la extensión del tratamiento a una fase de *pre* o *post* establecimiento. Los tratados celebrados por EEUU y ahora por Canadá, siguen la línea de extender el tratamiento a una etapa de *pre* establecimiento, esto porque la mayoría de sus acuerdos establecen un derecho de entrada, lo cual hace imprescindible la aplicación de las garantías en esa etapa. Los modelos europeos por otro lado, generalmente adoptan cláusulas de *post* establecimiento.

El artículo 3 del APPI Costa Rica-Corea ofrece un claro ejemplo de aplicación *post* establecimiento, al estipular en la cláusula de tratamiento, artículo N° 3 que:

“1.- *Una vez que la inversión haya sido admitida*, cada Parte Contratante otorgará a las inversiones y rentas...”<sup>228</sup> [Énfasis agregado].

La mayoría de las cláusulas a nivel mundial son incondicionales y limitadas. A continuación, se exponen distintos tipos de cláusulas que contienen tratamiento de NMF.

El Artículo II del Acuerdo General sobre Comercio en Servicios (AGCS), establece la siguiente cláusula.

“1. Con respecto a toda medida abarcada por el presente Acuerdo, cada Miembro otorgará *inmediata e incondicionalmente* a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro *un trato no menos favorable que el que conceda* a los servicios similares y a los proveedores de servicios similares *de cualquier otro país*.”<sup>229</sup> [Énfasis agregado].

Por otra parte, el artículo 1103 del TLCAN agrega la frase “en circunstancias similares”.

---

<sup>226</sup> OECD NMF, p. 4.

<sup>227</sup> Ver Tratado de Libre Comercio de América del Norte CAFTA nota al pie al artículo 1103. En TEITELBAUM, Ruth. *Op. cit.* p. 229.

<sup>228</sup> Ver texto del acuerdo disponible en:

[http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/korea\\_costarica\\_sp.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/korea_costarica_sp.pdf)

<sup>229</sup> Texto del AGCS disponible en: [http://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/26-gats\\_01\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/26-gats_01_s.htm)



“Artículo 1103: Trato de nación más favorecida:  
2. Cada una de las Partes otorgará a *las inversiones* de inversionistas de otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en *circunstancias similares*, a las inversiones de inversionistas de cualquier otra Parte o de un país que no sea Parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones.”<sup>230</sup> [Énfasis agregado].

La frase en “circunstancias similares” resulta sumamente importante, porque indica que no todos los inversionistas deben ser tratados “igualmente”. La igualdad en el trato sólo puede ser exigida cuando las circunstancias objetivas lo justifican. Así, la NMF no impide a un Estado receptor tratar de forma diferente a actividades de sectores económicos diversos. Pero, si las diferencias mencionadas conllevan una discriminación de facto respecto de inversionistas de una determinada nacionalidad, eso sí podría constituir una violación al tratamiento de NMF. Esta formulación intenta usar las similitudes como base de comparación, e.g. categorías de industrias, tipos de tratados, etc.<sup>231</sup> Esta interpretación de la fórmula “en circunstancias similares” en materia de NMF, sería compatible con lo esbozado más arriba respecto de los contextos comparativos del TN.

El problema de los contextos comparativos y los límites a los estándares relativos es mucho más complejo cuando se trata de TN, que cuando se trata de NMF. En materia de NMF, los límites vienen impuestos no sólo por los contextos de aplicación, sino que también por el mismo tratado básico y el principio *ejusdem generis*, como se explicó más arriba. Además, como veremos más adelante, la cláusula de NMF sí incorpora excepciones a la obligación que impone de extender mejores beneficios a inversionistas de terceros países.

El TLCAN explicita además, para despejar toda duda, que el tratamiento de NMF se aplica a inversiones e inversionistas. Esta aclaración puede estar relacionada con la aplicación del principio *ejusdem generis*, para significar que la categoría de cosas y personas a las cuales se aplica la NMF son precisamente las nombradas. Pero además, asegura que tanto la inversión como el inversionista reciban la protección

---

<sup>230</sup> Texto del TLCAN disponible en:  
[http://www.sice.oas.org/trade/nafta\\_s/CAP11\\_1.asp - Cap.XI](http://www.sice.oas.org/trade/nafta_s/CAP11_1.asp - Cap.XI)

<sup>231</sup> UNCTAD NMF, p. 7.

adecuada, porque puede darse el caso que la inversión no sea objeto de interferencias directas, y que en cambio el inversionista si sea sometido a hostigamientos varios.

Continuando con los tipos de cláusulas y sus formulaciones, se puede decir que hay tratados que combinan el trato de NMF con el trato justo y equitativo o el trato nacional. Un ejemplo de lo anterior se aprecia en el artículo 4 del APPI Colombia-España:

“Las inversiones y rendimientos de inversionistas de cada Parte Contratante deberán, en todo momento, recibir un tratamiento justo y equitativo. 2. Este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte Contratante en su territorio a las inversiones y rendimientos de inversionistas de cualquier tercer Estado.”<sup>232</sup>

A continuación se analizarán las excepciones a la aplicación de la cláusula de NMF.

#### v. Excepciones

Las excepciones a la cláusula de la NMF son necesarias, puesto que su alcance puede llegar a ser muy amplio. Muchas cláusulas de NMF incorporan restricciones y excepciones, para así excluir ciertas áreas de su potencial aplicación.

Las excepciones más comunes son:

a) **Áreas de integración económica.** El propósito de esta excepción es permitir a los miembros de uniones económicas avanzar en las liberalizaciones internas a mayor velocidad. Además, un no miembro se beneficiaría de los privilegios de la liberalización sin quedar sujeto a las obligaciones que el determinado acuerdo impone. Un ejemplo de esta excepción la encontramos en el artículo 4 del APPI España-Perú, que dice:

“3. Este tratamiento no se extenderá, sin embargo, a los privilegios que una parte contratante conceda a los inversores de un tercer estado, en virtud de su asociación o participación actual o futura en una zona de libre cambio, una unión aduanera, un mercado común o en virtud de cualquier otro acuerdo internacional de características similares.”<sup>233</sup>

Es interesante analizar el proyecto de artículos de la CDI en este punto. El artículo 17 de este proyecto establece que es irrelevante el hecho que los privilegios a los que

---

<sup>232</sup> Texto del acuerdo disponible en:

[http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/spain\\_colombia\\_sp.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/spain_colombia_sp.pdf)

<sup>233</sup> Texto del acuerdo disponible en:

[http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/peru\\_spain\\_esp.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/peru_spain_esp.pdf)

pueda acceder el Estado beneficiario estén o no contemplados en un acuerdo multilateral.<sup>234</sup> En los comentarios al proyecto, se puede apreciar que la conclusión a la que llega la CDI, expresada en el artículo 17, no siempre fue pacífica. De hecho, el tema fue muy discutido por el Comité Económico de la Liga de las Naciones, el cual se dedicó a investigar los efectos que podía tener en las convenciones plurilaterales económicas, la incorporación de la cláusula de NMF.

Uno de los puntos debatidos fue el que países no miembros de un determinado acuerdo comercial pudieran beneficiarse de los avances y privilegios que establecía el acuerdo, sin a su vez llegar a ser parte, lo cual se consideraba un gran desincentivo para la conclusión y celebración de convenciones comerciales. Debido a lo anterior, se pensó que sería conveniente incluir una reserva en aquellos tratados bilaterales con Estados no miembros, que estableciera que estos no podrían afectar acuerdos plurilaterales. Sin embargo, este tipo de reservas no llegó a convertirse en la regla general en los tratados comerciales y, de hecho, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, incorporó una de las cláusulas de NMF más incondicionales vistas en los acuerdos comerciales.<sup>235</sup>

En materia de inversión, no obstante, se prefirió seguir el camino menos recorrido en materia comercial. Esto significó que la gran mayoría de los APPIs incluye como excepción a la aplicación del tratamiento de NMF, los acuerdos que crean zonas aduaneras, de libre comercio o mercados comunes.

b) **Materias tributarias.** La mayoría de los acuerdos sobre inversión excluye de la aplicación de la NMF a los acuerdos sobre doble tributación. Estos tratados operan de forma recíproca, lo que significa que cada Estado signatario renuncia en alguna medida a ejercer sus facultades impositivas dentro de sus territorios.

c) Subsidios y aprovisionamiento público. El artículo 1108 N° 7 del TLCAN establece:

“Los Artículos 1102, 1103 y 1107 no se aplican a:

---

<sup>234</sup> El artículo 17 del Proyecto dice así: “*Article 17. Irrelevance of the fact that treatment is extended to a third State under a bilateral or a multilateral agreement.*

The acquisition of rights by the beneficiary State, for itself or for the benefit of persons or things in a determined relationship with it, under a most-favoured-nation clause is not affected by the mere fact that the treatment by the granting State of a third State or of persons or things in the same relationship with that third State has been extended under an international agreement, whether bilateral or multilateral.” Draft Articles, p. 44.

<sup>235</sup> Ibid. p. 47.

- a) las compras realizadas por una Parte o por una empresa del Estado; o
- b) subsidios o aportaciones, incluyendo los préstamos, garantías y seguros respaldados por el gobierno, otorgados por una Parte o por una empresa del Estado.”<sup>236</sup>

d) **Orden público, salud y moral.** Algunos APPIs permiten a las partes derogar el estándar de no discriminación establecido en la cláusula de NMF, si es necesario para la mantención del Orden Público, la Salud y Moral Públicas.<sup>237</sup>

e) **Excepciones especiales de ciertos países.** Los acuerdos concluidos por Canadá y Estados Unidos han seguido la práctica de listar como medida disconforme, en anexos separados, tratados o materias que se encuentran eximidas del trato de NMF. El TLCAN excluye tratados firmados en una fecha anterior a su entrada en vigencia y tratados futuros con respecto a ciertos sectores (servicios financieros y tributación).<sup>238</sup> Algunos APPIs contienen limitaciones a ventajas acordadas en virtud de acuerdos multilaterales e.g. AGCS.

Otros países miembros de la OMC, como Costa Rica y Jordania, han reservado o eximido de la aplicación de la NMF del AGCS, a medidas otorgadas bajo acuerdos bilaterales de inversión. De esta forma, estos países pretenden dar un mayor nivel de protección a estos acuerdos bilaterales.<sup>239</sup>

---

<sup>236</sup>En [http://www.sice.oas.org/trade/nafta\\_s/CAP11\\_1.asp - A1108](http://www.sice.oas.org/trade/nafta_s/CAP11_1.asp - A1108)

<sup>237</sup> Ver AGCS artículo XIV Excepciones Generales:

“A reserva de que las medidas enumeradas a continuación no se apliquen en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre países en que prevalezcan condiciones similares, o una restricción encubierta del comercio de servicios, ninguna disposición del presente Acuerdo se interpretará en el sentido de impedir que un Miembro adopte o aplique medidas:

- a) necesarias para proteger la moral o mantener el orden público;
- b) necesarias para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales o para preservar los vegetales;
- c) necesarias para lograr la observancia de las leyes y los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo, con inclusión de los relativos a:
  - i) la prevención de prácticas que induzcan a error y prácticas fraudulentas o los medios de hacer frente a los efectos del incumplimiento de los contratos de servicios;
  - ii) la protección de la intimidad de los particulares en relación con el tratamiento y la difusión de datos personales y la protección del carácter confidencial de los registros y cuentas individuales;
  - iii) la seguridad;
- d) incompatibles con el artículo XVII, siempre que la diferencia de trato tenga por objeto garantizar la imposición o la recaudación equitativa o efectiva de impuestos directos respecto de los servicios o proveedores de servicios de otros Miembros;
- e) incompatibles con el artículo II, siempre que la diferencia de trato resulte de un acuerdo destinado a evitar la doble imposición o de las disposiciones destinadas a evitar la doble imposición contenidas en cualquier otro acuerdo o convenio internacional que sea vinculante para el Miembro.”

<sup>238</sup> Este también sería el caso de Chile y el TLC firmado con Estados Unidos.

<sup>239</sup> OECD NMF, p. 19.

vi. Cláusulas NMF contenidas en acuerdos suscritos por Chile

Las cláusulas NMF contenidas en acuerdos suscritos entre Chile y otros países, siguen un patrón muy similar al descrito en el párrafo anterior. La cláusula de NMF se incorpora en la mayoría de los casos, en los artículos dedicados al tratamiento de las inversiones. Estos artículos incluyen también las excepciones a la obligación de otorgar este tratamiento.

Las cláusulas nacionales son incondicionales, recíprocas y, en general, operan a nivel de post establecimiento.

Respecto de los contextos de comparación para la operación de la NMF, los acuerdos nacionales excepcionalmente utilizan la expresión “en circunstancias similares”.<sup>240</sup>

En cuanto a las excepciones, los APPIs excluyen del ámbito de aplicación de la NMF a los tratados que crean áreas de integración económica y a los tratados de doble tributación. Respecto a este último tipo de materias se presentan distintas formas de referirse a ellas. Así por ejemplo, el APPI con España alude a “cualquier acuerdo de tributación”, el APPI con Francia habla de “materias tributarias” y el APPI con Malasia de “legislación tributaria interna”. Es de notar que El APPI con Dinamarca no posee excepciones al tratamiento de NMF.

Continuando con el ámbito de aplicación del tratamiento de NMF, debe señalarse que el establecimiento de la cláusula puede adoptar dos formas: una de ellas es combinar el trato justo y equitativo con los estándares de trato nacional y nación más favorecida; la otra forma consiste en tratar el estándar de trato justo y equitativo de forma separada, ya sea en un mismo artículo o en otro diferente. Así por ejemplo, el APPI Chile-El Salvador en su artículo 4 dispone:

“1. Cada Parte Contratante garantizará un tratamiento justo y equitativo dentro de su territorio a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante y asegurará que el ejercicio de los derechos aquí reconocidos no será obstaculizado en la práctica. 2. Cada Parte Contratante otorgará a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante, efectuadas en su territorio, un trato no menos favorable que aquel otorgado a las inversiones de sus propios inversionistas, o a inversionistas de un tercer país, si este último tratamiento fuere más favorable.”<sup>241</sup>

---

<sup>240</sup> Al respecto ver acuerdos de Austria y Portugal.

<sup>241</sup> Texto del acuerdo disponible en:  
[http://www.direcon.cl/documentos/EL\\_SALVADOR.pdf](http://www.direcon.cl/documentos/EL_SALVADOR.pdf)

Como ejemplifica este artículo, los estándares de tratamiento aparecen recogidos en una misma disposición, sin embargo, no existen referencias entre ellos. En otros acuerdos en cambio, el trato nacional y la cláusula de la NMF aparecen sólo en relación al trato justo y equitativo, como forma de asegurar que este último no será inferior al trato otorgado a nacionales o extranjeros. Podría interpretarse que la cláusula de NMF sólo se aplica a la obligación de otorgar trato justo y equitativo, y no al resto de los derechos de un APPI. La redacción de algunos tratados confirma esta posición. El artículo 3 del APPI Chile-Portugal establece:

“1. Cada Parte Contratante deberá garantizar, en su territorio, un tratamiento no discriminatorio, justo y equitativo con respecto a las inversiones realizadas por inversionistas de la otra Parte Contratante. 2. En las materias regidas por este Acuerdo, *el tratamiento mencionado en el párrafo primero de este artículo, no será menos favorable* que aquél otorgado por una Parte Contratante a las inversiones realizadas en su territorio, en condiciones similares, por sus propios inversionistas o por inversionistas de un tercer Estado.”<sup>242</sup> [Énfasis agregado].

Esta combinación de tratamientos es la línea seguida por varios APPIs nacionales,<sup>243</sup> lo que evidencia poca uniformidad en lo que respecta al ámbito de aplicación de la NMF. Es decir, algunos acuerdos presentan una redacción amplia de la cláusula, sin estipular a qué derechos se aplica y otros, en cambio, limitan la aplicación al estándar de trato justo y equitativo. Pero también existe un tercer tipo de cláusula, que establece expresamente que el alcance del trato de NMF se extiende a todos los derechos de un APPI, lo cual incluye, desde luego, materias procesales. De esta forma, el APPI Chile-Bélgica dispone en su artículo 3:

“*Todos los derechos contenidos en el presente Acuerdo* y el tratamiento y la protección definidos en los párrafos 1 y 2 serán por lo menos, iguales a aquellos de que gozan los inversionistas del propio Estado o de un tercer Estado siempre y cuando este último tratamiento fuera más favorable y no serán en ningún caso, menos favorables que los reconocidos por el derecho internacional.”<sup>244</sup> [Énfasis agregado].

En el mismo sentido el APPI Chile-Reino Unido, que en su artículo 3 N 4 expresa:

---

<sup>242</sup>Texto del acuerdo disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/PORTUGAL.pdf>

<sup>243</sup> Ver APPI Chile con: Austria; China; Dinamarca; España; Finlandia; Islandia; Noruega; República Checa; Suiza; Corea; Malasia; Perú y Venezuela.

<sup>244</sup>Texto del acuerdo disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/BELGICA.pdf>

“Con el fin de evitar cualquier duda, se confirma que el tratamiento que establecen los párrafos 1) a 3) precedentes regirá para las disposiciones de los Artículos 1 a 10 de este Acuerdo.”<sup>245</sup>

Este último tipo de redacción dificulta sobremanera la idea de que la cláusula de NMF sólo se aplica a casos efectivos de discriminación entre inversionistas extranjeros y no, como comúnmente se ha pensado, a los derechos establecidos en los propios APPIs.<sup>246</sup> Pero las cláusulas citadas no sólo contradicen esta afirmación, sino que además, pueden provocar resultados no deseados de ser aplicadas abusivamente. Así por ejemplo: ¿puede un inversionista, invocando este tipo de cláusulas, extender la definición de inversión o de inversionista de su APPI respectivo, por la de otro APPI que le parezca más conveniente? ¿Podría un inversionista invocar vía NMF la cláusula de NMF de los APPIs con Bélgica o el Reino Unido, para así ampliar y escoger las disposiciones que crea más favorables? Sin lugar a dudas esto parece absurdo. Significaría borrar con la sola inclusión de la cláusula de NMF toda la letra de un tratado determinado, ignorando completamente la voluntad y el consentimiento de las partes manifestado al momento de la celebración del tratado. De hecho, ya en el controvertido caso Maffezini se admitió que la aplicación de la cláusula de NMF encontraba sus límites en aquellas disposiciones que reflejaban la voluntad de las partes, y en la práctica o “alternativa nociva de tratar de aplicar diversos tratados para alterar los objetivos de política en que se fundamentan algunas disposiciones específicas.”<sup>247</sup>

---

<sup>245</sup> Texto del acuerdo disponible en:

[http://www.direcon.cl/documentos/REINO\\_UNIDO\\_ESPANOL.pdf](http://www.direcon.cl/documentos/REINO_UNIDO_ESPANOL.pdf)

<sup>246</sup> Ver FAYA RODRÍGUEZ, Alejandro. *Op. cit.*

<sup>247</sup> Caso Maffezini, pár. 63.

## Conclusiones

El TN y la cláusula de NMF cumplen con la delicada función de eliminar las diferencias o discriminaciones en base a la nacionalidad del inversionista. Estos principios actúan de forma complementaria, uno se encarga de las diferencias entre extranjeros y nacionales del Estado receptor, mientras que el otro de las diferencias entre extranjeros y nacionales de cualquier tercer Estado.

El TN es un estándar que define la obligación de un Estado receptor de tratar a los inversionistas extranjeros no menos favorablemente que a sus inversionistas nacionales. Y la cláusula de NMF, significa que el país receptor de la inversión debe tratar a los inversionistas extranjeros no menos favorablemente que a los inversionistas de cualquier otro tercer Estado.

Ambas obligaciones tienen su origen en el derecho internacional del comercio, y han sido extendidas al ámbito del derecho de las inversiones, adquiriendo en este último un contenido distorsionado. En ambos casos se les ha atribuido funciones más amplias de las que originalmente tenían, esto es, se les ha asignado un rol semejante a un principio general de no discriminación, o de prevención de cualquier tipo de desigualdad entre nacionales y extranjeros, y entre extranjeros. Se olvida así, que estos estándares tienen la tarea de proteger a los mercados de medidas que afecten la igualdad de oportunidades y la libre competencia.

En el caso del TN, esto se traduce en que la facultad de los Estados para promocionar legítimamente a empresas locales -porque, por ejemplo, operan en economías más deprimidas, en circunstancias más desventajosas, o porque en definitiva no están en condiciones de competir con transnacionales-, se considera *a priori* como una violación a la obligación de otorgar TN. Ni siquiera la inclusión de cláusulas del estilo “en circunstancias similares” ha permitido que se tomen en cuenta estos factores.

La cláusula de NMF, por otro lado, ha sido utilizada únicamente para atraer cláusulas más favorables de otros tratados sobre inversión. Incluso, se han llegado a extender disposiciones sobre el consentimiento de los Estados a mecanismos de solución de conflictos. Este uso es inapropiado, porque el propósito de la NMF no es proporcionar al inversionista la posibilidad de elegir el tratado que más le conviene



aplicar a su caso, sino que eliminar las ventajas que se otorgan a otro inversionista extranjero, y que tienen como efecto distorsionar la libre competencia. El utilizar la cláusula de NMF para invocar disposiciones de otro tratado, tiene como efecto que ésta recibe aplicación antes de que haya siquiera una violación a la obligación.

Los acuerdos suscritos por Chile no contienen disposiciones que eviten o prevengan esta incorrecta aplicación de los estándares aquí tratados. Sin embargo, la celebración de TLCs con capítulos de inversión puede estar cambiando esta situación.

## Capítulo IV. Expropiación

### i. Introducción

El derecho de un Estado a afectar la propiedad privada es reconocido en el derecho internacional, independientemente de los derechos patrimoniales o de la nacionalidad de la persona titular de estos. Esta facultad se considera inherente a la soberanía y jurisdicción que ejerce un Estado sobre las personas y cosas que se encuentran en su territorio.<sup>248</sup> Pero además, el derecho de propiedad no es un derecho absoluto, sino que admite limitaciones en virtud de la llamada función social del mismo.<sup>249</sup>

Tanto en el ámbito del derecho interno como en el del derecho internacional, existen diversos conceptos que describen los tipos de interferencias en la propiedad privada: confiscación, nacionalización, expropiación, etc. Todas ellas significan una afectación al derecho de propiedad y se estudiarán más adelante. Por el momento, se debe tener claro que el uso de estos términos es muchas veces intercambiable. Especialmente el de expropiación, que se utiliza de forma genérica para aludir a interferencias generales, y también en su significado más preciso, esto es, al derecho de un Estado de apropiarse de la propiedad privada con el propósito de ponerla a disposición del interés público.<sup>250</sup>

Al ser un derecho soberano, el ejercicio del derecho a expropiar no da lugar por sí mismo a responsabilidad estatal, sin embargo, el derecho internacional ha establecido ciertos estándares que regulan su ejercicio.<sup>251</sup> Dado que la inversión extranjera se materializa en el territorio del Estado receptor, ésta queda sujeta a la legislación y regulación de este último. Por esta razón, los APPIs incluyen dentro de sus artículos, disposiciones especiales que regulan la forma en la cual se puede interferir en la propiedad del inversionista o en los derechos que este concepto involucra. Esto, porque los APPIs no desconocen el derecho de los Estados a ejercer sus facultades soberanas, pero sí limitan la manera en que la afectación de la propiedad o inversión

---

<sup>248</sup> GARCÍA AMADOR. En BISHOP, R. Doak y otros. *Op. cit.* p. 837.

<sup>249</sup> A nivel internacional la función social de la propiedad es reconocida en distintas convenciones. Así por ejemplo, el artículo 21 de la Convención Interamericana de Derecho Humanos dice: “1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. *La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.*”

<sup>250</sup> GARCÍA AMADOR. *Op. cit.* p.839.

<sup>251</sup> “*Indirect Expropriation*” and the “*Right to Regulate*” in *International Law*. OECD working papers on International Investment, (2004), [en adelante OECD Expropiación], pp. 3-5. Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/22/54/33776546.pdf>

extranjera se realiza, imponiendo una serie de requisitos para que las expropiaciones puedan considerarse lícitas.<sup>252</sup>

Los requisitos para efectuar expropiaciones han sido recogidos del derecho consuetudinario internacional. Estos consisten en: 1. Las medidas deben satisfacer propósitos de utilidad pública o interés común; 2. No deben ser discriminatorias; 3. Debe compensarse a la persona afectada de forma previa a la toma; y 4. Que de la medida expropiatoria se pueda reclamar ante alguna autoridad, generalmente judicial. Muchos APPIs exigen que las medidas se adopten en “conformidad a la ley” del Estado receptor, y algunos incluso exigen debido proceso. El APPI Bolivia-Ecuador en su artículo IV establece:

“Ninguna de las Partes Contratantes, tomará medidas de nacionalización o expropiación ni ninguna otra medida que tenga el mismo efecto, contra inversiones que se encuentran en su territorio y que pertenezcan a inversionistas de la otra Parte Contratante, a menos que dichas medidas sean tomadas por razones de utilidad pública, sobre una base no discriminatoria y bajo el debido proceso legal. La legalidad de la expropiación será revisable en procedimiento judicial.”<sup>253</sup>

Actualmente, los APPIs no lidian sólo con tomas violentas y directas de propiedad tangible, sino que también con todas aquellas medidas que puedan perturbar el manejo, administración, uso, control e incluso valor económico de una inversión. Esto indica que una expropiación también puede producirse cuando se afectan derechos, es decir, cosas incorporales y también cosas inmateriales. Aquí, la definición del concepto inversión adquiere gran relevancia, al determinar el ámbito de cosas que se pueden ver afectadas por una medida estatal expropiatoria. Al abarcar medidas distintas a la apropiación de propiedad, hoy en día se distingue entre expropiación directa e indirecta. Dentro de este último concepto se ha distinguido también entre medidas regulatorias que desencadenan la aplicación de las cláusulas de expropiación de los APPIs, y aquellas medidas que a pesar de interferir en la

---

<sup>252</sup> *Taking of Property*. International Investment Agreements: Key Issues, vol. I. cap. 8. UNCTAD, (2004), [en adelante UNCTAD Expropiación]. Disponible en: [http://www.unctad.org/en/docs/iteit200410\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/iteit200410_en.pdf)

De acuerdo a Sornarajah, el reconocimiento del derecho de los Estados a controlar la propiedad y la actividad económica de un país hace presumir que las tomas de propiedad efectuadas son lícitas *prima facie*. Incluso, agrega que el no pago de compensación no convierte a una medida expropiatoria lícita en ilícita. De acuerdo a este autor, el ámbito de legalidad de las medidas expropiatorias en el derecho moderno se limita a prohibir que las medidas sean discriminatorias o carentes de propósitos públicos. SORNARAJAH. *Op cit.* p. 345 y p. 395.

<sup>253</sup> Acuerdo en: [http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/ecuador\\_bolivia\\_sp.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/ecuador_bolivia_sp.pdf)

propiedad del inversionista, no conllevan indemnización o compensación por los perjuicios (así por ejemplo, medidas que sancionan hechos punibles, normas tributarias, siempre y cuando sean razonables, etc.)

La clasificación anterior evidencia un giro en la definición misma del término expropiación o toma de propiedad, que ha ido de una toma física de posesión a medidas administrativas o legislativas, que afectan los derechos que implica el derecho de propiedad. Por lo tanto, hoy en día ya no es sólo la invasión a la propiedad física lo que constituye una expropiación, sino que también las diversas interferencias en los derechos asociados al derecho de propiedad, cabe decir: uso, goce y disposición. En los APPIs esto se ha manejado de diversas formas. Una de ellas ha sido incluir, dentro de las disposiciones relativas a la expropiación, la clasificación de directa e indirecta, agregando que también se considerará expropiación a aquellas medidas que tengan un efecto equivalente. Otra opción ha sido el enumerar las medidas que también se considerarán como equivalentes a una expropiación.

Los acuerdos sobre inversión, al tratar las disposiciones sobre expropiación, distinguen entre tomas o interferencias ocasionadas en estados de regularidad institucional, e interferencias que se generan durante conflictos armados, rebeliones u otro tipo de revueltas internas. Este capítulo tratará las normas de expropiación en estados de normalidad o estabilidad estatal. La razón para dejar fuera los otros tipos de interferencias, se debe a que las disposiciones relativas a daños ocurridos durante periodos de conflicto armado, sólo se remiten a otorgar trato de nación más favorecida, sin contener disposiciones sustantivas al respecto.

La revisión de las disposiciones sobre expropiación se centrará en primer lugar, en el estudio del origen de las normas sobre tomas de propiedad, en la clasificación de las medidas, en los requisitos que éstas imponen y, por último, en un examen de las disposiciones nacionales.

## ii. Origen

A comienzos del siglo XX, en el contexto de la revolución rusa de octubre y de la revolución mexicana, se efectuaron las mayores tomas de propiedad en la historia. Por supuesto, éstas no fueron las primeras interferencias en la propiedad extranjera,

pero existe consenso respecto a que los períodos históricos mencionados, correspondieron a las primeras tomas a gran escala realizadas en el marco de introducción de reformas socialistas.<sup>254</sup>

Este tipo de interferencias constituían una toma de posesión física de la propiedad y la transferencia del título correspondiente. A esto se le denominó expropiación clásica, y tomó la forma de nacionalización y expropiación.

Estas tomas no fueron seguidas de compensaciones a los perjudicados, lo que generó conflictos con los países a los que pertenecían las personas expropiadas. En algunos casos, los gobiernos de los extranjeros expropiados intervinieron en favor de ellos, pero sin negar el derecho de dichos países a efectuar expropiaciones. Se argumentó que esas medidas debían efectuarse tomando en cuenta mínimos estándares internacionales como, por ejemplo, el pago de una compensación “pronta, adecuada y efectiva”, lo que en derecho internacional terminó conociéndose como “la fórmula Hull”.<sup>255</sup>

Otro ejemplo histórico de expropiaciones masivas es el período de descolonización, en el cual los nuevos países independientes quisieron retomar el control de sus principales industrias que se encontraban en mano de sus ex colonizadores.<sup>256</sup> En este contexto la fórmula de compensación defendida fue aquella de una compensación “apropiada”.

Este último período fue también acompañado por una serie de resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en relación a lo que se denominó como “Nuevo Orden Internacional Económico”. Estas resoluciones defendían la idea de soberanía permanente sobre los recursos naturales y el principio de autodeterminación de los Estados. Dentro de las más importantes se encuentran: 1. Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General de la ONU titulada “Soberanía Permanente sobre los Recursos Naturales”, de fecha 14 de diciembre de 1962. Esta resolución establecía que la nacionalización, la expropiación o requisición debía basarse en razones de utilidad, seguridad o interés público, previo pago de una

---

<sup>254</sup> UNCTAD Expropiación, pp. 236-237.

<sup>255</sup> Cordell Hull era Secretario de Estado del gobierno de Estados Unidos al momento de la revolución mexicana. En una de sus cartas dirigida al gobierno de México, él hace referencia a este tipo de compensación. SORNARAJAH. *Op cit.* p.438.

<sup>256</sup> SORNARAJAH. *Op cit.* p. 348.

compensación apropiada, en conformidad con la ley del Estado que tomaba la medida; 2. La Declaración sobre el Establecimiento de un Nuevo Orden Internacional Económico del 1 de mayo de 1974, A/RES/3201 (S-IV). De acuerdo a esta resolución, la soberanía permanente sobre los recursos naturales es uno de los pilares básicos de este nuevo orden y para su resguardo, los Estados tienen el derecho a ejercer un control efectivo sobre dichos recursos y determinar la forma en que serán explotados. El derecho a expropiar sería una expresión del principio de soberanía permanente, pues ningún Estado puede quedar sujeto a presiones políticas, económicas o cualquier tipo de coerción que obstaculice el ejercicio de este derecho inalienable de los Estados y; 3. Carta sobre Derechos y Deberes económicos de los Estados, de 12 de diciembre 1974, A/RES/3281 (XXIX). Esta carta también reconoce el derecho a expropiar previo pago de una compensación apropiada.<sup>257</sup>

Esta nueva corriente ideológica y económica colisionó con los principios defendidos por los Estados encabezados por Estados Unidos, que defendían la idea de compensación íntegra, pronta, y efectiva. Esta tendencia fue plasmada en los acuerdos sobre inversión, los cuales se pronuncian ampliamente en favor de la fórmula Hull como medida de compensación en casos de expropiación. Esta inclusión, sin embargo, y como se verá más adelante, no significa que ese estándar de compensación sea la regla general bajo el derecho internacional.

### iii. Clasificación y cobertura en tratados internacionales

A nivel internacional existen numerosos conceptos que describen las distintas maneras en que se puede afectar la propiedad privada. Las distinciones se basan en la magnitud de las medidas, el número de personas afectadas, los sectores económicos vulnerados, en los propósitos o fines tras las decisiones políticas que determinan una privación de propiedad, entre otros.

En un primer momento, el derecho internacional lidió con tomas directas de propiedad física y transferencia forzada de títulos de propiedad privada. Dentro de este tipo de afectación se distinguió entre nacionalizaciones, expropiaciones y confiscaciones. Las nacionalizaciones se asocian a tomas generalizadas de todo un

---

<sup>257</sup> Texto de las resoluciones en BISHOP, R. Doak y otros. *Op. cit.* pp. 931-933.

sector industrial por parte de un gobierno. Corresponden a medidas motivadas por cambios estructurales en los gobiernos respectivos, y transfieren todo el capital controlado por extranjeros a manos del Estado.<sup>258</sup> Las expropiaciones, en cambio, se relacionan con tomas específicas. García Amador las definió como:

“This specific measure can be characterized and distinguished from others as the act whereby the State appropriates patrimonial rights vested in private individuals in order to put them to a public use or to provide a public service.”<sup>259</sup>

Si las medidas carecían de un propósito claro y correspondían a actuaciones arbitrarias y caprichosas del Estado, se hablaba de confiscación.<sup>260</sup>

Pero también se puede afectar la propiedad del inversionista de forma indirecta. Este tipo de expropiación ocurre cuando medidas gubernamentales interfieren en el uso, manejo o control de la inversión, o la deprecian substancialmente. Cuando las medidas adoptadas por un Estado tienen un efecto similar al de una expropiación, se habla de expropiación indirecta o de medidas equivalentes a una expropiación (*tantamount to expropriation*).<sup>261</sup>

El tribunal arbitral en el caso *Metalclad vs. México* lo describió claramente:

“la expropiación en el TLCAN incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos en favor del Estado receptor, pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor.”<sup>262</sup>

---

<sup>258</sup> Típico ejemplo encontrado en la literatura internacional es el caso de la nacionalización de la industria del cobre en Chile durante los años 70.

<sup>259</sup> GARCÍA AMADOR. En BISHOP, R. Doak y otros. *Op cit.* p. 839.

<sup>260</sup> SORNARAJAH. *Op cit.* p. 346.

<sup>261</sup> De acuerdo a los profesores Reisman y Sloane, los APPIs habrían agregado la cláusula de “equivalente a expropiación” (*tantamount to*) para extender el alcance de la expropiación indirecta a violaciones aberrantes de las provisiones del APPI. REISMAN, M. y SLOANE, D. *Indirect expropriation and its Valuation in the BIT Generation*. 74 BYIL 115, (2003). Citado en: NEWCOMBE, Andrew. *The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law*. En KAHN, Philippe y WALDE, Thomas (Eds.) *New Aspects of International Investment Law*. Hague Academy of International Law, (2007). p. 415. La opinión de Reisman y Sloane sería controvertida por Newcombe, quien aclara que dichos autores no proveen la evidencia necesaria que pruebe que esa es la regla bajo el derecho internacional consuetudinario o siquiera que esa era la intención de los Estados signatarios de dichos tratados.

<sup>262</sup> *Metalclad Corporation v. United Mexican States*. Caso CIADI N° ARB (AF)/97/1, pár. 103. Laudo de 30 de agosto de 2000 disponible en:

[http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC542\\_Sp&caseId=C155](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC542_Sp&caseId=C155)

Dentro de esta categoría de expropiación indirecta se distinguen diversos subconceptos, como por ejemplo, la denominada “Creeping Expropriation”. Este tipo de expropiación dice relación con la afectación lenta y sistemática por parte del Estado de uno o más de los derechos que implica el derecho de propiedad, sin traspasar el título respectivo que sigue en manos del inversionista. La peculiaridad de esta categoría es que los actos o medidas expropiatorias considerados individualmente, no constituyen por sí solos expropiaciones.

De la expropiación indirecta se puede decir que no existe una definición general del concepto, como si la hay en el caso de la expropiación directa. Tampoco está clara la línea que distingue las medidas que califican como una expropiación, de aquellas que corresponden a medidas regulatorias normales y que, por ende, no conllevan compensación. Esta última división es hoy en día uno de los principales problemas a nivel internacional. Algunos autores estiman que el mejor método para distinguir qué constituye una expropiación y qué una medida regulatoria que no requiere indemnización, es el establecer grupos o distintos tipos de casos como en el *common law*.<sup>263</sup> De esta forma, se pueden enumerar diversos casos de expropiación indirecta tales como: venta forzada de los títulos accionarios de una compañía; interferencias en la administración de una empresa; designación externa de directores, gerentes u otros; tributación arbitraria o excesiva, entre otros. En todos estos ejemplos, aunque no haya habido una toma directa de la propiedad, sí se ha interferido de forma substancial en las facultades que conlleva este derecho volviéndolo inútil, por ese motivo se consideran expropiación.

Un estudio de la OECD establece distintos criterios para determinar si las medidas estatales son o no expropiatorias.<sup>264</sup> Dentro de estos criterios se encuentra el grado de interferencia en la propiedad, la duración y el carácter de la medida. El primer criterio se relaciona con el impacto económico que puede causar una medida gubernamental. Existe consenso respecto a que una interferencia, para considerarse expropiación, debe ser substancial y afectar seriamente el valor económico de la

---

<sup>263</sup> CHRISTIE, G.C. *What Constitutes a Taking of Property Under International Law?* 38 *British Yearbook of International Law* (Brit. Y.B. Int'l L.), (1962).

<sup>264</sup> OECD Expropiación, pp. 9-20.



inversión. Por otra parte, también debe examinarse si las medidas tienen como propósito la satisfacción de necesidades sociales, de salud pública, morales, etc. Las meras restricciones no constituyen expropiaciones.

En relación a los criterios que deben ser atendidos para calificar a una medida como expropiatoria, es importante hacer referencia a lo señalado por el tribunal arbitral en el caso Methanex.<sup>265</sup>

Methanex era una compañía canadiense productora de metanol, que demandó a Estados Unidos (Estado de California) en el marco del TLCAN, por haber prohibido el uso del aditivo éter metil tert-butílico (“MTBE”) en las gasolinas. Methanex alegó que esta prohibición equivalía a una expropiación. Aunque la compañía no era en si fabricante de MTBE, el metanol era materia prima para la producción del MTBE, por lo tanto, la restricción a este último producto le privaba de la participación correspondiente en el mercado de los oxigenantes.

El tribunal dijo que regulaciones no discriminatorias, adoptadas a través del debido proceso legal, y cuyo propósito era satisfacer el interés público, no se consideran expropiatorias, a menos que existieran compromisos específicos previos con ese inversionista. El tribunal concluyó:

“But as a matter of general international law, a non-discriminatory regulation for a public purpose, which is enacted in accordance with due process and, which affects, inter alios, a foreign investor or investment is not deemed expropriatory and compensable unless specific commitments had been given by the regulating government to the then putative foreign investor contemplating investment that the government would refrain from such regulation.”<sup>266</sup>

Lo importante de esta decisión es que deja en claro que no cualquier afectación económica puede calificarse como expropiatoria, por muy significativa que sea la pérdida.<sup>267</sup>

Respecto a los APPIs, se puede señalar que todos contienen normas de protección del derecho de propiedad de los inversionistas.

---

<sup>265</sup> Methanex Corporation c. Estados Unidos. Decisión Final sobre Jurisdicción y Fondo de fecha 3 de agosto de 2005. CNUDMI. Texto de la sentencia en: [http://www.investmentclaims.com/IIC\\_167\\_\(2005\).pdf](http://www.investmentclaims.com/IIC_167_(2005).pdf)

<sup>266</sup> Caso Methanex, p.99.

<sup>267</sup> Es interesante notar, además, que esta visión de la expropiación indirecta considera como criterio relevante las representaciones que los Estados hacen a los inversionistas, acercándose mucho a la forma en que se examina la violación al estándar de trato justo y equitativo.

Dentro del ámbito de los acuerdos sobre inversión, el Modelo de APPI de Estados Unidos de 2004, contiene en su Anexo B disposiciones específicas sobre estas dos categorías de expropiación. Este anexo estipula:

“3. Article 6 [Expropriation and Compensation] (1) addresses two situations. The first is direct expropriation, where an investment is nationalized or otherwise directly expropriated through formal transfer of title or outright seizure.

4. The second situation addressed by Article 6 [Expropriation and Compensation] (1) is indirect expropriation, where an action or series of actions by a Party has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.”<sup>268</sup>

Los tratados sobre inversión han incorporado ampliamente los conceptos descritos anteriormente. Muchos hablan de expropiación, nacionalización, expropiación indirecta y cualquier medida que tenga efectos equivalentes a una expropiación. Sin embargo, a partir de la redacción de los artículos respectivos es muchas veces difícil establecer diferencias conceptuales de los distintos tipos de expropiación.

El artículo 6 del APPI entre Holanda y Argentina dice:

“Neither of the Contracting Parties shall take any direct or indirect measure of nationalization or expropriation or any other measure having a similar nature or similar effect against investments made in its territory by investors of the other Contracting Party, unless...”<sup>269</sup>

La mayoría de los acuerdos sobre inversión no distingue entre medidas que dan lugar al pago de compensación, de aquellas medidas que corresponden a las políticas públicas que un Estado está facultado a efectuar.

Existen otros textos internacionales que sí contemplan esta distinción. El artículo 1 del Protocolo 1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales establece:

“Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden *sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general* o

---

<sup>268</sup> Texto del acuerdo disponible en:

[http://www.ustr.gov/assets/Trade\\_Sectors/Investment/Model\\_BIT/asset\\_upload\\_file847\\_6897.pdf](http://www.ustr.gov/assets/Trade_Sectors/Investment/Model_BIT/asset_upload_file847_6897.pdf)

<sup>269</sup> Texto disponible en:

[http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/netherlands\\_argentina.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/netherlands_argentina.pdf)

para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas.”<sup>270</sup> [Énfasis agregado].

A nivel de acuerdo sobre inversión, el modelo estadounidense citado más arriba dispone:

“(a) The determination of whether an action or series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes *an indirect expropriation, requires a case-by case, fact-based inquiry that considers, among other factors:*  
(i) the economic impact of the government action, although the fact that an action or series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred;  
(ii) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and  
(iii) the character of the government action.  
(b) Except in rare circumstances, non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations.” [Énfasis agregado].

Tal como aparece en el modelo referido, las expectativas legítimas son un factor decisivo al momento de determinar si se ha configurado o no una expropiación indirecta. Así lo han entendido diversos tribunales arbitrales. No obstante, las expectativas legítimas son también uno de los elementos a tomar en cuenta para establecer si se ha producido una violación del estándar de trato justo y equitativo. Sin duda, la privación de expectativas económicas legítimas puede llegar a constituir una expropiación indirecta, pero esta privación debe necesariamente ir acompañada de interferencias materiales en la propiedad o en las facultades que este derecho importa. Ante la imposibilidad de probar una interferencia material substancial, los inversionistas alegan conjuntamente las disposiciones de los APPIs relativas a expropiación indirecta y trato justo y equitativo, funcionando este último casi como una petición subsidiaria.<sup>271</sup>

Por último, algunos autores distinguen entre expropiaciones legales e ilegales, dependiendo de si se cumple o no con los requisitos establecidos a nivel interno y a nivel internacional. Los propósitos y la destinación del bien serían relevantes al

---

<sup>270</sup> Texto del Convenio disponible en: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/SpanishEspagnol.pdf>

<sup>271</sup> Para más información sobre la interacción entre expropiación directa e indirecta y trato justo y equitativo ver: FIETTA, Stephen. *Op. cit.*

momento de calificar la medida. Según García Amador, la pregunta principal es si a nivel internacional se regula o no este aspecto de la expropiación. En el derecho internacional general no existiría, según él, una norma especial que diferencie entre afectaciones con o sin propósitos de utilidad pública. En el caso de los APPIs esto estaría cambiando, ya que estos establecen específicamente que no se puede realizar expropiaciones sin cumplir con las exigencias establecidas en ellos. Estos requisitos se analizarán a continuación.<sup>272</sup>

#### iv. Requisitos y aplicación

Los tratados sobre inversión establecen límites convencionales al derecho de los Estados a expropiar la inversión extranjera. Los requisitos son: a. Interés público; b. No discriminación; c. Pago de compensación y d. Debido proceso.<sup>273</sup>

##### a. Interés público

Este requisito establece que una medida expropiatoria debe tener como propósito, satisfacer el interés público del Estado receptor. Las tomas de propiedad por represalias o motivos políticos no cumplen con este requisito, considerándose por eso ilegales. Esta exigencia tenía mucho más sentido cuando cumplía con la tarea de diferenciar entre confiscaciones y nacionalizaciones. Las primeras eran tomas efectuadas por capricho del gobernante de turno, en cambio las segundas, tenían como fin la reintegración al dominio estatal de un determinado sector industrial.

El artículo 712 (1) (a) del Restatement on Foreign Relations Law del American Law Institute, se refiere al interés público de la siguiente manera:

“The requirements that a taking be for a public purpose is reiterated in most formulations of the rules of international law on expropriations of foreign property. That limitation, however, has not figured prominently in international claims practice, perhaps because the concept of public purpose is broad and not subject to effective re-examination by other states. Presumably, a seizure by a dictator or oligarchy for private use could be challenged under this rule.”<sup>274</sup>

---

<sup>272</sup> GARCÍA AMADOR. *Op cit.* p. 840.

<sup>273</sup> Este último requisito sería, sin embargo, de reciente desarrollo y no ampliamente incorporado. UNCTAD Expropiación, p.235.

<sup>274</sup> Citado en SORNARAJAH. *Op cit.* p. 397.

Es aceptado que los Estados son quienes determinan qué se entiende por interés público. Esto último ha llevado a algunos autores a desestimar este requisito, pues consideran que los motivos tras las expropiaciones son indiferentes ante el derecho internacional, y que las razones de un Estado no pueden ser juzgadas por otros Estados.<sup>275</sup>

b. No discriminación

Dado que el derecho a expropiar puede ejercerse con gran discreción, se exige a los Estados actuar sin arbitrariedad. Las medidas expropiatorias no pueden estar basadas en distinciones arbitrarias respecto de los extranjeros, especialmente si se refieren a orígenes étnicos o nacionalidad de los inversionistas. Las discriminaciones raciales serían contrarias incluso al *ius cogens*.<sup>276</sup>

Bajo este requisito subyace la idea de que situaciones similares deben ser tratadas de forma similar. Esto último, ha sido útil para argumentar que en circunstancias desiguales es justificado un trato desigual, como por ejemplo, el caso de la descolonización en países de África y Asia, donde la devolución a manos del Estado de empresas e industrias que estaban en poder del ex colonizador, se consideró como no discriminatoria, a pesar de ser medidas dirigidas a personas de una nacionalidad determinada.

c. Pago de compensación

El pago de compensación ante privaciones de propiedad, es una de las exigencias consuetudinarias y convencionales que debe cumplirse para que la privación pueda considerarse lícita. Este requisito apunta a dos preguntas: 1. Al estándar o reglas legales que deben seguirse para determinar la compensación; y 2. A la forma en que dicha compensación debe valorarse o calcularse. Esta última pregunta corresponde a los principios contables que se utilizarán para determinar cuánto vale una propiedad o inversión, por lo tanto, es un tema secundario en materia de compensación, donde lo principal es definir si se pagará compensación íntegra o sólo se pagará una compensación “apropiada”. Estas dos posiciones en torno al pago de una

---

<sup>275</sup> SORNARAJAH. *Op cit.* p 398.

<sup>276</sup> SORNARAJAH. *Op cit.* p 398.

compensación estuvieron muy polarizadas en la primera mitad del siglo XX. Por un lado, los países exportadores de capital defendieron la idea de que la compensación debía ser íntegra, esto es: pronta, adecuada y efectiva (fórmula Hull). Esto significa que la compensación debe corresponder al valor de mercado de la inversión realizada, y que debe pagarse de forma rápida y en moneda de libre convertibilidad. Los países en desarrollo, por otro lado, han defendido la idea de indemnización apropiada o adecuada. Este último concepto apunta a introducir elementos de equidad en la valoración de la compensación a pagar, lo cual genera mucha más incertidumbre respecto del monto a entregar. La idea principal es que no sólo se tome en consideración el valor de mercado de la inversión, sino que también se valore la capacidad de pago del Estado, la disponibilidad de las divisas, el agotamiento de los recursos naturales, entre otros. Esta última posición es evidentemente menos favorable para el inversionista extranjero.

Actualmente, los acuerdos sobre inversión recogen ampliamente la fórmula Hull para determinar la compensación por expropiaciones lícitas. No obstante esta extensa inclusión, autores como Sornarajah afirman que no existiría una regla única a nivel internacional respecto al estándar de compensación. Según este autor, el que la fórmula Hull sea incluida extensamente en los acuerdos bilaterales de inversión, no es prueba suficiente de la primacía de esta regla a nivel internacional. En primer lugar, porque estos tratados no reflejarían la situación del derecho consuetudinario respecto a este tema, y segundo, porque a pesar de que se pacte ese estándar en los acuerdos, la práctica indicaría que los Estados fijan y otorgan, de todas formas, compensaciones por montos más bajos que los correspondientes a la compensación íntegra.<sup>277</sup>

Además, el lenguaje usado en los acuerdos sobre inversión es confuso e inconsistente. Algunos hablan de compensación “justa”, para luego indicar que la forma de cálculo es el valor de mercado. Por ejemplo, el acuerdo entre Italia y Perú en su artículo 5 dice:

“3. La compensación justa será establecida sobre la base de valores de mercado reales inmediatamente antes del momento en que se anuncie o se haga pública la decisión de nacionalizar o expropiar.”<sup>278</sup>

---

<sup>277</sup> SORNARAJAH. *Op cit.* pp. 435-488.

<sup>278</sup> Texto del acuerdo disponible en:

El APPI España-México en su artículo V N° 2 expresa:

“2. La indemnización:

a) será equivalente al *valor justo de mercado* que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la expropiación se haya llevado a cabo. El valor justo de mercado no reflejará cambio alguno en el valor debido a que la expropiación hubiere sido conocida públicamente con antelación.

Los criterios de valuación incluirán el valor corriente, el valor de los activos, incluido el valor fiscal declarado de la propiedad de bienes tangibles, así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado.”<sup>279</sup> [Énfasis agregado].

Es importante tener en cuenta, que el requisito de compensación procede cuando la expropiación ha sido lícita, es decir, cuando ha cumplido con los otros requisitos establecidos a nivel consuetudinario y convencional. En el caso de expropiaciones ilícitas, que equivalen a delitos internacionales, ya no es correcto hablar de compensación, sino que de daños. Así, la persona perjudicada por una medida estatal expropiatoria ilícita debe recibir una indemnización por los daños sufridos. Esta indemnización se basa en el principio de *restitutio in integrum*, es decir, la indemnización debe borrar todas las consecuencias negativas de la acción estatal, e incluye, por ende, daño emergente y lucro cesante.

Así fue establecido en el caso *Chorzow Factory*,<sup>280</sup> que tuvo su origen en la expropiación de una fábrica de nitratos alemana, establecida en Silesia en virtud de un tratado entre ambos gobiernos. El terreno donde se encontraba la fábrica fue expropiado por Polonia (pues el Tratado de Versalles había transferido esa parte del país a Polonia en 1919). El problema presentado a la Corte Permanente de Justicia Internacional, en adelante CPJI, en 1926, fue determinar si la expropiación en cuestión constituía o no una violación de la Convención de Ginebra celebrada entre Alemania y Polonia en 1922, y que disponía que este último país podía expropiar grandes industrias de la región de Silesia, pero no podía vulnerar los intereses particulares de ciudadanos alemanes. La CPJI consideró que la expropiación era ilegal porque violaba la Convención de Ginebra. En una segunda demanda iniciada por Alemania para cobrar los daños, la CPJI se pronunció por los principios que

---

[http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/italy\\_peru\\_esp.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/italy_peru_esp.pdf)

<sup>279</sup> Texto del acuerdo disponible en:

[http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/mexico\\_spain\\_sp.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/mexico_spain_sp.pdf)

<sup>280</sup> Caso *Chorzow Factory* (Alemania c. Polonia). Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), 1928.

governaban el pago de compensación en el derecho internacional.<sup>281</sup> La Corte expresó que:

“The essential principle contained in the actual notion of an illegal act- a principle which seems to be established by international practice and in particular by the decisions of arbitral tribunals- is that reparation must as far as possible wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation which would, in all probability, have existed if that act had not been committed.”<sup>282</sup>

En relación al cálculo de la compensación, se debe decir que existen al menos 3 métodos para su determinación: 1. Valor libro; 2. Valor de mercado<sup>283</sup>; y 3. Flujo de caja (*cash flow*).

El valor libro de una corporación representa la diferencia entre los activos y pasivos de la empresa, tal como aparece en los libros de contabilidad de una compañía. Esta forma de cálculo no considera el lucro cesante, por ende, se dice que es el método perfecto para expropiaciones legales. El valor de mercado de una propiedad o inversión, por otro lado, se calcula considerando el precio que están dispuestos a pagar y recibir por el bien comprador y vendedor respectivamente. El precio pagado en ventas de productos similares al producto expropiado es una buena guía para establecer el valor del bien o propiedad.<sup>284</sup> Por último, el flujo de caja toma en cuenta las ganancias proyectadas de una determinada empresa, sin que ésta hubiese tenido que enfrentar la violación al tratado. Es por esto que el método se denomina flujo de caja descontado (*discounted cash flow*), pues lleva a un valor presente o actual, el valor proyectado del flujo de caja neto (que incluye las ganancias futuras).<sup>285</sup> Cabe destacar que para aplicar este último método, el negocio debe tener la necesaria continuidad para poder establecer las ganancias futuras, o como se dice en materia financiera, debe ser un *going concern*. Por supuesto, esto último debe probarse, de lo contrario, lo más probable es que sólo se adjudique el valor real invertido.<sup>286</sup>

---

<sup>281</sup> SORNARAJAH. *Op. cit.* pp.453-456.

<sup>282</sup> CPIJ. Sentencia de 13 de septiembre de 1928. Texto de la sentencia disponible en: [http://www.icj-cij.org/pcij/serie\\_A/A\\_17/54\\_Usine\\_de\\_Chorzow\\_Fond\\_Arret.pdf](http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf)

<sup>283</sup> Aunque para algunos, el valor de mercado representa el estándar, y la forma de calcularlo correspondería a las ciencias financieras. Ver BALL, Marham. *Assesing Damages in Claims by Investors against States*. Foreign Investment Law Journal - ICSID Review, vol. 16 N° 2 (2001). pp. 408-429.

<sup>284</sup> BALL, Marham. *Op cit.* p. 418.

<sup>285</sup> SORNARAJAH. *Op cit.* p.487.

<sup>286</sup> BALL, Marham. *Op cit.* pp. 422-424.



En la práctica todos estos cálculos son presentados por expertos financieros o económicos, quienes a través de extensos informes explican al tribunal los análisis realizados y los métodos utilizados.

Los acuerdos sobre inversión incluyen a su vez, disposiciones residuales para cuando la compensación no pueda calcularse de acuerdo a los métodos descritos más arriba. En estos casos, se contempla una tasación equitativa que tome en cuenta la cantidad de capital invertido, su depreciación, el capital repatriado, entre otros.

Además, es importante tener en cuenta que las disposiciones sobre compensación en caso de expropiaciones legales son las únicas normas relativas a compensación que contemplan los APPIs. Estos acuerdos no contienen normas sobre pago de daños, ni pago de indemnización en caso de infracción a las otras normas del APPI. Tampoco hay normas o reglas relativas a la superposición de los daños por violaciones a disposiciones distintas de un acuerdo. El desarrollo en este punto es netamente jurisprudencial. Así, en el caso *S.D. Myers c. Canadá*, el tribunal dijo que dado que el TLCAN no había identificado métodos especiales para el cálculo de los daños en casos que no fueran expropiaciones, se deducía que la intención de las partes había sido dejar abierta la forma de cálculo a los tribunales.<sup>287</sup>

#### d. Debido proceso

Este requisito puede encontrarse en algunos APPIs, y apunta a que la medida expropiatoria se debe tomar siguiendo un procedimiento que cumpla con los principios del debido proceso. Los acuerdos que indican esta exigencia no son claros respecto a cuál es el alcance de esta disposición, por ejemplo, a si lo que se requiere es que la medida la tome un órgano judicial, o si se refiere a que la administración del Estado adopte la medidas siguiendo los procedimientos legales al efecto.

Se debe distinguir de la disposición que tienen la mayoría de los APPIs, en cuanto a que de la medida expropiatoria y de la compensación se pueda reclamar ante la autoridad competente. Esto se ve expresado, generalmente, en la posibilidad de un

---

<sup>287</sup> PEREZCANO, Hugo. *Damages in Investor-State arbitration. Applicable law and burden of proof*. En DERAIS, Yves y KREINDLER, Richard H. (Eds.) *Evaluation of Damages in International Arbitration*. International Chamber of Commerce, (2006). p. 118.

recurso ante tribunales locales para reclamar de la legalidad de la medida expropiatoria, y el monto de la compensación.

Otro tema relativo a la forma en que la medida se adopta, se relaciona con la idea de que los acuerdos sobre inversión remiten a la legislación interna para determinar el proceso a seguir en la toma de una decisión restrictiva de propiedad.

Esto se hace indicando que la medida debe tomarse “en conformidad a la ley del Estado correspondiente”.

v. Tomas de propiedad en acuerdos suscritos por Chile

Los acuerdos celebrados por Chile no se distancian mucho de los APPIs internacionales.

Todos contemplan de alguna forma u otra los conceptos de nacionalización, y de expropiación directa e indirecta. Existen al respecto tres formas de abordar la clasificación entre expropiación directa e indirecta. La forma más común es señalar expresamente, que se prohíbe la adopción de medidas que priven directa o indirectamente a un inversionista de su inversión. El APPI Chile-Perú, en su artículo 6 (1) estipula:

“Ninguna de las Partes Contratantes adoptará medida alguna que prive, *directa o indirectamente*, a un inversionista de la otra Parte Contratante, de una inversión, a menos que...”<sup>288</sup> [Énfasis agregado].

La segunda manera de referirse a las expropiaciones indirectas es la formulación “cualquier otra medida que tenga efecto similar a”, sin mencionar la expresión expropiación indirecta. El APPI Chile-Dinamarca, en el artículo 5 establece:

“Las inversiones que realicen los inversionistas de cualquiera de las Partes Contratantes no serán nacionalizadas, expropiadas o *sujetas a medida que tengan un efecto equivalente a la nacionalización o expropiación* (más adelante denominadas “expropiación”).”<sup>289</sup> [Énfasis agregado].

---

<sup>288</sup> Ver texto del acuerdo disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/PERU.pdf>.

En este mismo sentido APPIs de Chile con: Croacia, Finlandia, Francia, Grecia, Islandia, Noruega, Portugal, República Checa, Rumania, Suecia, Ucrania, Australia, Filipinas, Bolivia, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, y Uruguay.

<sup>289</sup> Ver texto del acuerdo disponible en:

[http://www.direcon.cl/documentos/DINAMARCA\\_ESPANOL.pdf](http://www.direcon.cl/documentos/DINAMARCA_ESPANOL.pdf).

En este mismo sentido APPIs de Chile con: Alemania, Dinamarca, España, Italia, Reino Unido e Irlanda del Norte, China, Corea, Malasia, Argentina Ecuador, y Venezuela.

La tercera opción es utilizar la fórmula expropiación directa e indirecta, en conjunto con la frase “cualquier otra medida de efecto equivalente”. Ejemplo de esta línea la encontramos en el APPI celebrado con Austria, que en el artículo 5 dispone:

“Una Parte Contratante no expropiará ni nacionalizará directa o indirectamente una inversión efectuada en su territorio por un inversionista de la otra Parte Contratante, *ni adoptará medida alguna que tenga un efecto equivalente* (denominado en adelante “expropiación”)...”<sup>290</sup> [Énfasis agregado].

Sin embargo, esta última forma es la menos utilizada.

Como vimos anteriormente, la inclusión de la frase “cualquier otra medida”, en conjunto con los conceptos de expropiación directa e indirecta, se ha interpretado de al menos dos maneras. Una primera aproximación sostiene que la frase en comento se ha agregado en las APPIs para extender el alcance del concepto de expropiación indirecta, a violaciones aberrantes de las disposiciones de un acuerdo de inversión. Otros, en cambio, sostienen que “cualquier otra medida” no necesariamente alude a una categoría diferente de expropiación, sino que es más bien una iteración de lo que implica una expropiación indirecta.<sup>291</sup>

En cuanto a las definiciones de los términos, se puede señalar que en general no se incluyen. Sí podemos, no obstante, referirnos a formulaciones especiales. Una de ellas es la que encontramos en el acuerdo con Italia, el cual distingue entre limitaciones y expropiaciones:

- a) Las inversiones objeto del presente Acuerdo no pueden estar sujetas a *ninguna medida que limite por tiempo determinado o indeterminado*, el derecho de propiedad, de posesión, de control o de goce relacionados con ellas, salvo disposiciones específicas de las leyes, como también sentencias y ordenanzas dictadas por tribunal competente.
- b) Las inversiones de inversionistas de una de las Partes Contratantes no serán directa o indirectamente nacionalizadas, expropiadas, incautadas o sujetas a medidas que tengan efectos equivalentes en el territorio de la otra Parte Contratante...”<sup>292</sup> [Énfasis agregado].

En los APPIs suscritos por Chile no encontramos enunciaciones más allá de las citadas. Tampoco hay mención general a las medidas regulatorias, a excepción del APPI con Italia, que de alguna forma menciona las limitaciones específicas de ley.

<sup>290</sup> [http://www.direcon.cl/documentos/AUSTRIA\\_ESPANOL.pdf](http://www.direcon.cl/documentos/AUSTRIA_ESPANOL.pdf) En este mismo sentido APPIs de Chile con: Bélgica, Suiza y Costa Rica.

<sup>291</sup> Ver más arriba nota de pie N° 262.

<sup>292</sup> <http://www.direcon.cl/documentos/ITALIA.pdf>

Sin embargo, esto no es muy significativo, dado que la mayoría de las restricciones a la propiedad provienen de medidas regulatorias administrativas, que quedarían fuera de una noción restringida de ley.

En materia de tratados de libre comercio, en el TLC Chile-Estados Unidos, encontramos que en el Anexo 10-D sobre expropiación se agrega en el N° 4 (d):

“Salvo en circunstancias excepcionales, *no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios* no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente.”<sup>293</sup> [Énfasis agregado].

Luego de las enunciaciones referidas, los acuerdos enumeran los requisitos bajo los cuales sería lícito adoptar medidas expropiatorias. Todos los tratados abordan de forma similar los requisitos esbozados más arriba. Las medidas expropiatorias estarían permitidas si son en favor del bien común o interés público, si se adoptan sin discriminación, contra pago de compensación previa, y en conformidad a la ley.

Todos los APPIs contienen referencias al bien común o interés público. De forma especial, se puede decir que el APPI Chile-Reino Unido e Irlanda del Norte, clasifica este requisito agregando que las medidas deben ser “adoptadas por motivos de bien común relacionados con las necesidades internas de esa Parte...”<sup>294</sup>

Los APPIs incluyen además, la prohibición de que las medidas sean discriminatorias.<sup>295</sup> Cabe destacar, que los APPIs de Chile-Bélgica y Chile-Francia agregan, aparte del requisito de no discriminación, el que las medidas no sean contrarias a compromisos especiales suscritos por el Estado y un inversionista.<sup>296</sup>

La tendencia en torno al requisito de compensación, por otra parte, se pronuncia mayoritariamente en favor de la fórmula Hull, aunque no con dichas palabras, y por

---

<sup>293</sup> Texto del TLC disponible en:

[http://www.direcon.cl/documentos/TLC\\_EEUU/10\\_Inversiones.pdf](http://www.direcon.cl/documentos/TLC_EEUU/10_Inversiones.pdf)

<sup>294</sup> Ver artículo 4 del APPI disponible en:

[http://www.direcon.cl/documentos/REINO\\_UNIDO\\_ESPANOL.pdf](http://www.direcon.cl/documentos/REINO_UNIDO_ESPANOL.pdf)

<sup>295</sup> El APPI Chile-Alemania, no contiene referencia a la discriminación.

<sup>296</sup> Estos países hacen expresa mención a inversiones que estén regidas por el APPI, por la legislación nacional o por convenios internacionales existentes o suscritos en el futuro por la Parte Contratante. En algunos casos, el inversionista podrá hacer prevalecer las normas más favorables. También regula este APPI las situaciones regidas por acuerdos particulares entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante.

una forma de cálculo en conformidad al valor del mercado de la inversión.<sup>297</sup> Al respecto se debe hacer especial mención al APPI Chile-Italia que habla sobre justo valor de mercado y a la vez lo define:

“c) *La justa indemnización* será equivalente al *valor efectivo del mercado* de la inversión...

Se entiende que el valor efectivo del *mercado incluye todos los elementos constitutivos y distintivos de la empresa y de las actividades empresariales.*”<sup>298</sup> [Énfasis agregado].

El resto de los APPIs habla de compensación adecuada y efectiva, sin agregar una forma de cálculo relativa al valor de mercado. Incluso, algunos se refieren al “valor real” de la inversión sin explicitar qué es lo que se entiende por ese concepto.<sup>299</sup>

Otra situación relevante en relación al cálculo de la compensación es lo dispuesto en el N° 2 del artículo 5 del APPI con Francia, que tiene un interesante método para contemplar el contexto económico actual de los países. Sin embargo, esta disposición es única en los APPIs. El artículo citado dice:

“Cualquier medida de privación que pudiere adoptarse dará lugar a una indemnización pronta y adecuada, cuyo monto se calculará sobre la base del *valor real* de las inversiones en cuestión y se fijará de *conformidad con la situación económica normal imperante* antes de cualquier amenaza de privación siendo comprobable de acuerdo con un procedimiento judicial regular.”<sup>300</sup> [Énfasis agregado].

No obstante esta marcada tendencia a favor del método del valor de mercado, muchos acuerdos contemplan una forma de tasación equitativa como regla residual, cuando el cálculo de la compensación sea dificultoso.<sup>301</sup> En este sentido el artículo 6 del APPI Chile-Grecia:

“Cuando dicho valor no pueda ser establecido fácilmente, la compensación se podrá determinar en conformidad con los principios de tasación equitativos generalmente reconocidos, tomando en cuenta el capital invertido, la

---

<sup>297</sup> En este sentido APPIs Chile con: Austria, Croacia, Dinamarca, Finlandia, Grecia, Islandia, Italia, Noruega, Portugal, Reino Unido e Irlanda del Norte, República Checa, Rumania, Suecia (aunque no agrega valor de mercado), Ucrania, Australia, Malasia, Filipinas, Bolivia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay.

<sup>298</sup> Ver artículo 5 c) APPI Chile-Italia.

<sup>299</sup> Para ver APPIs con formulaciones particulares respecto de la compensación ver acuerdo de Chile con: Alemania, Bélgica, España, Francia, Suiza, China, Argentina, y Venezuela.

<sup>300</sup> <http://www.direcon.cl/documentos/FRANCIA.pdf>

<sup>301</sup> Ver APPIs Chile con: Austria, Croacia, Grecia, República Checa, Rumania, Ucrania, Australia, Corea, Filipinas, Bolivia, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, y Uruguay.

depreciación, el capital que haya sido repatriado, el valor de reposición, el derecho de llave y otros factores pertinentes.”<sup>302</sup>

En relación a la forma en que se adoptan las medidas, se puede decir que estos acuerdos contienen en su mayoría la disposición que obliga a los Estados a expropiar en “conformidad a la ley”.<sup>303</sup> Esta disposición es una remisión a la ley interna que determina la rectitud de las medidas de interferencia. Algunos acuerdos presentan particularidades en su redacción, así por ejemplo, el acuerdo con Perú agrega que las expropiaciones pueden llevarse a cabo siempre y cuando: “las medidas sean adoptadas en virtud de la ley y en conformidad con las normas constitucionales correspondientes...”<sup>304</sup>

El APPI con Alemania es más explícito al agregar que las medidas deben ser autorizadas por ley.<sup>305</sup>

Esta disposición en algunos acuerdos va acompañada de la exigencia de debido proceso legal en la toma de la decisión expropiatoria.<sup>306</sup> Algunos de estos acuerdos dejan claro que no se refiere al requisito de revisión posterior de la legalidad o monto de compensación ante las autoridades judiciales correspondientes. Así el acuerdo de Chile-Ecuador establece en el artículo V que:

“1. Ninguna de las Partes Contratantes tomará medidas de nacionalización o expropiación ni ninguna otra medida que tenga el mismo efecto, (...), a menos que dichas medidas sean tomadas por razones de utilidad pública o interés nacional, sobre una base no discriminatoria y *bajo el debido proceso legal*. De la legalidad de la nacionalización, expropiación o de cualquier otra medida que tenga un efecto equivalente y el monto de la compensación *se podrá reclamar en procedimiento judicial ordinario*.”<sup>307</sup> [Énfasis agregado].

Todos los acuerdos suscritos por Chile contemplan la posibilidad de reclamar internamente por la legalidad de la medida expropiatoria y el monto de la indemnización pagada. Como se verá en el próximo capítulo relativo a la forma de solución de conflicto, las disposiciones relacionadas a los recursos internos para

---

<sup>302</sup> Ver texto del APPI en: <http://www.direcon.cl/documentos/GRECIA.pdf>

<sup>303</sup> Ver APPIs Chile con: Austria, Croacia, Bélgica, España, Finlandia, Grecia, Italia, Noruega, Portugal, República Checa, Rumania, Ucrania, Australia, China, Corea, Filipinas, Reino Unido e Irlanda del Norte, Suiza, Argentina, Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay, y Venezuela.

<sup>304</sup> <http://www.direcon.cl/documentos/PERU.pdf>

<sup>305</sup> <http://www.direcon.cl/documentos/ALEMANIA.pdf>

<sup>306</sup> Ver APPI Chile con: Suecia, Malasia, Cuba y Ecuador.

<sup>307</sup> Ver APPI en: <http://www.direcon.cl/documentos/ECUADOR.pdf>

reclamar de la expropiación no dejan en claro si se considerarán como una opción de foro en aquellos acuerdos que contienen una cláusula de *fork in the road*.

## Conclusiones

El derecho de un Estado a afectar la propiedad privada es reconocido en el derecho internacional. Esta facultad se considera inherente a la soberanía y jurisdicción que ejerce un Estado sobre las personas y cosas que se encuentran en su territorio. La suscripción de acuerdos sobre inversión no desconoce esta facultad de los Estados, aunque sí la limita, imponiendo requisitos y exigencias para que las interferencias se consideren lícitas. Estos requisitos son básicamente tres: que las medidas sean tomadas por razones de utilidad pública, que no sean discriminatorias y que se adopten contra pago de compensación.

En este ámbito, el concepto inversión adquiere gran importancia porque define el ámbito de cosas que se pueden ver afectadas por una medida estatal expropiatoria. Esto es relevante porque los APPIs han desarrollado conceptos que van mucho más allá de las “expropiaciones clásicas”. Esto significa que no sólo se considera expropiación a aquellas medidas que afectan abiertamente la propiedad física del inversionista, sino que también a las interferencias en el uso, manejo o control de la inversión, o aquellas que la deprecian substancialmente.

Por otro lado, tampoco está clara en los acuerdos sobre inversión la línea que distingue entre las medidas que califican como una expropiación, de aquellas que corresponden a medidas regulatorias normales y que, por ende, no conllevan compensación. Los APPIS suscritos por Chile no contemplan estas distinciones, aunque sí se han comenzado a incorporar en los TLCs. La importancia de esta inclusión radica en que lo comprometido son las actividades estatales básicas, que protegen y promueven objetivos legítimos de bienestar público. Al excluirlas del concepto de expropiación, se previene que el Estado sea condenado por el ejercicio de sus propias facultades, con el consiguiente encarecimiento de la actividad estatal.

## Capítulo V. Solución de controversias

### i. Introducción

La gran mayoría de los tratados sobre inversión contienen capítulos dedicados a la solución de controversias inversionista-Estado y Estado-Estado. Estas disposiciones dan eficacia a las garantías sustantivas que contemplan los APPIs. Sin mecanismos adecuados de solución de controversias, todo el sistema de protección sería insuficiente.<sup>308</sup>

Tradicionalmente, los medios de solución de controversia que existen a nivel internacional han involucrado solamente a los Estados. Esto porque el individuo sólo ha pasado a ser sujeto de derecho internacional público con la aparición del movimiento de derechos humanos a mediados del siglo XX. Y, aunque se puede sostener que los extranjeros sí han tenido ciertos derechos a nivel internacional-mínimo trato internacional-, éstos no tenían *ius standi* ante tribunales internacionales. Por esta razón, los tratados de inversión representan una evolución en los mecanismos de solución de controversias, ya que contienen un particular método de solución de conflictos que involucra directamente a los inversionistas, personas individuales, con independencia de sus Estados.

Con anterioridad, los inversionistas quedaban sujetos a la buena voluntad de sus propios Estados, al carecer de la facultad de demandar directamente a los países receptores de su inversión en foros internacionales. Sus opciones eran o demandar al Estado ante las cortes internas del país, lo cual siempre generaba sospechas, o pedir que el Estado del cual eran nacionales intercediera por ellos a través de la protección diplomática. La próxima sección tratará la historia y origen de este especial método de protección. Se analizará la institución de la protección diplomática, el origen

---

<sup>308</sup> Aunque el TLC Australia-Estados Unidos no contiene disposiciones relativas a la solución de controversias Inversionista-Estado en foros internacionales. El artículo 11.16 establece que nada impedirá que un inversionista entable demandas arbitrales contra el otro Estado Parte, *en conformidad a la ley de ese Estado*. Ver texto de este TLC disponible en: [http://www.ustr.gov/assets/Trade\\_Agreements/Bilateral/Australia\\_FTA/Final\\_Text/asset\\_upload\\_file\\_248\\_5155.pdf](http://www.ustr.gov/assets/Trade_Agreements/Bilateral/Australia_FTA/Final_Text/asset_upload_file_248_5155.pdf)

Los APPIS celebrados por China tampoco contenían medios de solución de conflictos inversionista - Estado. De hecho, este país firmó la Convención de Washington recién en 1990. La posición de China respecto de los mecanismos de solución de conflictos ha cambiado con la suscripción de nuevos acuerdos sobre inversión. SCHILL, Stephan. *Op cit.* p. 2.



comercial del arbitraje en materia de inversiones, y las nuevas posturas relativas a la naturaleza jurídica de los métodos de resolución de controversias sobre inversiones. Luego, en la sección 3 se revisarán los métodos de solución de controversias más utilizados en materia de inversión. Se verá que estos mecanismos son una combinación entre instancias informales, como negociaciones y consultas entre las partes, con mecanismos judiciales vinculantes, particularmente, el arbitraje internacional (aunque también existen tratados que privilegian métodos no vinculantes como la conciliación). Dentro del arbitraje se estudiará su principal clasificación, esto es, arbitraje *ad hoc* y arbitraje institucional. Este capítulo estudiará también, brevemente, las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que corresponden a las reglas más utilizadas en materia de arbitraje *ad hoc*, y el sistema del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), que corresponde al sistema de arbitraje institucionalizado de la actualidad.

En la sección 4, se revisarán las cláusulas relativas a la solución de conflictos de los tratados sobre inversión. Se dará énfasis a la forma en que los Estados otorgan su consentimiento a los métodos de solución internacionales.

Para terminar, en la sección 5 se analizarán las disposiciones de los acuerdos suscritos por Chile relativas a la solución de controversias inversionista-Estado.

Este capítulo sólo se enfocará en la solución de controversias Inversionista-Estado, pues es en este mecanismo donde se presentan las mayores novedades y a la vez, las mayores dificultades.

## ii. Origen y evolución de los mecanismos de solución en materia de inversión

Tradicionalmente, las personas privadas carecían de la capacidad necesaria para acudir directamente a foros internacionales y demandar a Estados soberanos. Así fue entendido por quienes redactaron el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que en su artículo 34 dice expresamente que: “1. Sólo los Estados podrán ser partes en casos ante la Corte.”

Esta última es la regla general bajo el derecho internacional, donde la prioridad para resolver controversias internas la tiene el derecho doméstico.<sup>309</sup>

Existen si algunas excepciones, como por ejemplo, el sistema internacional de protección de derechos humanos.<sup>310</sup> Aunque ni siquiera este sistema resulta tan liberal como el sistema adoptado a nivel de protección de inversiones, pues sólo el Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos contempla la posibilidad para los individuos de recurrir directamente al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.<sup>311</sup> En el Sistema Interamericano y Africano, en cambio, las peticiones y denuncias individuales se interponen a través de una Comisión de Derechos Humanos.<sup>312</sup>

Debido a esta falta de legitimación activa para actuar a nivel internacional, el único recurso que tenían los inversionistas extranjeros, en caso de ser dañados por el Estado receptor de la inversión, era solicitar protección diplomática a su propio Estado. Esto significaba que el Estado nacional de la víctima hacía suyos los intereses privados del inversionista que pedía su intervención. Pero para poder recurrir a esta instancia el inversionista debía, de todas formas, agotar los recursos internos del país con quien tenía el conflicto.<sup>313</sup>

La utilización de la protección diplomática como método de solución de conflictos relativos a inversiones presentaba diversos problemas. Por ejemplo, el Estado del inversionista podía decidir no interceder por su nacional en la controversia o, si decidía hacerlo, no quedaba obligado a reintegrar al inversionista lo obtenido gracias

---

<sup>309</sup> VAN HARTEN, Gus. *Op cit.* p. 96.

<sup>310</sup> Como ejemplo de otras instancias en que los individuos han tenido acceso directo para demandar a los Estados se cuentan: La Comisión de Arbitraje de Alabama, establecida después de la Guerra Civil norteamericana; El Iran-United States Claims Tribunal, para solucionar los conflictos surgidos luego de la revolución islámica en Irán (1979); La Comisión de Compensación de la ONU, establecida después de la Guerra del Golfo. VAN HARTEN, Gus. *Op. cit.* p.99.

<sup>311</sup> El Artículo 34 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos humanos expresa: “El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho.” [Énfasis agregado].

Texto del Convenio disponible en: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/SpanishEspagnol.pdf>

<sup>312</sup> El artículo 61 (1) de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, respecto a la competencia de la Corte dice: “Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.”

<sup>313</sup> VAN HARTEN, Gus. *Op. cit.* p.96.

a su intervención.<sup>314</sup> Por otra parte, eran los mismos Estados los que controlaban la gravedad de la disputa y la forma de resolverla. Esto porque al defender sus intereses, los Estados deben tomar en consideración no sólo las relaciones internacionales en general, sino que también el interés público de la población del Estado en cuestión.<sup>315</sup>

Sin embargo, con el aumento de la actividad comercial y la creciente participación de corporaciones transnacionales en actividades de intercambio e inversión, la regla general en el derecho internacional comenzó a presentar excepciones. Es así que comienza a surgir la idea de crear mecanismos que permitieran el acceso directo de los inversionistas a instancias internacionales. En este contexto, uno de los procedimientos escogidos fue el arbitraje internacional. En consecuencia, fue la expansión del comercio internacional la que permitió que el arbitraje se utilizara también en la solución de disputas comerciales entre privados.

Al permitir que los inversionistas acudieran directamente a instancias internacionales en búsqueda de reparación por los daños sufridos, el sistema de inversiones tomó un camino muy distinto al del derecho internacional público general, que no permite que los individuos demanden por sí mismos a Estados soberanos.

El arbitraje a nivel de inversiones tiene su origen en el sistema de arbitraje comercial privado, nacido bajo el marco de las Convenciones de Ginebra de 1923 y 1927.<sup>316</sup> Estas convenciones reconocieron primero, la fuerza vinculante de las cláusulas compromisorias entre partes de distintas nacionalidades y, más adelante, en 1927, se reconoció y dio fuerza ejecutoria a sentencias arbitrales extranjeras (dictadas en el territorio de alguno de los Estados parte). No obstante este avance, el marco provisto por estas convenciones era limitado, debido a que los Estados mantenían un alto nivel de control sobre la ejecución de sentencias extranjeras, al exigir que éstas

---

<sup>314</sup> *Disputes Settlement: Investor-State*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, (2003), [en adelante UNCTAD Solución de disputas], p. 6. Disponible en: [http://www.unctad.org/en/docs/iteit30\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/iteit30_en.pdf)

<sup>315</sup> VAN HARTEN, Gus. *Op cit.* p. 97.

<sup>316</sup> El Protocolo de Ginebra de 1923 relativo a las cláusulas de arbitraje y la Convención de Ginebra de 1927 sobre la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras fueron derogadas por la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (ver artículo VII de esta última convención).

fueran conformes a la legislación del Estado donde se buscaba su ejecución. Por lo demás, estas convenciones se aplicaban solamente a arbitrajes comerciales.<sup>317</sup>

En la década del 50, la Cámara Internacional de Comercio hizo lobby para ampliar el ámbito de aplicación de las convenciones de Ginebra. Fue así como en 1958 se celebró la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, en adelante Convención de Nueva York. Bajo esta convención, ya no era necesario que las sentencias cumplieran con el derecho del país donde se solicitaba su ejecución, sino que sólo con las leyes del país donde se había llevado a cabo el arbitraje. De esta forma, los Estados perdieron parte del control judicial doméstico sobre sentencias dictadas fuera de su territorio.

En 1976 la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en adelante CNUDMI, dictó el Reglamento de Arbitraje que se utilizaría para sustanciar diversos procesos arbitrales. La importancia de estas reglas está dada por su incorporación en numerosos tratados sobre inversión, lo cual amplió el ámbito material de las controversias de disputas comerciales simples, a lo que Gus Van Harten denominó “disputas regulatorias”. Estas disputas son aquellas que surgen del ejercicio de la autoridad soberana de los Estados, o mejor dicho “...a class of disputes arising from state’s relationships with individuals who are subject to the exercise of public authority by the state.”<sup>318</sup>

Este vuelco material en las disputas cambió la relación de las partes dentro de los arbitrajes que, hasta ese momento, sólo involucraban a partes iguales.<sup>319</sup>

Pero fue la creación del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones, en adelante CIADI, lo que sin duda terminó por expandir la competencia de los tribunales arbitrales en esta materia. Este Centro tiene competencia para conocer de disputas que surjan directamente de una inversión, sin embargo, la convención que lo creó, la Convención de Washington, no define este concepto. De esta forma, el número de actividades estatales susceptibles de revisión internacional se amplía exponencialmente. Por el contrario, la competencia que tienen los

---

<sup>317</sup> VAN HARTEN, Gus. *Op cit.* p. 51.

<sup>318</sup> VAN HARTEN, Gus. *Op cit.* p.45.

<sup>319</sup> Esta simetría no apunta a la situación de las partes dentro del proceso mismo, sino que se refiere a la relación que existe entre ellas antes del surgimiento de una controversia, esto es, por un lado un Estado y por el otro, un particular que afirma haber sufrido daños producto del ejercicio de las facultades soberanas del primero.

arbitrajes que se desarrollaban en el ámbito privado es sólo la que estipula el compromiso, y no se extiende a materias relacionadas con el ejercicio de las potestades públicas de los Estados.<sup>320</sup>

Por esta razón, Van Harten propone cambiar el marco analítico del arbitraje relativo a inversiones, entendido como un arbitraje entre iguales, a la idea de un sistema de adjudicación de derecho internacional público. Esto porque los tribunales arbitrales revisan, en definitiva, la corrección y legitimidad de medidas que fueron tomadas dentro de las potestades regulatorias de los Estados, lo cual se asemeja mucho más al tipo de adjudicación del derecho público interno, administrativo o constitucional.

El origen privado del arbitraje en materia de inversiones también ha marcado los tipos de acciones disponibles para los inversionistas. Uno de los principios que rigen el ámbito privado es el de justicia correctiva, que implica que las personas en el derecho privado mantienen una relación de correlatividad y simetría. Si una persona sufre algún perjuicio a causa de otra, ese daño debe ser reparado por el responsable para restablecer el equilibrio.<sup>321</sup> Por esta razón, una de las acciones más comunes en el derecho privado es la acción de indemnización de perjuicios, que obliga a la parte responsable de los daños a compensarlos. En materia de inversión se ha llegado a la misma solución. La función de los tribunales arbitrales es determinar si una de las partes es o no responsable de los perjuicios ocasionados a la otra y, en caso afirmativo, fijar el monto de compensación que se debe. Bajo el enfoque de Van Harten, en cambio, el rol de los tribunales debería ser similar al rol que juega la judicatura en los Estados nacionales, esto es, determinar los límites del ejercicio del poder ejecutivo y, en algunos casos, el legislativo. Para eso se debe modificar, entre otras cosas, la institución de árbitros privados del sistema de adjudicación de inversiones.<sup>322</sup>

---

<sup>320</sup> VAN HARTEN, Gus. *Op cit.* p.55.

<sup>321</sup> BARROS, Enrique. *Justicia y Eficiencia como Fines del Derecho Privado*. En Estudios de Derecho Civil. "Código y Dogmática en el Sesquicentenario de la Promulgación del Código Civil". Lexis Nexis, (2005).

<sup>322</sup> VAN HARTEN, Gus. *Op cit.* p.71.

### iii. Mecanismos de solución de controversias en materia de inversiones

Las controversias en materia de inversión pueden resolverse en dos niveles: 1. Recurso a los tribunales internos del Estado receptor; y 2. Recurso a mecanismos internacionales.

El recurso a los tribunales o autoridades respectivas locales no es la vía preferida por los inversionistas. Esta aversión se explica por diversas razones. Primero, existe desconfianza respecto de la imparcialidad de los tribunales internos, argumentándose que los mecanismos internacionales despolitizarían las disputas.<sup>323</sup> También habría prejuicios respecto de la falta de experiencia de las autoridades locales, en relación a temas de inversión y derecho internacional general. Pero además, la posibilidad de ejecución de las sentencias arbitrales internacionales es más amplia que la ejecución interna, esto porque las sentencias internacionales contarían con toda una red de tratados sobre ejecución, incluso en terceros países.<sup>324</sup>

Dentro de los distintos mecanismos de solución de controversias que existen a nivel internacional, consagrados en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas<sup>325</sup>, los métodos preferidos en materia de inversión son esencialmente dos: la negociación y el arbitraje. Algunos tratados incluyen también la conciliación.

La negociación es un mecanismo informal, corresponde a un período de consultas e intercambio de puntos de vista entre las partes respecto de la controversia o disputa.<sup>326</sup> Las soluciones alcanzadas en estos procesos no son vinculantes, a menos que para su ejecución se celebre un acuerdo entre las partes. En el ámbito de las inversiones, las negociaciones o consultas amistosas son un requisito previo para recurrir al arbitraje. En el fondo, las negociaciones implican una oportunidad para que las mismas partes puedan resolver la disputa que les concierne, sin la intervención de terceros. Para que este proceso no se vea dilatado de forma indebida,

---

<sup>323</sup> SORNARAJAH, M. *Op.cit.* p. 250.

<sup>324</sup> PARRA, Antonio. *Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instrument on Investment*. Foreign Investment Law Journal - ICSID Review, vol. 12, N° 2, (1997). pp. 287-364.

<sup>325</sup> El artículo 33 de la Carta dice: "1. Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección."

<sup>326</sup> COLLIER, John y LOWE, Vaughan. *The Settlement of Disputes in International Law. Institutions and Procedures*. Oxford University Press, (2000). p. 20.

la mayoría de los tratados sobre inversión imponen un plazo máximo dentro del cual, si no se ha llegado a acuerdo, las partes pueden pasar al siguiente mecanismo que, la mayoría de las veces, es el arbitraje.

Antes de describir el arbitraje es necesario hacer referencia a un tercer mecanismo: la conciliación. Éste es un mecanismo pacífico de solución de controversias, que requiere de la intervención de un tercero que actúa acercando a las partes, pero que a diferencia de la mediación, propone una solución a las partes para arreglar la controversia. Sin embargo, este arreglo tiene sólo el carácter de recomendación y no es, por ende, vinculante.<sup>327</sup>

Pero fuera de toda duda, el mecanismo de solución de controversias más utilizado a nivel de disputas relativas a inversiones es el arbitraje. Éste es un método judicial en el cual un tercero (o terceros en caso de que el panel esté compuesto por más árbitros, generalmente por un número impar), soluciona el conflicto a través de una decisión legal que tiene carácter vinculante. Este mecanismo se clasifica en arbitraje *ad hoc* o arbitraje institucionalizado, dependiendo de si el arbitraje es conducido a través de reglas especialmente redactadas para cada proceso o bien, si se utilizan reglas que forman parte de un sistema integral de arbitraje, esto es, un sistema administrativo y procesal como el CIADI.

Es claro que redactar reglas particulares para cada caso puede ser problemático y lento. Es por esto que existen ciertos organismos que han elaborado reglas que las partes en un arbitraje pueden utilizar para conducir el procedimiento. Ejemplo de estas reglas son las de la Cámara de Comercio Internacional con sede en París (CCI), las reglas de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres (LCIA), las de la Cámara de Comercio de Estocolmo, y el Reglamento de la CNUDMI, entre otros.<sup>328</sup>

Dada la constante remisión de los tratados sobre inversión al Reglamento de la CNUDMI y al mecanismo del CIADI, se hará una breve referencia a ellos a continuación.

---

<sup>327</sup> COLLIER y LOWE. *Op. cit.* p. 29.

<sup>328</sup> COLLIER y LOWE. *Op. cit.* pp. 45-46.

*Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)*

La Comisión de Naciones Unidas para Derecho Mercantil Internacional fue establecida en 1966, para unificar el derecho sobre comercio internacional.

A la Comisión se le encomendó la elaboración de reglas de arbitraje, para que las partes en una controversia pudieran recurrir a ellas en arbitrajes *ad hoc*. Estas reglas aseguran que los procesos se substanciarán en conformidad a normas y estándares internacionales, para que así puedan ser cumplidas en los ordenamientos jurídicos internos de las partes. El Reglamento fue finalmente adoptado por resolución de la Asamblea General el 15 de diciembre de 1976.<sup>329</sup>

La iniciación del procedimiento bajo el Reglamento sólo necesita de la notificación al demandado,<sup>330</sup> que puede ser la contraparte de un contrato comercial que contiene una cláusula compromisoria.<sup>331</sup> Las partes pueden también celebrar un compromiso luego de surgida la disputa. Tanto la cláusula compromisoria como el compromiso resultan muy importantes en estos procedimientos, pues son los que definen la competencia del tribunal arbitral. Bajo el Reglamento es el mismo tribunal el que decide su competencia.<sup>332</sup>

El tribunal arbitral puede componerse de uno o tres miembros elegidos generalmente por las partes. Si éstas no llegan a acuerdo en cuanto al número, la regla es que sean tres árbitros. Si se debe nombrar a tres árbitros, cada parte designa a uno y los dos designados eligen al tercero, que ejercerá las funciones de presidente del tribunal. El Reglamento contempla además, la existencia de una autoridad nominadora en caso de que las partes no acuerden las personas que oficiarán como árbitros.<sup>333</sup> El principio básico de este Reglamento, es que el tribunal arbitral puede conducir el arbitraje de la forma que considere apropiada, respetando siempre la igualdad entre las partes en el ejercicio de sus derechos.<sup>334</sup>

---

<sup>329</sup> Resolución de la Asamblea General 31/98.

Ver texto en español del Reglamento disponible en:

<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules-s.pdf>

<sup>330</sup> Artículo 3 del Reglamento. “2. Se considerará que el procedimiento arbitral se inicia en la fecha en que la notificación del arbitraje es recibida por el demandado.”

<sup>331</sup> Artículo 1 del Reglamento.

<sup>332</sup> Artículo 21 del Reglamento.

<sup>333</sup> Artículos 5 a 8 del Reglamento.

<sup>334</sup> Artículo 15 del Reglamento.



El arbitraje puede dirigirse en base a un procedimiento escrito, a menos que las partes soliciten audiencias. Toda documentación producida debe ser comunicada a la otra parte.<sup>335</sup> Si una de las partes debidamente notificada no comparece, o no ejerce las facultades que debe ejercer dentro de los plazos estipulados por el tribunal, éste puede ordenar que prosiga el arbitraje sin la comparecencia de la otra (existe así proceso en rebeldía).<sup>336</sup>

En cuanto al derecho aplicable, la regla principal es que se aplica la ley que las partes hayan indicado como aplicable al fondo del litigio. Si las partes no lo indican, el tribunal aplica la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que considere aplicables. El tribunal debe tomar en cuenta, en todo caso, las estipulaciones del contrato celebrado por las partes y también los usos mercantiles.<sup>337</sup>

Respecto a las resoluciones, el tribunal puede incluso dictar medidas provisionales de protección para asegurar el objeto del litigio.<sup>338</sup> En cuanto a la sentencia definitiva, ésta es inapelable.<sup>339</sup> No obstante, existe la posibilidad de solicitar una interpretación y rectificación del laudo.<sup>340</sup>

El arbitraje bajo las reglas CNUDMI fue creado principalmente para el arbitraje comercial entre privados,<sup>341</sup> y gracias a su inclusión en acuerdos sobre inversión, comenzaron a utilizarse también en procesos que involucraban a privados y a Estados.

A pesar de haber sido creado a instancias de la ONU, el sistema de la CNUDMI no tiene un órgano administrativo permanente que supervise los procesos de arbitraje sustanciados en conformidad al Reglamento, como sí lo tiene el sistema que veremos a continuación.

---

<sup>335</sup> Artículo 15 del Reglamento.

<sup>336</sup> Artículo 28 del Reglamento.

<sup>337</sup> Artículo 33 del Reglamento.

<sup>338</sup> Artículo 26 del Reglamento.

<sup>339</sup> Artículo 32 del Reglamento.

<sup>340</sup> Artículo 35 y 36 del Reglamento.

<sup>341</sup> De hecho, tal como dice el preámbulo de la Resolución que adoptó el reglamento “Reconociendo el valor del arbitraje como método de resolver las controversias que surgen en el contexto de las relaciones comerciales internacionales.” Parra. *Op cit.* p. 298.

*Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*

El gran desarrollo y crecimiento que tuvo el ámbito de las inversiones llevó también a la creación del CIADI. Este Centro fue creado bajo los auspicios del Banco Mundial para fomentar el desarrollo económico mediante la protección a la inversión privada. Esta institución fue diseñada especialmente para lidiar con las disputas entre Estados y nacionales de otros Estados.<sup>342</sup>

El Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones fue creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, en adelante “Convención de Washington o Convenio”, que entró en vigor en 1966.<sup>343</sup>

---

<sup>342</sup> De acuerdo a A. Broches, todos los estudios relativos a la promoción de la inversión privada recomendaban la creación de una maquinaria de arbitraje o conciliación internacional, que lidiara con las disputas entre inversionistas o empresarios y Estados. En una nota dirigida a los Directores Ejecutivos del Banco Mundial (en ese entonces Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo o BIRD), Broches señala que una de las opciones para superar los problemas que presentaban los mecanismos de solución de conflictos entre Estados e inversionistas, era crear un centro de arbitraje internacional al que los individuos tuvieran acceso directo. Asimismo, era importante que los Estados reconocieran que los acuerdos que celebraban para someter las disputas a arbitraje tenían carácter vinculante. BROCHES, A. *Settlement of Disputes between Governments and Private Parties*. Nota dirigida a los Directores Ejecutivos del BIRD de 28 de agosto de 1961. En: *History of the ICSID Convention. Documents Concerning the Origin and Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, vol. II-1, ICSID, (2001). pp. 1-3.

<sup>343</sup> El Convenio fue elaborado por los directores ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento. En marzo de 1965, los directores sometieron el Convenio a los Gobiernos Miembros del Banco Mundial. El Convenio entró en vigor el 14 de octubre de 1966, cuando fue ratificado por 20 Miembros.

El CIADI no sólo contempla un procedimiento de arbitraje, sino que también uno de conciliación. Además, cuenta con el denominado Mecanismo Complementario, a través del cual inversionistas y Estados no partes de la Convención de Washington pueden someter sus disputas al CIADI. El artículo 2 del Reglamento del Mecanismo Complementario dispone: “Autorízase al Secretariado del Centro para administrar, con sujeción a este Reglamento y de conformidad con él, procedimientos entre un Estado (o una subdivisión constitutiva de un Estado o una entidad del mismo) y un nacional de otro Estado, comprendidos dentro de las siguientes categorías:

(a) procedimientos de conciliación y arbitraje para el arreglo de diferencias de carácter jurídico que surjan directamente de una inversión, que no sean de la competencia del Centro en razón de que el Estado parte en la diferencia o el Estado cuyo nacional es parte en la diferencia no sea un Estado Contratante;

(b) procedimientos de conciliación y arbitraje para el arreglo de diferencias de carácter jurídico que no sean de la competencia del Centro en razón de que no surjan directamente de una inversión, siempre que el Estado parte en la diferencia o el Estado cuyo nacional es parte en la diferencia sea un Estado Contratante; y

(c) procedimientos de comprobación de hechos. La administración de los procedimientos autorizados por este Reglamento se denomina en adelante el Mecanismo Complementario.”

Reglas del Mecanismo complementario disponibles en:

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/AdditionalFacilityRules.jsp>

A diferencia de los otros mecanismos y reglas de arbitraje, el CIADI es un sistema que cuenta con órganos permanentes como el Consejo Administrativo<sup>344</sup> y la Secretaría<sup>345</sup>. El Centro en sí no lleva a cabo los arbitrajes o las conciliaciones, pero provee el marco necesario para que éstos puedan realizarse. Para tal efecto, mantiene una lista de personas de alto carácter moral y de reconocida competencia en los campos del derecho, industria y finanzas, que pueden ejercer como árbitros y conciliadores.<sup>346</sup>

El CIADI también cuenta con un Reglamento Administrativo y Financiero; Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje; Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Conciliación; y Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje.

La competencia del CIADI está definida en la Convención de Washington, artículo 25. En consecuencia, este sistema cuenta con normas sobre competencia independientes, a diferencia de los arbitrajes *ad hoc*. La jurisdicción del Centro puede analizarse distinguiendo entre jurisdicción *ratione materiae*, jurisdicción *ratione personae* y, por último, jurisdicción *ratione temporis*.

#### *Ratione materiae*

El artículo 25 dispone que la jurisdicción del Centro se extiende a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión. El Convenio exige además, que se haya consentido por escrito al sometimiento de una disputa a arbitraje o conciliación. Como se dijo anteriormente, el Convenio no cuenta con una definición de inversión, por lo tanto, en este punto es necesario remitirse a los acuerdos sobre inversión y examinar las definiciones que ellos contienen. (Ver capítulo I, sección 1 “definición de inversión”).

#### *Ratione personae*

Las diferencias deben surgir entre un Estado Contratante o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante, acreditado ante el Centro por

---

<sup>344</sup> Artículos 9 a 11 del Convenio.

<sup>345</sup> Artículos 4 a 8 del Convenio.

<sup>346</sup> Artículo 3 del Convenio.

dicho Estado, y un nacional de otro Estado Contratante. El artículo 25 describe también lo que debe entenderse por nacional de otro Estado, aunque no contiene reglas substanciales sobre nacionalidad. Para determinar qué se entiende por nacional de una parte contratante, es necesario remitirse al acuerdo sobre inversión correspondiente. (Ver capítulo I, sección 2 “definición de inversionista”).

### *Ratione temporis*

Los tratados de inversión tienen, frecuentemente, disposiciones que limitan su alcance temporal. Así, los acuerdos pueden brindar protección a inversiones que se hayan materializado antes de la entrada en vigencia del acuerdo en cuestión, pero en cuanto a las controversias, sólo abarca disputas que surjan luego de la entrada en vigor del tratado. En la práctica, este tema ha generado mucha discusión en torno a la definición de controversia, y a cuándo se entiende que existe una disputa legal relativa a inversiones.<sup>347</sup>

Una vez cumplidos los requisitos de competencia e iniciado el proceso, este sistema se encarga de que el arbitraje sea excluyente de cualquier otro recurso, ya sea interno o internacional. De hecho, el artículo 26 del Convenio invierte la regla general en derecho internacional respecto del agotamiento de recursos internos.<sup>348</sup> Así, si se otorga consentimiento para someter una diferencia a arbitraje o conciliación, se entiende que se excluye cualquier otro recurso. Sin embargo, un Estado puede exigir que se agoten previamente las vías administrativas y judiciales internas, antes de proceder con los mecanismos internacionales. A su vez, el artículo 27 del Convenio también proscribe la protección diplomática respecto de diferencias que se estén

---

<sup>347</sup> Para profundizar sobre el tema de la competencia *ratione temporis* de los tribunales arbitrales ver: caso Empresas Lucchetti, S.A. y Lucchetti Perú S.A. c. República del Perú. Caso CIADI N° ARB/03/4, y Sociedad Anónima Eduardo Vieira v. República de Chile. Caso CIADI No. ARB/04/7. [En adelante caso Vieira]. En ambos casos los tribunales arbitrales determinaron que las controversias habían surgido antes de la entrada en vigencia de los respectivos APPIs y, por lo tanto, quedaban fuera de la jurisdicción del centro.

<sup>348</sup> Es aquí donde se encuentra una de las principales diferencias con el sistema de protección internacional de Derechos Humanos, donde sí se exige el cumplimiento de esta regla. Así el artículo 46 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece: “1. Para que una petición o comunicación presentada conforme a los artículos 44 ó 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos...”

sustanciando al alero del Centro. No obstante, la intervención estatal estaría permitida en el caso que un Estado no cumpliera con el laudo dictado.

El procedimiento de arbitraje comienza con una solicitud que remite el Estado o el nacional de otro Estado Contratante al Secretario General del Centro.<sup>349</sup> La solicitud debe contener los datos relativos a las partes (individualización), su consentimiento al proceso, entre otros. El Secretario puede denegar la solicitud sólo si la diferencia se halla manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro. El Secretario notifica a las partes del registro de la solicitud o de su denegación.

Luego del registro, se debe proceder a la constitución del tribunal arbitral. El tribunal puede estar constituido de un árbitro o de un número impar de árbitros. Si las partes no llegan a un acuerdo en cuanto al número y su forma de designación, el número de árbitros es tres, uno designado por cada parte y el tercero, nombrado de común acuerdo, oficia como presidente.<sup>350</sup>

Si la constitución del tribunal no llegare a realizarse dentro de los noventa días siguientes a la notificación del registro de la solicitud, o dentro de otro plazo determinado por las partes, el Presidente del Consejo Administrativo debe proceder, a solicitud de parte, a nombrar al árbitro restante.<sup>351</sup> Esta designación se hace previa consulta a las partes y, en la práctica, los plazos resultan mucho más flexibles.

El tribunal arbitral resuelve sobre su propia competencia, de forma preliminar o en conjunto con el fondo del asunto.<sup>352</sup>

En cuanto al derecho aplicable, el artículo 42 del Convenio establece que el tribunal decide la disputa en conformidad a las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte de la controversia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado y las de derecho internacional que pudieren ser aplicables.<sup>353</sup> El mismo artículo contiene una especie de principio de inexcusabilidad al establecer que el tribunal no puede eximirse de fallar un asunto a pretexto de silencio u/o oscuridad en la ley.

---

<sup>349</sup> Artículo 36 del Convenio.

<sup>350</sup> Artículo 37 del Convenio.

<sup>351</sup> Artículo 38 del Convenio.

<sup>352</sup> Artículo 41 del Convenio.

<sup>353</sup> Esta referencia al derecho internacional ha sido interpretada por los tribunales CIADI en el sentido de que el derecho interno de los Estados sólo será aplicado al caso si es consistente con las normas de derecho internacional. UNCTAD Solución de disputas, p. 57.

Además, si las partes así lo acuerdan, el tribunal puede fallar una controversia *ex aequo et bono*.<sup>354</sup>

La rebeldía de una de las partes no se considera allanamiento a las peticiones y/o admisión de los hechos formulados por la contraparte. Si una de las partes no comparece o no hiciere uso de sus derechos, el tribunal está facultado para dictar un laudo a instancia de la parte que se encuentra activamente participando del proceso.<sup>355</sup>

El tribunal también tiene la facultad para recomendar la adopción de medidas provisionales para salvaguardar los derechos de las partes, si las circunstancias así lo requieren.<sup>356</sup>

El laudo final debe ser dictado con la aprobación de la mayoría de los miembros del tribunal arbitral, pudiendo contener votos disidentes.<sup>357</sup> Este fallo puede ser publicado sólo con el consentimiento de las partes involucradas.

En cuanto a los recursos que proceden en contra del laudo final, éste puede ser rectificado a petición de una de las partes dentro de los 45 días siguientes a la notificación. El tribunal puede corregir errores materiales, aritméticos, entre otros.<sup>358</sup>

Además, el laudo puede ser aclarado si el sentido del mismo genera diferencias entre las partes.<sup>359</sup>

También procede la revisión, ante el descubrimiento de algún hecho que podría haber influido decisivamente en el laudo, siempre que a tiempo de dictarse el fallo el hecho en cuestión fuera desconocido por el tribunal, y por la parte que pide la revisión. El plazo para interponer este recurso es de 90 días, que corren desde el descubrimiento del hecho o en su defecto, dentro de tres años desde la dictación del laudo.<sup>360</sup>

Por último, existe un recurso de nulidad que debe presentarse dentro de 120 días desde la dictación del laudo. El artículo 52 del Convenio especifica las causales por las cuales puede solicitarse. Estas son: 1. Que el Tribunal se hubiere constituido incorrectamente; 2. Que el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus

---

<sup>354</sup> Artículo 42 (3) del Convenio.

<sup>355</sup> Artículo 45 del Convenio.

<sup>356</sup> Artículo 47 del Convenio.

<sup>357</sup> Artículo 48 del Convenio.

<sup>358</sup> Artículo 49 del Convenio.

<sup>359</sup> Artículo 50 del Convenio.

<sup>360</sup> Artículo 51 del Convenio.

facultades; 3. Que hubiere habido corrupción de algún miembro del Tribunal; 4. Que hubiere quebrantamiento grave de una norma de procedimiento; o 5. que no se hubieren expresado en el laudo los motivos en que se funde. Como se ve, la función de este recurso no es corregir errores de hecho o de derecho, sino que vigilar la integridad de la decisión y el proceso que condujo a su adopción.<sup>361</sup>

El recurso de nulidad es visto por una comisión *ad hoc* designada por el presidente del Consejo Administrativo, que tiene la facultad de anular parcial o totalmente el laudo. La comisión puede suspender la ejecución del mismo hasta que se decida la nulidad, si las circunstancias así lo demandaren.

Si el fallo es anulado, la controversia debe someterse a un nuevo tribunal arbitral.<sup>362</sup>

En relación al reconocimiento y ejecución del laudo, el artículo 53 dispone que éste es obligatorio para las partes, y que no es susceptible de recurso de apelación u algún otro recurso a nivel interno. Este artículo asegura que el fallo dictado bajo el CIADI no quedará sujeto a control interno, por parte de los países contra los cuales se ejecuta. Esto es contrario a lo que ocurre con aquellos mecanismos que utilizan la Convención de Nueva York para el reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras. Esta convención permite, bajo ciertas circunstancias, la revisión de los laudos por parte de los tribunales nacionales.<sup>363</sup>

Las obligaciones pecuniarias establecidas contra los Estados se harán cumplir dentro del territorio de los mismos como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado.<sup>364</sup> El procedimiento de ejecución será aquél vigente para la ejecución de sentencias en el territorio donde la ejecución se pretenda.<sup>365</sup>

Es importante destacar que, a pesar de existir normas expresas sobre ejecución de sentencias que impiden la interposición de recursos o revisiones internas, la

---

<sup>361</sup> BJORKLUND, Andrea. *The Continuing Appeal of Annulment: Lessons from Amco Asia and CME*. International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law, (2005). pp. 471-521.

<sup>362</sup> Artículo 52 (6) del Convenio.

<sup>363</sup> El artículo V de la Convención de Nueva York contempla situaciones que permiten la denegación del reconocimiento y ejecución de un laudo. Una de las causales de denegación es que la sentencia sea contraria al orden público del Estado donde se pide su ejecución.

Ver texto de la convención disponible en:

[http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/XXII\\_1\\_s.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_s.pdf)

<sup>364</sup> Artículo 54 del Convenio.

<sup>365</sup> Artículo 54 (3) del Convenio.

Convención de Washington no deroga las normas relativas a la inmunidad de ejecución de los Estados. Así lo dispone el artículo 55 del Convenio. Esto significa que en última instancia el cumplimiento de las sentencias depende, de todas formas, de la voluntad de los Estados. Sin embargo, el incumplimiento de un laudo CIADI puede interpretarse como una violación del Convenio y derivar en una diferencia entre Estados que como tal, puede remitirse a la CIJ en virtud del artículo 64 del Convenio.

Luego de haber estudiado los principales medios de solución de controversias, en la siguiente sección veremos cómo estos son incorporados en los acuerdos sobre inversión.

#### iv. Disposiciones sobre solución de controversias en acuerdos de inversión

Como ya se explicó, los tratados sobre inversión incluyen capítulos relativos a la solución de conflictos, ya sea entre Estados Contratantes, o bien entre Estados e inversionistas extranjeros. En lo que sigue, se tratarán los distintos aspectos de las cláusulas de solución de controversias.

En relación a los mecanismos relativos a controversias entre inversionistas y Estados, la gran mayoría de los tratados exige que los conflictos sean resueltos amistosamente a través de negociaciones y consultas, antes de recurrir al segundo método que, generalmente, es el arbitraje internacional.<sup>366</sup> De esta forma, el APPI Argentina-Perú, en su artículo 10 dice:

“(1) Toda controversia relativa a las disposiciones del presente Convenio entre un inversor de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante, será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas.”<sup>367</sup>

La relevancia de esta exigencia radica en que los Estados mantienen cierto control en el arreglo de la disputa. Por otro lado, esta instancia amistosa ayudaría a reducir las tensiones de un potencial conflicto. Por esto, las negociaciones y consultas no deben

---

<sup>366</sup> UNCTAD Solución de disputas, p. 23.

<sup>367</sup> Ver texto del acuerdo disponible en:

[http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/peru\\_argentina\\_esp.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/peru_argentina_esp.pdf)



ser consideradas ligeramente, por el contrario, el recurso a este método de resolución importaría una obligación que debe cumplirse de buena fe.<sup>368</sup>

Una vez cumplido este requisito, o en su defecto el plazo mínimo requerido sin que se haya logrado solución al conflicto, los tratados contienen, en su mayoría, una elección de foro, esto es, la posibilidad de recurrir al derecho interno y a los procedimientos que ese ordenamiento contempla para la solución de controversias, o a los mecanismos de solución internacionales.

En cuanto al arbitraje, los tratados se refieren de manera muy uniforme a mecanismos institucionales, esto es CIADI y su Mecanismo Complementario, y a arbitrajes *ad hoc*. En este último caso, la mayoría de los tratados optan por el Reglamento de la CNUDMI.

Esta internacionalización en los mecanismos de solución de conflictos no siempre fue aceptada, especialmente por los países latinoamericanos. El principio de soberanía estatal era interpretado estrictamente, para sostener que los Estados debían mantener siempre su jurisdicción sobre los conflictos que surgieran de inversiones efectuadas dentro de sus territorios. Así lo evidencian ciertos instrumentos internacionales como la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, adoptada por la Asamblea General de la ONU en 1974, y decisiones de la Comisión del Pacto de Cartagena de 1971.<sup>369</sup>

Actualmente, la posición respecto de mecanismos internacionales de solución de conflictos es totalmente opuesta, incluso para países latinoamericanos los cuales, a través de la suscripción de tratados de inversión, han aceptado que las disputas relativas a inversiones se solucionen en foros internacionales. De esta forma, las cláusulas sobre solución de conflictos contienen una elección, generalmente del inversionista, de recurrir a las cortes nacionales o a las vías internacionales.<sup>370</sup> Esta decisión puede transformarse en definitiva, si las disposiciones del APPI así lo indican. A este tipo de cláusula se la ha denominado de “opción irrevocable” o *fork in the road*, algo así como una bifurcación en el camino, porque al inversionista se le

---

<sup>368</sup> UNCTAD Solución de disputas, p. 24.

<sup>369</sup> UNCTAD Solución de disputas, pp. 26-30.

<sup>370</sup> Es difícil encontrar APPIs que expresen que la decisión de foro concierne a ambas partes, esto es, Estado e inversionista. El APPI Irán/Suiza dispone en su artículo 9 (2), que cada parte en disputa puede someter el caso a un tribunal arbitral. Texto del tratado en: [http://www.unctad.org/sections/dite/jia/docs/bits/switzerland\\_iran.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/jia/docs/bits/switzerland_iran.pdf)

presentan dos posibilidades, pero al optar por una de ellas, la decisión es final, precluyendo el derecho de elegir la otra. Continuando con las disposiciones del APPI Argentina-Perú, en el artículo 10 (2) encontramos una cláusula de *fork in the road*:

“(2) Si la controversia no hubiera podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera sido planteada por una u otra de las partes, podrá ser sometida, a pedido del inversor:

- A los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión o,

- Al arbitraje internacional (...)

Una vez que un inversor haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante involucrada o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro de esos procedimientos será definitiva.”

Este cambio en la postura de los países latinoamericanos respecto de las vías internacionales de resolución, se refleja en el artículo 26 de la Convención de Washington y la inclusión de reglas similares en los APPIs. El artículo referido invierte la regla consuetudinaria relativa al agotamiento de recursos internos. En conformidad a esta norma, los Estados deben exigir expresamente el agotamiento de los procedimientos internos antes de recurrir a los métodos internacionales. Si no se efectúa tal exigencia y el tratado se remite al CIADI y a su Convención, se entiende que no existe obligación de agotar las vías procesales internas. Países como Jamaica incluían dicho requisito en sus tratados bilaterales, sin embargo, en tratados suscritos en los últimos años se evidencia un alejamiento de esta exigencia.<sup>371</sup> El APPI Jamaica-Reino Unido especifica en su artículo 9 que:

“...if any such dispute should arise and agreement cannot be reached between the parties to the dispute *through the pursuit of local remedies in accordance with international law* then, if the national or company affected also consents in writing to submit the dispute to the Centre (...) either party may institute proceedings by addressing a request to that effect to the Secretary General of the Centre...”<sup>372</sup> [Énfasis agregado].

Por el contrario, el APPI suscrito entre Jamaica y Estados Unidos no menciona este requisito. El artículo VII 1 dice:

“Any dispute between the Parties concerning the interpretation or application of the Treaty which is not resolved through consultations or other diplomatic channels, shall be submitted, upon the request of either Party, to an arbitral tribunal for binding decision in accordance with the applicable rules of international law.”<sup>373</sup>

<sup>371</sup> UNCTAD Solución de disputas, p.31.

<sup>372</sup> Texto del APPI disponible en: [http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/uk\\_jamaica.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/uk_jamaica.pdf)

<sup>373</sup> Texto del APPI disponible en: [http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/us\\_jamaica.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/us_jamaica.pdf)

Este último acuerdo, sin embargo, no se remite al CIADI, sino que al Reglamento de la CNUDMI. En consecuencia, el artículo 26 de la Convención de Washington no recibiría aplicación, y dado que este Reglamento no tiene referencia al requisito de agotamiento de recursos internos, podría argumentarse que prevalece la regla del derecho consuetudinario. Pero también podría sostenerse que la letra del artículo indica que una vez agotados los canales amistosos, cualquier parte en la disputa estaría facultada para recurrir a arbitraje internacional obligatorio, sin necesidad de recurrir a los procedimientos internos.

En algunos casos, la exigencia de agotar los recursos internos se limita con la imposición de plazos. Si dentro del tiempo fijado no se logra un arreglo, el inversionista queda habilitado para someter la disputa a arbitraje internacional. Ejemplo de esta disposición la encontramos en el APPI Costa Rica-Reino Unido que estipula en el artículo VIII 1:

“Si una diferencia de tal índole surgiere, y no se pudiere llegar a ninguna solución de la misma dentro de un plazo de tres meses entre las partes por aplicación de medidas locales o de otro modo; en tal caso...”<sup>374</sup>

Por otra parte, la remisión a arbitraje en los APPIs obliga a analizar detenidamente la forma en que los Estados dan su consentimiento. Al ser el arbitraje un mecanismo cuyo resultado es una decisión vinculante para las partes, no se puede recurrir a él sin el consentimiento de los involucrados. Esto es importante también, porque la mayoría de los APPIs interactúa con la Convención de Washington, otorgándole competencia al CIADI para conocer de disputas sobre inversión.

Al respecto, la mayoría de la literatura identifica cuatro formas de abordar este tema en los tratados sobre inversión.<sup>375</sup> 1. La primera forma sería estipular que las disputas se someterán a arbitraje internacional, sólo después de un acuerdo entre las partes. Esta cláusula no constituye consentimiento y, por ende, no otorga competencia automáticamente al CIADI<sup>376</sup>; 2. Un segundo tipo de cláusula sería aquella que sólo

---

<sup>374</sup> Ver texto del acuerdo en: [http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/costarica\\_uk\\_sp.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/costarica_uk_sp.pdf)

<sup>375</sup> SORNARAJAH. *Op cit.* p. 251; UNCTAD Solución de disputas, pp. 42-44; y BROCHES, A. *Bilateral Investment Treaties and Arbitration of Investment Disputes*, (1982).

<sup>376</sup> El artículo 6 del APPI Malasia-Suecia dice: “In the event of a dispute between a national or a company of one Contracting Party and the other Contracting Party in connection with an investment in

impone la obligación de considerar y otorgar la debida deferencia a la solicitud de arbitraje. Esta cláusula tampoco equivale a consentimiento, pero impondría la obligación de no denegarlo de manera no razonable<sup>377</sup>; 3. Otro tipo de disposición es aquella que requiere que el Estado acepte la competencia del tribunal arbitral, una vez que haya sido solicitado por el inversionista. Esta disposición no crea consentimiento, sin embargo, la negativa a aceptar la competencia puede importar un ilícito internacional por violación de una disposición de un tratado; 4. Por último, hay disposiciones en los tratados sobre inversión que buscan crear una oferta unilateral de consentimiento para someter conflictos futuros a arbitraje.<sup>378</sup>

Según Sornarajah, este último tipo de cláusula otorgaría competencia a organismos como el CIADI, de cumplirse también las condiciones y requisitos establecidos en la Convención de Washington. Agrega además que los tribunales CIADI han “asumido” su jurisdicción a partir de este tipo de disposiciones, cuando ninguna de las partes objeta la jurisdicción del tribunal arbitral.<sup>379</sup> Esta inferencia es criticada por este autor, pues señala que la existencia de consentimiento efectivo puede cuestionarse por Estados que no están dispuestos a cumplir con un laudo dictado en su contra.<sup>380</sup>

Las cláusulas enumeradas más arriba sólo tratan el consentimiento de los Estados. Esto es de toda lógica, porque los APPIs se celebran entre Estados, no siendo los inversionistas parte en estos acuerdos internacionales. Éstos manifiestan su consentimiento una vez que la disputa se ha materializado, es decir, su consentimiento es retrospectivo y específico para la disputa o diferencia en cuestión.

---

the territory of that other Contracting Party, it shall upon the agreement of both parties to the dispute be submitted for the arbitration to the International Centre for Settlement of Investment Disputes...”

Texto del APPI en: [http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/sweden\\_malaysia.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/sweden_malaysia.pdf)

<sup>377</sup> SORNARAJAH. *Op cit.* p. 251.

El artículo 11 del APPI Holanda-Kenia: “The Contracting Party in the territory of which a national of the other Contracting Party makes or intends to make an investment, shall give sympathetic consideration to a request on the part of such national to submit for conciliation or arbitration...”

<sup>378</sup> El artículo 8 (2) del APPI Perú/Suecia estipula: “Si cualquier controversia de ese tipo no puede ser resuelta dentro de un período de tres meses entre las partes en controversia a través de una solución amistosa, la aplicación de recursos locales o de cualquier otra manera, *cada parte contratante, por el presente documento, consiente en someterla al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones para un arreglo mediante conciliación o arbitraje...*” [Énfasis agregado] Ver texto del Acuerdo disponible en:

[http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/peru\\_sweden\\_esp.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/peru_sweden_esp.pdf)

<sup>379</sup> SORNARAJAH. *Op cit.* p. 252.

<sup>380</sup> SORNARAJAH. *Op cit.* Nota a pie de página N° 96.

Por lo mismo, los tribunales internacionales no tienen competencia general para sancionar a corporaciones o multinacionales por violaciones a tratados de inversión. Los Estados, por el contrario, sí manifiestan su consentimiento en los APPIs, haciéndolo de forma prospectiva y general. Lo anterior no significa que el consentimiento de los inversionistas sea irrelevante. Muchos acuerdos requieren que los inversionistas opten por las vías internas o por las internacionales. Esta elección, que en muchos casos es definitiva, importa una renuncia de derechos y requiere, por lo tanto, del asentimiento del inversionista.<sup>381</sup>

De esta forma, y dependiendo del lenguaje específico de cada acuerdo, los inversionistas no sólo tienen la posibilidad de entablar su propia demanda, sino que también tienen una contraparte obligada a acudir al mecanismo elegido en el tratado. Debido al amplio alcance que tienen las disposiciones concernientes a la solución de conflictos, en el sentido que cubren todas las obligaciones y garantías contempladas en los APPIs, algunos autores argumentan que el rol otorgado a los inversionistas es similar al rol que les cabe a los Estados en materia de vigilancia al cumplimiento de los tratados.<sup>382</sup>

En relación al alcance del consentimiento, es interesante examinar los artículos de los tratados que muchas veces reiteran los requisitos del artículo 25 de la Convención de Washington, en relación a la materia a someter a arbitraje y las personas que tienen la legitimación necesaria para acudir al Centro. Con respecto a la materia, lo más común es que los tratados digan que sólo se someterán disputas jurídicas concernientes o relacionadas con temas de inversión. En algunos tratados no sólo se reitera el artículo 25 referido más arriba, sino que además se condiciona el alcance de las materias. Así por ejemplo, hay acuerdos que estipulan que sólo se aplicarán a inversiones que se hayan suscrito a través de acuerdos escritos (República Checa y Singapur).<sup>383</sup> En otros casos, la competencia de los tribunales arbitrales se limita a problemas relacionados con los montos otorgados como compensación por expropiaciones legales. Así lo dispone el artículo 9 del APPI China-España:

---

<sup>381</sup> VAN HARTEN, Gus. *Op cit.* pp.70-71.

<sup>382</sup> PARRA. *Op cit.* p.339.

<sup>383</sup> El APPI entre República Checa y Singapur establece en el artículo 2 que respecto de Singapur, el acuerdo se aplicará sólo a las inversiones aprobadas por escrito por la autoridad competente. Ver texto del acuerdo en: [http://www.unctad.org/sections/dite/jia/docs/bits/czech\\_singapore.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/jia/docs/bits/czech_singapore.pdf)

“1. Todo conflicto entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante relativo al importe de las indemnizaciones (...) será sometido a arbitraje internacional.”<sup>384</sup>

En relación al alcance del consentimiento otorgado en los APPIs, hay que señalar que muchos acuerdos sobre inversión contienen cláusulas que agregan a las demás obligaciones sustantivas descritas anteriormente, la obligación de garantizar el cumplimiento de todos los contratos, compromisos u obligaciones que haya asumido el Estado receptor en beneficio de un inversionista. Este tipo de cláusula recibe en la doctrina el nombre de cláusula paraguas (*umbrella clause*), porque su principal efecto es que deja bajo la protección del APPI las obligaciones emanadas de compromisos particulares, de manera que los incumplimientos y violaciones a dichas obligaciones importan, al mismo tiempo, una violación del APPI respectivo.<sup>385</sup>

Algunos acuerdos firmados por EEUU agregan que los tribunales internacionales serán competentes para conocer de diferencias que surjan, no sólo del respectivo APPI, sino que también de acuerdos particulares firmados con el inversionista. En este sentido el artículo IX del APPI Bolivia-EEUU señala:

“A efectos del presente Tratado, por diferencia relativa a inversiones se entiende una diferencia entre una Parte y un nacional o sociedad de la otra Parte que surja de una autorización de inversión, acuerdo de inversión o supuesta infracción de cualquier derecho conferido, generado o reconocido por el presente Tratado con respecto a una inversión abarcada, o que se relacione con dicha autorización, acuerdo o infracción.”<sup>386</sup>

El amplio alcance de estas cláusulas a nivel de derecho de inversiones resulta problemático, en la medida que representa un alejamiento del desarrollo que ha tenido la materia bajo el derecho internacional general, donde siempre se ha entendido que un incumplimiento contractual no significa por sí mismo una violación a una obligación internacional.<sup>387</sup>

La jurisprudencia CIADI, por otro lado, no ha sido uniforme respecto al alcance y efecto de las cláusulas paraguas. Existen en relación a este tema dos casos

---

<sup>384</sup> Texto del acuerdo en: [http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/spain\\_china\\_sp.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/spain_china_sp.pdf)

<sup>385</sup> *State Contracts*. UNCTAD. Series on Issues in International Investment Agreements, (2004), [en adelante UNCTAD State Contracts], p. 10. Disponible en: [http://www.unctad.org/en/docs/iteit200411\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/iteit200411_en.pdf)

<sup>386</sup> Texto del acuerdo disponible en:

[http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/us\\_bolivia\\_sp.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/us_bolivia_sp.pdf)

<sup>387</sup> UNCTAD State Contracts, p. 21.

emblemáticos que involucraron al mismo inversionista, la empresa suiza SGS Société Générale de Surveillance S.A., en adelante SGS. El primer caso es SGS v. Pakistán<sup>388</sup> y el segundo es SGS v. Filipinas.<sup>389</sup>

El artículo 11 del APPI entre Pakistán y Suiza contemplaba una cláusula paraguas del siguiente tenor:

“Either Contracting Party shall constantly guarantee the observance of the commitments it has entered into with respect to the investments of the investors of the other Contracting Party.”<sup>390</sup>

El artículo X del APPI entre Filipinas y Suiza, por otro lado, establecía:

“Each Contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to specific investments in its territory by investors of the other Contracting Party.”<sup>391</sup>

A pesar de la similitud de ambas disposiciones, en ambos casos se llegó a soluciones opuestas respecto del alcance de la cláusula paraguas. El tribunal arbitral en SGS v. Pakistán concluyó que la cláusula paraguas no le daba jurisdicción para conocer de disputas meramente contractuales, pues para derogar el ampliamente aceptado principio de derecho internacional, relativo a que incumplimientos contractuales no son en sí mismos violaciones de derecho internacional, se debía demostrar claramente que esa había sido la intención de las partes signatarias del APPI, esto porque las consecuencias que se seguían de dicha interpretación eran demasiado amplias e imponían una carga muy grande sobre una de las partes contratantes.<sup>392</sup> Por

---

<sup>388</sup> SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán. Caso CIADI N° ARB/01/13.

<sup>389</sup> SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República de Filipinas Caso CIADI N° ARB/02/6.

<sup>390</sup> SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán. Pár. 53. Laudo sobre jurisdicción, [en adelante Laudo caso SGS c. Pakistán], disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtlsRH&actionVal=ListConcluded>

<sup>391</sup> Ver artículo en Laudo SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República de Filipinas, [en adelante Laudo caso SGS v. Filipinas], disponible en: [http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC657\\_En&caseId=C6](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC657_En&caseId=C6)

<sup>392</sup> Laudo caso SGS c. Pakistán, pár. 167: “Considering the widely accepted principle with which we started, namely, that under general international law, a violation of a contract entered into by a State with an investor of another State, is not, by itself, a violation of international law, and considering further that the legal consequences that the Claimant would have us attribute to Article 11 of the BIT are so far-reaching in scope, and so automatic and unqualified and sweeping in their operation, so burdensome in their potential impact upon a Contracting Party, we believe that clear and convincing evidence must be adduced by the Claimant. Clear and convincing evidence of what? Clear and convincing evidence that such was indeed the shared intent of the Contracting Parties to the Swiss-

el contrario, el tribunal arbitral en *SGS v. Filipinas*, calificando las razones dadas por el tribunal de *SGS V. Pakistán* como no convincentes,<sup>393</sup> decidió que sí tenía jurisdicción para conocer de disputas meramente contractuales, basándose en el alcance de la cláusula del artículo X. A pesar de dicha conclusión, el tribunal sostuvo que en el caso específico las partes del contrato ya habían decidido someter sus disputas a las cortes internas de Filipinas.

En relación al derecho aplicable, se debe distinguir entre derecho aplicable al proceso y el derecho sustantivo aplicable al fondo de la controversia. Respecto a las reglas que gobiernan el procedimiento, se reitera lo ya señalado en la sección (iii) de este capítulo. En cuanto a las normas aplicables al fondo de la controversia, que son aquellas en las cuales el tribunal arbitral se basa para decidir la disputa, es necesario determinar si el acuerdo de inversión respectivo contiene o no normas sobre esta materia. Los APPIs que si incluyen disposiciones de este tipo establecen, generalmente, que las disputas se resolverán en conformidad a las disposiciones del APPI respectivo, del derecho interno del Estado parte de la disputa y las normas de derecho internacional que sean aplicables. Estas disposiciones son en algunos casos una reiteración de la regla del artículo 42 del Convenio de Washington, que establece que a falta de acuerdo entre las partes, el tribunal debe aplicar el derecho interno del Estado en disputa, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y las normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.<sup>394</sup>

Respecto al artículo 42 de la Convención, debe señalarse que la discusión ha girado en torno al rol que le cabría al derecho internacional en la decisión de la disputa. Debe agregarse que el problema del derecho aplicable a disputas entre inversionistas y Estados es relativamente reciente, porque bajo el derecho internacional tradicional

---

Pakistan Investment Protection Treaty in incorporating Article 11 in the BIT. We do not find such evidence in the text itself of Article 11. We have not been pointed to any other evidence of the putative common intent of the Contracting Parties by the Claimant.”

<sup>393</sup> Laudo caso *SGS v. Filipinas*, pár. 125. Agrega también en el párrafo 128 que: “To summarize the Tribunal’s conclusions on this point, Article X(2) makes it a breach of the BIT for the host State to fail to observe binding commitments, *including contractual commitments*, which it has assumed with regard to specific investments. But it does not convert the issue of the extent or content of such obligations into an issue of international law.”

<sup>394</sup> PARRA. *Op cit.* p. 332.



se asumía que los contratos celebrados entre extranjeros y Estados se sujetaban al derecho interno.<sup>395</sup>

De acuerdo a Michael Reisman, el artículo 42 otorga al derecho internacional una función supletoria y correctiva del derecho interno.<sup>396</sup> En consecuencia, el rol que le cabe al derecho internacional no es un rol predominante en relación al derecho interno. De hecho, esto se manifiesta en la sola redacción del artículo 42 que hace una referencia amplia al derecho nacional, mientras que agrega que se aplicarán aquellas normas de derecho internacional que “pudieren ser aplicables”.<sup>397</sup> Esta función más limitada se traduce en que un tribunal arbitral no está autorizado para fallar una controversia basándose sólo en normas de derecho internacional. Esta restricción se aplica incluso en caso de lagunas, pues puede que a pesar de que no exista en el derecho interno regulación respecto de una materia específica, el mismo ordenamiento contemple un marco analítico para resolver la laguna. Por lo tanto, el derecho internacional operaría sólo en caso de que el derecho interno no provea soluciones para estas situaciones. En cuanto a la función correctiva, se requiere que entre ambos sistemas -derecho interno-derecho internacional- haya una verdadera colisión y no una simple inconsistencia, de lo contrario, el artículo 42 perdería todo sentido. Por ende, el derecho internacional actúa correctivamente en caso de violaciones a las normas del derecho internacional. Reisman agrega que la violación debe ser a normas fundamentales del derecho internacional.<sup>398</sup>

En definitiva, el mismo autor identifica cuatro situaciones en las cuales un tribunal arbitral debe aplicar derecho internacional: 1. Cuando las partes así lo hayan acordado; 2. Cuando la misma ley del país contiene reenvíos al derecho internacional; 3. Cuando la materia sea directamente regulada por el derecho internacional (como por ejemplo tratados entre los Estados Parte); y 4. Cuando el derecho interno viole el derecho internacional.<sup>399</sup>

---

<sup>395</sup> GARCÍA AMADOR. State Responsibility: Fourth Report by the Special Rapporteur in International Responsibility. En BISHOP, R. Doak. *Op. Cit.* p. 630.

<sup>396</sup> REISMAN, Michael. *The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of Law Provision and the Questions of its Threshold.* Foreign Investment Law Journal - ICSID Review, vol. 15, N° 2, (2000).pp. 362-381.

<sup>397</sup> Ibid. p. 363.

<sup>398</sup> RESIMAN, Michael. *Op.cit.* p. 375.

<sup>399</sup> RESIMAN, Michael. *Op.cit.* p. 380.

En la práctica, el rol que ocupa el derecho internacional en la decisión de los casos relativos a inversión es mucho más predominante. Esto porque la mayoría de los tribunales arbitrales basa su competencia en acuerdos sobre inversión, cuya interpretación debe realizarse en conformidad al derecho internacional. Lo anterior significa que los derechos y obligaciones que imponen dichos acuerdos son analizados bajo una óptica del sistema internacional. Así por ejemplo, los términos de los tratados son interpretados de acuerdo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y la determinación de la responsabilidad de los Estados en el cumplimiento de esos tratados toma en consideración, frecuentemente, los Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional. Asimismo, los tribunales arbitrales, basados en el artículo 38 del Estatuto de la CIJ, se apoyan constantemente en los desarrollos que han hecho tribunales anteriores, respecto de diversas disposiciones de los APPIs.

Por último, los APPIs reconocen el hecho de que los inversionistas frecuentemente externalizan los riesgos de su inversión, contratando seguros con compañías nacionales o internacionales, privadas o públicas, dedicadas a ese rubro. Un ejemplo de este tipo de organización es la agencia perteneciente al Banco Mundial llamada Multilateral Investment Guarantee Agency. La relación entre la operación de contratos de seguros y las normas sobre solución de conflictos, es que la mayoría de los APPIs contienen referencias específicas a casos en los cuales los inversionistas ya han recibido compensación por parte de las aseguradoras, por riesgos materializados en el territorio del Estado receptor. Las disposiciones aclaran que los Estados no pueden oponer como objeción a la demanda, el hecho de que el inversionista ya haya recibido compensación por parte de las empresas de seguro. Estas disposiciones buscan garantizar que las compañías serán reembolsadas por los gastos incurridos, pues ellas mismas no pueden utilizar los mecanismos de solución de controversias disponibles a los inversionistas.<sup>400</sup>

---

<sup>400</sup> PARRA. *Op cit.* pp.342-343.

v. Disposiciones sobre solución de controversias en acuerdos suscritos por Chile

En lo que sigue se analizarán los artículos sobre solución de conflictos de los acuerdos sobre inversión ratificados por Chile. Para efectos de una mejor comprensión de la materia, el desarrollo de esta sección se ha dividido en los siguientes temas: consultas amistosas; mecanismos de solución vinculantes; elección de foro y cláusula de opción irrevocable; consentimiento; cláusula paraguas y derecho aplicable. Por último, este capítulo incluye un breve análisis de los daños como único remedio en el sistema de arbitraje inversionista-Estado.

*Consultas amistosas*

Nuestros APPIs contemplan el recurso a vías amistosas como primer paso para resolver disputas concernientes a inversiones. La obligación se establece en términos flexibles al expresarse que las diferencias deben solucionarse amigablemente “en la medida de lo posible”. A excepción del APPI con Venezuela, todos los tratados estipulan un plazo dentro del cual se debe llegar al arreglo del conflicto por vía amistosa. Los plazos fluctúan entre 3 y 6 meses.<sup>401</sup>

El acuerdo con Bélgica incluye la conciliación dentro de las vías amistosas. En el mismo sentido el tratado con Dinamarca y Noruega.<sup>402</sup> Estos últimos agregan que el plazo para este período informal es de 6 meses contado desde la solicitud de conciliación.

En relación a las consultas amistosas, es interesante hacer notar lo fallado por el tribunal arbitral del CIADI en el caso *Vieira v. República de Chile*. En este proceso el demandante alegó que la participación de Chile en la etapa de consultas, importaba una renuncia por parte del Estado al derecho a objetar la jurisdicción del Centro y que, por lo tanto, la interposición de dichas objeciones equivalía a un acto contrario a la buena fe y a los actos propios. Al respecto el tribunal decidió lo siguiente:

“Bajo esta tesitura, este Tribunal considera que el hecho de que CHILE haya participado en las consultas amistosas a la luz del artículo 10 del ACUERDO (firmando las actas correspondientes), *de ninguna manera puede entenderse como una aceptación incondicional a la jurisdicción del Centro o como una renuncia a objetarla*, pues en aplicación directa del mencionado artículo,

<sup>401</sup> Todos los acuerdos siguen la regla de 3 o 6 meses, a excepción del acuerdo con Costa Rica que contempla un plazo de 5 meses.

<sup>402</sup> El TLC con EEUU también establece como mecanismo amistoso, procedimientos de terceras partes de carácter no obligatorio. (Ver artículo 10.14 del TLC).

CHILE ha aceptado la jurisdicción del CIADI en los términos dispuestos por el Convenio de Washington y bajo el procedimiento arbitral seguido bajo sus Reglas de Arbitraje, conforme a las cuales, existe un momento procesal específico en el que el Estado que ha sido demandado puede objetar a la jurisdicción del Centro.”<sup>403</sup> [Énfasis agregado].

### *Mecanismos de solución vinculantes*

Respecto a los mecanismos vinculantes, casi la totalidad de los acuerdos disponen que una vez concluida la instancia de consultas amistosas, la controversia debe remitirse para su solución a la jurisdicción interna o a mecanismos internacionales. Esa es la forma en que la gran mayoría de los acuerdos están redactados.<sup>404</sup> Así lo ejemplifica el APPI Chile-Costa Rica, que en su artículo IX 2 dispone:

“Si mediante dichas consultas no se llegare a una solución dentro de cinco meses a contar de la fecha de la notificación escrita mencionada en el párrafo 1., *el inversionista podrá remitir la controversia a* :

- a) los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión; o
- b) arbitraje internacional...”<sup>405</sup> [Énfasis agregado].

Tal como lo establece el acuerdo citado, los tratados celebrados por nuestro país expresan, casi sin excepción, que la elección de foro corresponde al inversionista. Como se verá más adelante, los únicos APPIs que hablan sobre elección de ambas partes son los APPIs celebrados con Alemania y China.

En cuanto a la siguiente vía formal de solución, la totalidad de los APPIs se inclina por el arbitraje internacional. Dentro del arbitraje, el mecanismo establecido es el del CIADI y en algunos casos el del Reglamento de la CNUDMI.<sup>406</sup> Sólo China y Cuba incluyen también el recurso a arbitraje *ad hoc* propiamente tal.<sup>407</sup> (Véase tabla en sección más adelante).

---

<sup>403</sup> Caso Vieira, pár. 197 de la sentencia de fecha 21 de agosto de 2007. Texto completo disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>

<sup>404</sup> APPIs Chile con: Austria, Bélgica, Croacia, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia, Islandia, Italia, Noruega, Portugal, República Checa, Rumania, Suecia, Ucrania, Australia, Corea, Malasia, Filipinas, Argentina, Bolivia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

<sup>405</sup> Ver texto del acuerdo disponible en: [http://www.direcon.cl/documentos/COSTA\\_RICA.pdf](http://www.direcon.cl/documentos/COSTA_RICA.pdf)

<sup>406</sup> Los tratados que contemplan las reglas CNUDMI son: Austria, España, Grecia, Islandia, Italia, República Checa, Suiza, Australia, Argentina, Bolivia, Cuba y Uruguay,

<sup>407</sup> Aunque cabe resaltar que el APPI con Cuba también se remite al Reglamento CNUDMI. Los TLC con capítulos de inversión por su parte, establecen 4 procedimientos: CIADI, Mecanismo Complementario, CNUDMI, y cualquier otra institución o reglamento. (Ver artículo 10.15 TLC con EEUU y 89 del TLC con Japón).

De hecho, el APPI Chile-China dispone que el procedimiento a seguir debe ser determinado por el tribunal *ad hoc*, el cual puede tomar como referencia el procedimiento del CIADI (artículo 9.5 APPI Chile-China).<sup>408</sup>

En cuanto a la conciliación, los APPIs con Malasia y Suecia la mencionan como mecanismo posterior a las negociaciones y consultas.

Los TLC con capítulos de inversión tienen reglas y artículos que desarrollan de forma más precisa los procesos arbitrales, incluyendo normas sobre designación de árbitros, consentimiento a arbitraje, condiciones y limitaciones de este último, establecimiento del tribunal, derecho aplicable, interpretaciones vinculantes de comisiones de libre comercio, cuestiones preliminares, medidas de protección, acumulación de procedimientos, recursos, entre otros.<sup>409</sup>

#### *Elección de foro y cláusula de opción irrevocable (fork in the road)*

Con respecto a la naturaleza de la elección de foro, la amplia mayoría de los tratados especifica que la elección es definitiva, y que una vez escogida una vía no es posible optar por la otra. Así lo estipula el APPI con Costa Rica en el Artículo 9 N° 3:

“Una vez que el inversionista haya remitido la controversia al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiera efectuado la inversión o al tribunal arbitral, la elección de uno u otro procedimiento será definitiva y excluyente.”<sup>410</sup>

Los APPIs con Austria, Bélgica y Suiza, sin embargo, tienen una redacción más particular. Estos acuerdos contemplan la opción entre vía interna e internacional, pero agregan que si en las cortes domésticas no se ha llegado a una solución dentro de cierto plazo, el inversionista tendría nuevamente la posibilidad de recurrir al arbitraje internacional.

El APPI Chile-Austria establece en el artículo 9 N° 4 y 5 que:

“4. Una vez que el inversionista haya sometido la diferencia al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiera efectuado la inversión o a arbitraje internacional, esa elección será definitiva.

---

<sup>408</sup> Ver texto del acuerdo en: <http://www.direcon.cl/documentos/CHINA.pdf>

<sup>409</sup> TLC con Japón artículos 88 a 104; México artículos 9-16 a 9-39; Canadá artículos G-16 a G-39; EEUU artículos 10-14 a 10-26; y Corea artículos 10.19 a 10.42.

<sup>410</sup> Los TLC también incluirían esta elección de foro: ver artículo 10.25 del TLC con Corea; Anexo 10-E de TLC con EEUU; G-22 de TLC con Canadá; 9-22 de TLC con México; y 91 TLC con Japón.

5. No obstante la cláusula 4, el inversionista podrá recurrir a arbitraje internacional en caso de que el tribunal competente no dictare una sentencia definitiva por un período de treinta y seis meses.”<sup>411</sup>

A su vez, el APPI con Suiza agrega que:

“En caso de que el inversionista haya sometido la divergencia a la jurisdicción nacional será posible recurrir al tribunal arbitral (...), solamente si después de transcurridos dieciocho meses no exista del competente tribunal nacional una decisión sobre el fondo o, cuando existiendo tal decisión, *el inversionista sea de la opinión que la misma infringe las disposiciones del presente Acuerdo*. En este último caso el procedimiento arbitral deberá iniciarse dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de la resolución por escrito.”<sup>412</sup> [Énfasis agregado].

Esta última disposición resulta muy interesante, ya que una vez decidida la disputa a nivel interno queda para el inversionista, de no estar conforme con lo decidido, recurso a un tribunal arbitral internacional. Esto se asemeja a una instancia de apelación internacional, donde un tribunal externo tendría la facultad de revisar lo ya fallado por una corte nacional. De hecho, la causal del recurso es que la sentencia misma incumpla con las disposiciones del APPI respectivo. Lo anterior se ve agravado por contener este tratado, como se verá más adelante, una cláusula expresa de consentimiento.

Por otro lado, los tratados con Alemania y China muestran una marcada preferencia por las soluciones internas. Alemania, por ejemplo, no contiene una opción de foro una vez frustradas las negociaciones o consultas. Este tratado establece derechamente, que las controversias deben ser sometidas a los tribunales internos. El artículo 10 del APPI dice:

“(2) Si una divergencia en el sentido del párrafo primero no pudiera ser dirimida en el plazo de seis meses a partir del momento de la reclamación por uno de los dos litigantes, *será sometida a instancia de una de las partes litigantes a los tribunales competentes de la Parte Contratante* en cuyo territorio se efectuó la inversión.”<sup>413</sup> [Énfasis agregado].

---

<sup>411</sup> Texto del acuerdo con Austria disponible en:

[http://www.direcon.cl/documentos/AUSTRIA\\_ESPANOL.pdf](http://www.direcon.cl/documentos/AUSTRIA_ESPANOL.pdf)

<sup>412</sup> Texto del acuerdo con Suiza disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/SUIZA.pdf>

<sup>413</sup> Texto del acuerdo disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/ALEMANIA.pdf>

Sin embargo, el Protocolo de Enmienda y Suplemento al APPI de octubre 1991 señala respecto a dicho artículo 10:

Artículo 1 del protocolo: “El párrafo 3 del Artículo 10 del mencionado Tratado será reemplazado por el siguiente: ‘Si se ha remitido la divergencia al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión, sólo se podrá recurrir a un tribunal arbitral internacional dentro de un plazo de 30 días, contado desde la fecha en que se haya notificado la contestación de la demanda, o si

En relación al agotamiento previo de los recursos internos, cabe señalar que los tratados suscritos por Chile no exigen la remisión a las cortes internas como condición previa para remitir la controversia a arbitraje internacional. Así, y dado que la mayoría de los acuerdos se remiten al CIADI como instancia de arbitraje internacional, el requisito de agotamiento de recursos internos no sería aplicable. De hecho, uno de los tratados que no se remite a ese Centro contempla expresamente la renuncia a exigir el agotamiento de los recursos internos (APPI Chile-Cuba artículo 9 2.c).<sup>414</sup> El APPI Chile-Bélgica establece una renuncia semejante.

#### *Consentimiento*

En relación al consentimiento, es necesario recordar lo dicho anteriormente respecto a que no todas las referencias en los APPIs a las vías internacionales constituyen consentimiento por parte del Estado receptor.<sup>415</sup>

Sólo 10 APPIs suscritos por Chile establecen un consentimiento inequívoco y expreso a las vías internacionales.<sup>416</sup> El APPI con Costa Rica ofrece un ejemplo de esta expresión. El artículo IX 2, provee:

“Con el fin, cada Parte Contratante da su consentimiento anticipado e irrevocable para que toda diferencia pueda ser admitida a este arbitraje.”

Por lo tanto, los APPIs chilenos no incluyen, en su mayoría, un consentimiento expreso al arbitraje internacional. No obstante, la negativa a consentir, tal como se

---

en tribunal competente no ha tomado una decisión sobre el fondo en un plazo de dieciocho meses contado desde la fecha de la notificación de la demanda. No obstante, cada Parte Contratante podrá ofrecer un trato más favorable’.”

Artículo 4 del Protocolo: “Sin perjuicio de las disposiciones del Artículo 10 destinadas a dirimir litigios entre una Parte Contratante, nacionales o sociedades chilenos que efectúen o hayan efectuado inversiones en el territorio de la República Federal de Alemania tendrán el derecho de someter cualquier divergencia a un Tribunal Arbitral en el marco del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (ICSID) de 13 de marzo de 1965. Este derecho podrá ejercerse también si los nacionales o sociedades han sometido previamente las divergencias a los tribunales competentes de la República Federal de Alemania, y aun cuando exista una decisión sobre el fondo, en tanto el nacional o la sociedad consideren que dicha decisión vulnera las disposiciones de este Tratado.”

<sup>414</sup> Texto de acuerdo con Cuba disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/CUBA.pdf>

<sup>415</sup> Así lo expresa un autor respecto del consentimiento al CIADI: “Not all referents to the Convention in BITs constitute binding offers of consent by the host State.” SCHREUER, Christoph. *Op. cit.* p. 212.

<sup>416</sup> Tratados de Chile con: Austria, Bélgica, Grecia, Suecia, Suiza, Costa Rica, Cuba Guatemala, Nicaragua, Panamá y Venezuela.

vio anteriormente, importaría una violación del tratado. Respecto a los TLC, todos ellos incluyen consentimiento especial a arbitraje.<sup>417</sup>

La conclusión respecto a la naturaleza de la cláusula de jurisdicción en los APPIs nacionales fue confirmada por el tribunal arbitral en el caso Vieira, el cual se pronunció sobre la cláusula de jurisdicción del APPI Chile-España, y dijo que el artículo 10 (Conflicto entre una Parte e Inversionistas de la otra Parte) no contenía una aceptación *expresa* e incondicional a la jurisdicción del Centro.<sup>418</sup>

Sin embargo, a pesar de que la mayoría de acuerdos sobre inversión suscritos por Chile no contengan una cláusula expresa sobre consentimiento, se debe notar que para algunos autores, determinadas formulaciones en los APPIs del tipo “el inversionista tiene derecho a iniciar” o la “disputa será sometida a” no dejan duda respecto a que la cláusula sobre solución de controversias equivale a consentimiento del Estado receptor.<sup>419</sup>

Respecto al alcance del consentimiento, los APPIs celebrados por nuestro país no condicionan ni tampoco restringen la competencia del tribunal arbitral. Si lo hace el APPI Chile-China, el cual limita la competencia del CIADI sólo a controversias que surjan respecto de los montos de compensación recibidos por expropiaciones. Este APPI, como se dijo anteriormente, establece primero la remisión a tribunales internos y luego agrega:

---

<sup>417</sup> Ver artículo 90 TLC con Japón que dice: “1. Cada Parte consiente en someter una reclamación a arbitraje de conformidad con los procedimientos establecidos en esta Sección.” De igual manera: artículo G-23 TLC con Canadá; 9-23 TLC con México; 10.16 de TLC con EEUU; y 10.26 TLC con Corea.

<sup>418</sup> Caso Vieira, pár. 202.

<sup>419</sup> “Some BITs do not specifically mention consent. But formulations to the effect that a dispute ‘shall be submitted’ to the Centre or that the parties have the right to initiate proceedings leave no doubt as to the binding character of these clauses.” SCHREUER, Christoph. *Op. cit.* p. 212.

En la jurisprudencia CIADI, el tribunal arbitral en el caso Sempra, Sempra Energy International c. La República Argentina, Caso CIADI N° ARB/02/16, estableció que no era necesario un acuerdo *ad hoc* posterior entre el inversionista y el Estado para someter la disputa específica a arbitraje, porque el tratado era ‘autosuficiente’ para ese efecto. Asimismo, afirmó que la opción de recurrir a la solución de controversias la ejerce el inversionista con el sólo hecho de manifestar su consentimiento. Sin embargo, se debe dejar en claro que el tribunal se estaba pronunciando sobre el APPI entre Argentina y Estados Unidos, que tiene en el artículo VII una cláusula con consentimiento expreso para someter la disputa a arbitraje internacional del tipo: “Each Party hereby consents to the submission of any investment dispute for settlement by binding arbitration...” Decisión sobre excepciones a la jurisdicción de 11 de mayo de 2005, párs. 139-140. Sentencia disponible en:

[http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC509\\_Sp&caseId=C8](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC509_Sp&caseId=C8)



“Si una controversia que *involucra el monto de indemnización por expropiación* no pudiere ser resuelta dentro de seis meses después de recurrir a las negociaciones, conforme se especifica en el Párrafo 1 de este Artículo, podrá ser sometida a petición de cualquiera parte a un arbitraje internacional del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) (...) *Cualquier controversia concerniente a otras materias entre un inversionista de cualquiera Parte Contratante y la otra Parte Contratante* podrá ser sometida por *mutuo acuerdo* a un tribunal de arbitraje Ad Hoc. Las disposiciones de este Párrafo no se aplicarán si el inversionista involucrado hubiere recurrido al procedimiento especificado en el Párrafo 2 de este Artículo [recurso a tribunales internos].”<sup>420</sup> [Énfasis agregado].

### *Cláusula paraguas*

Sólo 8 de los casi 40 APPIs nacionales contienen cláusulas de este tipo.<sup>421</sup> Uno de los acuerdos que contiene una cláusula paraguas es el APPI Chile-Dinamarca, que en su artículo 3 1) dispone:

“Cada Parte Contratante *observará cualquier obligación* que pueda haber asumido en relación con las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante.” [Énfasis agregado].

Esta escasa inclusión no significa, sin embargo, que la aplicación de los artículos que contienen cláusulas paraguas se limite a los acuerdos que las incorporan. Por el contrario, ya en el caso MTD el demandante intentó invocar mediante la cláusula de NMF la cláusula paraguas del APPI Chile-Dinamarca, a pesar de que el APPI aplicable a ese caso, el APPI Chile-Malasia, no contenía una disposición de ese estilo.<sup>422</sup>

MTD argumentaba que Chile, al no otorgar los permisos de zonificación respectivos, había incumplido el contrato de inversión extranjera. Este incumplimiento importaba a su vez, una violación del APPI Chile-Malasia, porque en virtud del artículo 3 1) del acuerdo con Dinamarca, Chile estaba obligado a observar cualquier obligación asumida en relación a una inversión.<sup>423</sup> El tribunal, sin embargo, consideró que no existía incumplimiento contractual, porque el gobierno había actuado en conformidad a la legislación interna, que era la que gobernaba al contrato de inversión extranjera, y la que obligaba al inversionista a obtener otras autorizaciones una vez ingresados los capitales al país, para así poder llevar a cabo su inversión. No

<sup>420</sup> Texto del acuerdo en: <http://www.direcon.cl/documentos/CHINA.pdf>

<sup>421</sup> Ver además APPI Chile con: Alemania, Austria, Bélgica, Grecia, Reino Unido, Suiza y Argentina.

<sup>422</sup> Para más detalles sobre el caso MTD ver Capítulo II.

<sup>423</sup> Laudo caso MTD 2004, pár. 179.

obstante esta conclusión, el tribunal de todas formas calificó los hechos como una infracción del estándar de trato justo y equitativo y, por ende, como una violación del APPI.

En relación a la cláusula NMF, el tribunal arbitral consideró que sí procedía su aplicación en relación a la cláusula paraguas del APPI con Dinamarca. Además, aunque tomó en cuenta la aseveración de la defensa de Chile respecto a que la violación de una obligación contractual no importaba *ipso facto* una violación del tratado, agregó que eso era precisamente lo que habían acordado las partes vía NMF. En el considerando 187 del laudo expresó:

“187. The Tribunal considers the legal basis of the claim valid based on the wide scope of the MFN clause in the BIT, as already discussed. The Tribunal notes the statement of the Respondent that under international law the breach of a contractual obligation is not *ipso facto* a breach of a treaty. Under the BIT, by way of the MFN clause, this is what the parties had agreed. The Tribunal has to apply the BIT. The breach of the BIT is governed by international law. However, to establish the facts of the breach, it will be necessary to consider the contractual obligations undertaken by the Respondent and the Claimants and what their scope was under Chilean law.”<sup>424</sup> [Énfasis agregado].

Sin embargo, esta conclusión del tribunal es apresurada, ya que no considera las repercusiones que podría tener una interpretación tan amplia de la cláusula de la NMF. La opinión del tribunal equivale a sostener que la intención de las partes, es que todos los incumplimientos de contratos celebrados por el Estado y que se relacionen con una inversión, signifiquen además una violación de los acuerdos sobre inversiones. Con esta interpretación cada incumplimiento es susceptible de revisión por un tribunal arbitral internacional, lo que a su vez significa que por la vía de la NMF, utilizando cláusulas paraguas de otros tratados, podría llegar a prescindirse del consentimiento del Estado para someter la disputa a arbitraje. Ciertamente se puede presumir que esa no fue la intención de las partes.

#### *Derecho aplicable*

En cuanto al derecho aplicable, son pocos los acuerdos nacionales que incluyen disposiciones especiales sobre este tema. Aquellos que sí contemplan reglas, en gran medida reiteran aquellas ya establecidas en el artículo 42 de la Convención de

---

<sup>424</sup> Laudo caso MTD 2004, pár. 187.

Washington. Esto significa aplicación, en primer lugar, del APPI correspondiente, de otros tratados vigentes entre las partes, del derecho interno del Estado donde se efectuó la inversión (incluyendo las normas de derecho internacional privado)<sup>425</sup> y los principios generales del derecho internacional.

Resulta interesante notar el hecho de que algunos acuerdos, incluso aquellos que no contienen cláusulas paraguas expresas, agregan como derecho aplicable los términos de acuerdos particulares que existieren respecto de la inversión, y la obligación de los tribunales arbitrales de considerarlos.<sup>426</sup> El alcance de esta referencia es ambiguo, sobretodo respecto a los tipos de acuerdos que quedan cubiertos, es decir, a si la disposición alcanza sólo a aquellos contratos suscritos con el Estado que forman parte del concepto de inversión, como es el caso de las concesiones, o si se refiere también a cualquier tipo de compromiso o acuerdo celebrado con el inversionista. Parece evidente que esta referencia a los acuerdos particulares no reviste el alcance de una cláusula paraguas, pues es sólo una indicación al tribunal arbitral para que considere estos acuerdos como herramienta hermenéutica, y no constituye una autorización para conocer de incumplimientos contractuales como violaciones del APPI. Sin embargo, bien podría un tribunal, considerando el caso MTD, fallar lo contrario.

#### *Daños y el sistema de arbitraje inversionista-Estado*

En relación a este tema, el APPI Chile-Venezuela presenta una particular redacción, porque establece que la sentencia del tribunal arbitral sólo se limitará a determinar si existe o no un incumplimiento de la parte contratante y en el caso de que existan perjuicios, a fijar el monto de la compensación. Esta disposición puede ser leída como una limitación a la competencia del tribunal arbitral, en el sentido de que sólo puede decidir si hubo o no una violación del tratado y en caso afirmativo, condenar al pago de una indemnización. Disposiciones similares aparecen en los TLC celebrados por Chile, donde se señala que los laudos sólo pueden otorgar daños

---

<sup>425</sup> El acuerdo con Grecia no hace referencia al derecho interno. Esta omisión no es tan relevante, pues el APPI tiene, de todas formas, remisiones al derecho interno en otros artículos.

<sup>426</sup> En este sentido acuerdos con: Bélgica, España, Italia, Portugal, Suiza, Argentina, Costa Rica, Ecuador, Uruguay y Venezuela.

pecuniarios y/o restituciones de propiedad. En este sentido el artículo 10.25 del TLC con EEUU:

“1. Cuando un Tribunal dicte un laudo definitivo desfavorable al demandado, el Tribunal podrá otorgar, por separado o en combinación, únicamente:  
(a) daños pecuniarios y los intereses que procedan;  
(b) restitución de la propiedad, en cuyo caso el laudo dispondrá que el demandado podrá pagar daños pecuniarios, más los intereses que procedan en lugar de la restitución.”

Esta limitación a la competencia de los tribunales arbitrales debiera extenderse incluso a aquellos APPIs que no tienen disposiciones de este estilo. La razón viene dada por la naturaleza privada del procedimiento arbitral, que no faculta a los tribunales arbitrales a dictar condenas distintas al pago de perjuicios. Así por ejemplo, un tribunal CIADI no podría ordenar a un Estado a que modifique su regulación interna, por considerar que ésta atenta contra alguna obligación del acuerdo sobre inversión.<sup>427</sup>

Esta característica del arbitraje internacional en materia de inversión extranjera, relacionada con la utilización de la acción de indemnización de perjuicios como único remedio, intensifica uno de los grandes problemas que enfrentan los Estados en el sistema de arbitraje inversionista-Estado. Actualmente, los Estados son los únicos condenados a pagar indemnizaciones, pero al mismo tiempo, se encuentran dentro de un sistema que no presenta uniformidad respecto de la interpretación dada a las obligaciones y estándares impuestos en los APPIs, y con árbitros que no responden por las decisiones que adoptan.<sup>428</sup> Los Estados se desenvuelven en un régimen que afecta sus arcas fiscales, pero que, sin embargo, no otorga la previsibilidad o predictibilidad suficiente para dirigir el proceso de toma de decisiones que requieren los poderes públicos del Estado.

La falta de coherencia, entendida como la capacidad de un sistema de responder a las inconsistencias que se presentan en la interpretación del derecho, y la falta de

---

<sup>427</sup> Otros tribunales internacionales si están facultados para ordenar medidas distintas a la indemnización de perjuicios. Así por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede ordenar a un Estado a que tome las medidas necesarias para asegurar a la persona lesionada el goce del derecho o libertad conculcados. Esto incluye la adopción de medidas meramente satisfactorias, modificación de legislación interna, etc. (Ver artículo 63 Convención Americana de Derecho humanos).

<sup>428</sup> Según Van Harten, al sistema también le hace falta transparencia e independencia de los árbitros respecto de las partes que los nominan y del sistema en general. VAN HARTEN, Gus. *Op cit.* pp. 152-184.

responsabilidad, entendida como la posibilidad de que las decisiones tomadas sean revisadas, representan el talón de Aquiles del arbitraje internacional relativo a inversiones.

En relación a la inconsistencia del sistema, uno de los casos más paradigmáticos es *CME Czech Republic BV v. Czech Republic*. Esta empresa y su dueño, Ronald Lauder, iniciaron dos procesos distintos contra la República Checa, seguidos bajo el Reglamento de la CNUDMI, por conflictos relativos a una licencia para establecer un canal de televisión. Ronald Lauder, ciudadano estadounidense, interpuso su demanda en Londres en conformidad al APPI EEUU-República Checa. CME, por su parte, basó su demanda en el APPI Países Bajos-República Checa, en un arbitraje que tuvo como sede la ciudad de Estocolmo.<sup>429</sup> El tribunal en Londres estimó que el supuesto acto expropiatorio alegado por el demandante, no era en realidad un acto de Estado, sino que era un acto atribuible a un particular, en este caso, un socio de la demandante. Agregó el tribunal que aunque la República Checa había violado algunas disposiciones del APPI, los daños no eran una consecuencia directa de los actos del Estado, sino que eran imputables al socio de Lauder, el sr. Vladimir Zelezny. Por el contrario, el tribunal en Estocolmo consideró que la República Checa era responsable de todos los daños alegados por los demandantes, esta vez como CME, y condenó al Estado al pago de una suma de 270 millones de dólares más intereses.

Esta elevada suma representa una de las condenas más altas en materia de inversiones. De hecho, este monto fue equivalente, en ese momento, a todo el presupuesto de salud de la República Checa.<sup>430</sup>

Ante las profundas repercusiones que una condena de este tipo tiene a nivel interno, es razonable esperar que el sistema cuente con métodos especiales para resolver las inconsistencias, sobretodo, cuando son tan groseras como las de este caso. Lamentablemente, tales métodos no existen en el actual sistema de arbitraje inversionista-Estado, aunque sí existen propuestas que van desde la creación de un

---

<sup>429</sup> Lauder c. Republica Checa. CNUDMI en Londres, Reino Unido. Disponible en: [http://www.investmentclaims.com/IIC\\_205\\_\(2001\).pdf](http://www.investmentclaims.com/IIC_205_(2001).pdf), y *CME Czech Republic BV (Países Bajos) c. Republica Checa. CNUDMI en Estocolmo, Suecia*. Disponible en: [http://ita.law.uvic.ca/documents/CME-2003-Final\\_001.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/CME-2003-Final_001.pdf)

<sup>430</sup> VAN HARTEN, Gus. *Op cit.* p. 7.

órgano consultivo,<sup>431</sup> a la instauración de un órgano de apelación permanente encargado de armonizar las distintas interpretaciones y decisiones a nivel de inversiones.

Órganos de apelación existen, por ejemplo, a nivel de la Organización Mundial del Comercio, en adelante OMC, que contempla en el “Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de diferencias”, un Órgano de Apelación. Este cuerpo está integrado por siete personas de prestigio reconocido y con conocimientos en las áreas del derecho y comercio internacional. La apelación en este marco, tiene como propósito revisar las cuestiones de derecho que surjan en los informes de los grupos especiales.<sup>432</sup>

En el ámbito de las inversiones, por el contrario, no existe un sistema único que vele por la uniformidad en la aplicación del derecho. Así por ejemplo, bajo el Reglamento de la CNUDMI y el Mecanismo Complementario del CIADI, existe un espacio para que las cortes del país donde se lleva a cabo el arbitraje, revisen las sentencias dictadas por tribunales arbitrales constituidos al amparo de dichas reglas. Sin embargo, estos procesos dependen de las leyes sobre arbitraje que existan a nivel interno. Evidentemente, esta vía diversifica el número de cortes y tribunales que pueden revisar una sentencia, lo cual impide cualquier proceso de unificación en la aplicación del derecho.

La Convención de Washington, por su parte, presenta una posibilidad muy restringida de revisión de sentencias, porque se entiende que este sistema privilegia la eficiencia del procedimiento y la finalidad de las decisiones.<sup>433</sup> De hecho, las causales de nulidad establecidas en la Convención, como se vio anteriormente, no están dirigidas a solucionar los errores que puedan presentarse a nivel de derecho aplicable. Por lo tanto, hoy en día no existe un mecanismo adecuado para resolver las diversas inconsistencias que han ido deslegitimado el sistema.

---

<sup>431</sup> KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. *Annulment of ICSID Awards in contract and Treaty Arbitrations: Are There Differences?* p. 24. Disponible en: <http://www.lk-k.com/data/document/annulment-icsid-awards-contract-and-treaty-arbitrations-are-there-differences-annulment.pdf>

<sup>432</sup> Artículo 17 del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de diferencias. Disponible en: [http://www.wto.org/spanish/docs/s/legal\\_s/28-dsu\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/docs/s/legal_s/28-dsu_s.htm)

<sup>433</sup> BJORKLUND, Andrea. *Op.cit.* pp. 471-474.

Con todo, el CIADI ha mostrado interés en establecer un mecanismo de apelación. Así lo demuestra una propuesta circulada en 2004, que considera la adopción, por parte del Consejo Administrativo, de Reglas para establecer un Órgano de Apelación.<sup>434</sup> Dentro de las causales de apelación propuestas se encuentra un claro error de derecho y serios errores en los hechos.<sup>435</sup>

No cabe duda que estas iniciativas contribuirían a mejorar la coherencia del sistema, aunque para muchos eso no sería suficiente. Así, estas propuestas no liberarían al sistema de su marcada inclinación pro inversionista, ni de su interdependencia de organismos como el Banco Mundial.<sup>436</sup> Es por eso que algunos incluso claman por la creación de una corte internacional de inversiones.<sup>437</sup> Lamentablemente, este tema queda fuera del marco de esta memoria.

## Conclusiones

Los mecanismos de solución de controversias en materia de inversión son únicos, en la medida que representan un giro respecto del desarrollo que ha tenido el tema en el derecho internacional general. En el ámbito de las inversiones, los individuos tienen acceso directo para demandar a los Estados por daños a sus inversiones, sin la necesidad de recurrir previamente a sus propios Estados solicitando protección diplomática. Además, tienen a un Estado obligado a apersonarse en los procedimientos que se inicien, pues éstos dan su consentimiento de forma amplia y previa en los tratados de inversión.

En este marco, el procedimiento más utilizado es el arbitraje internacional, cuyo origen privado y comercial ha influido enormemente el sistema de arbitraje

---

<sup>434</sup> Possible improvements of the Framework for ICSID Arbitration. Disponible en: [http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ViewAnnouncePDF&AnnouncementType=archive&AnnounceNo=14\\_1.pdf](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ViewAnnouncePDF&AnnouncementType=archive&AnnounceNo=14_1.pdf)

Este mismo documento reconoce la dificultad de implementar este mecanismo vía enmienda a la Convención de Washington. En efecto, de acuerdo al artículo 66 de la Convención, cada enmienda o modificación requiere la aceptación y ratificación de todos los Estados miembros. Es por esto que se propone que la introducción de la apelación se haga a través del Consejo Administrativo.

<sup>435</sup> Ibid. Anexo. p. 4.

<sup>436</sup> Para críticas respecto de la independencia del CIADI ver los comentarios del Instituto Internacional para el desarrollo sostenible (IISD) en:

[http://www.iisd.org/pdf/2004/investment\\_icsid\\_response.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2004/investment_icsid_response.pdf)

<sup>437</sup> VAN HARTEN, Gus. *Op cit.* pp. 180-184.

relacionado a inversiones, especialmente respecto de las acciones que se devengan ante una violación de los tratados de inversión, esto es, acciones indemnizatorias.

Por otra parte, el ámbito material de los arbitrajes se ha ampliado de disputas comerciales entre privados, a lo que se ha denominado “disputas regulatorias”, esto es, disputas que surgen de la relación entre Estados e individuos, a propósito del ejercicio de la autoridad soberana de los primeros. Lo anterior marca una de las principales innovaciones del derecho de las inversiones, y es que a través de estos mecanismos de solución de controversias se ha removido del control interno, disputas que tradicionalmente se pertenecían a dicho dominio. De hecho, esta característica se exagera al no exigir los acuerdos que se agoten, antes de recurrir al arbitraje internacional, las vías internas.

Los acuerdos suscritos por Chile no son una excepción a esta marcada tendencia y, en consecuencia, todos incorporan el arbitraje internacional como mecanismo de solución de conflictos. En estos tratados existe una marcada preferencia por el sistema CIADI, y a excepción de un país, ningún tratado exige la remisión a las cortes internas como condición previa para remitir la controversia a arbitraje internacional. En relación al consentimiento, sólo 10 APPIs establecen un consentimiento expreso a las vías internacionales, lo cual implica que el Estado no está automáticamente obligado a acudir al CIADI, pero su negativa importaría una violación del tratado respectivo. Relacionado con el consentimiento, es importante notar que nuestros APPIs (a excepción de China), no limitan ni restringen la competencia de los tribunales arbitrales a materias específicas. Lo anterior sería muy conveniente, pues así se podrían excluir ciertas áreas regulatorias de la competencia de estos tribunales extranjeros.



## Tablas

### Artículos sobre solución de controversias

Tratado Chile con	Consultas amistosas	Consentimiento en el APPI	Opción Irrevocable (Fork in the road)	Derecho Aplicable
1. Alemania	6 m	—	—	✓
2. Austria	3 m	✓	✓	—
3. Bélgica	6 m	✓	✓	✓
4. Croacia	3 m	—	✓	✓
5. Dinamarca	6 m	—	✓	—
6. España	6 m	—	✓	✓
7. Finlandia	6 m	—	✓	—
8. Francia	6 m	—	✓	—
9. Grecia	3 m	—	✓	✓
10. Islandia	6 m	—	✓	—
11. Italia	6 m	—	✓	✓
12. Noruega	6 m	—	✓	—
13. Polonia	3 m	—	✓	—
14. Portugal	6 m	—	✓	✓
15. Reino Unido e Irlanda del Norte	3 m	—	✓	—
16. República Checa	3 m	—	✓	—
17. Rumania	3 m	—	✓	—
18. Suecia	6 m	✓	✓	—
19. Suiza	6 m	✓	✓	✓
20. Ucrania	3 m	—	✓	—

<b>Tratado Chile con</b>	<b>Consultas amistosas</b>	<b>Consentimiento en el APPI</b>	<b>Opción Irrevocable (Fork in the road)</b>	<b>Derecho Aplicable</b>
<b>21. Australia</b>	3 m	✓	✓	—
<b>22. China</b>	6 m	—	✓	✓
<b>23. Corea (TLC)</b>	s/p	✓	✓	✓
<b>24. Filipinas</b>	3 m	—	✓	—
<b>25. Japón (TLC)</b>	s/p	✓	✓	✓
<b>26. Malasia</b>	3 m	—	✓	—
<b>27. Argentina</b>	6 m	—	✓	✓
<b>28. Bolivia</b>	6 m	—	✓	—
<b>29. Canadá (TLC)</b>	s/p	✓	✓	✓
<b>30. Costa Rica</b>	5 m	✓	✓	✓
<b>31. Cuba</b>	3 m	✓	✓	—
<b>32. Ecuador</b>	6 m	—	✓	✓
<b>33. El Salvador</b>	3 m	—	✓	✓
<b>34. Estados Unidos (TLC)</b>	s/p	✓	✓	✓
<b>35 Guatemala</b>	3 m	✓	✓	—
<b>36. Honduras</b>	3 m	—	✓	—
<b>37. México (TLC)</b>	s/p	✓	✓	✓
<b>38. Nicaragua</b>	3 m	✓	✓	—
<b>39. Panamá</b>	3 m	✓	✓	—
<b>40. Paraguay</b>	6 m	—	✓	—
<b>41. Perú</b>	6 m	—	✓	—
<b>42. Uruguay</b>	3 m	—	✓	✓

<b>Tratado Chile con</b>	<b>Consultas amistosas</b>	<b>Consentimiento en el APPI</b>	<b>Opción Irrevocable (Fork in the road)</b>	<b>Derecho Aplicable</b>
<b>43. Venezuela</b>	s/p	✓	✓	✓

Mecanismos de Solución de Controversias

<b>Tratado Chile con</b>	<b>CIADI</b>	<b>CNUDMI</b>	<b>CIADI MC</b>
<b>1. Alemania</b>	✓	—	
<b>2. Austria</b>	✓	✓	
<b>3. Bélgica</b>	✓	—	
<b>4. Croacia</b>	✓	—	
<b>5. Dinamarca</b>	✓	—	
<b>6. España</b>	✓	✓	
<b>7. Finlandia</b>	✓	—	
<b>8. Francia</b>	✓	—	
<b>9. Grecia</b>	✓	✓	
<b>10. Islandia</b>	✓	✓	
<b>11. Italia</b>	✓	✓	
<b>12. Polonia</b>	✓	✓	
<b>13. Portugal</b>	✓	—	
<b>14. Noruega</b>	✓	—	
<b>15. Reino Unido</b>	✓	—	
<b>16. República Checa</b>	✓	✓	

Tratado Chile con	CIADI	CNUDMI	CIADI MC
17. Rumania	✓	—	
18. Suecia	✓	—	
19. Suiza	✓	✓	
20. Ucrania	✓		
21. Australia	✓	✓	
22. China	✓	—	
23. Corea (TLC)	✓	✓	✓
24. Japón (TLC)	✓	✓	✓
25. Filipinas	✓	—	
26. Malasia	✓	—	
27. Argentina	✓	✓	✓
28. Bolivia	✓	—	
29. Canadá (TLC)	✓	✓	✓
30. Costa Rica	✓	—	
31. Cuba	—	✓	
32. Ecuador	✓	—	
33. El Salvador	✓	—	
34. Estados Unidos (TLC)	✓	✓	✓
35. Guatemala	✓	—	
36. Honduras	✓	—	
37. México (TLC)	✓	✓	✓
38. Nicaragua	✓	—	

<b>Tratado Chile con</b>	<b>CIADI</b>	<b>CNUDMI</b>	<b>CIADI MC</b>
<b>39. Panamá</b>	✓	—	
<b>40. Paraguay</b>	✓	—	
<b>41. Perú</b>	✓	—	
<b>42. Uruguay</b>	✓	✓	
<b>43. Venezuela</b>	✓	—	

\*\* En marzo de 2009 entraron en vigencia los TLC Chile-Australia y Chile-Perú. Debido a su reciente entrada en vigencia, estos acuerdos no pudieron ser analizados en el marco de esta investigación.

## Conclusión final

Esta memoria ha identificado las principales características de los tratados sobre inversión y también los distintos problemas que estos acuerdos presentan. Se han descrito las disposiciones más importantes, tales como las definiciones de inversión e inversionista y los estándares y obligaciones asumidas por los Estados respecto de dichas inversiones e inversionistas.

Una de las primeras conclusiones arribadas es que bajo la aparente uniformidad del articulado de estos acuerdos se esconde su principal debilidad, esto es, la imprecisión en el contenido normativo de las obligaciones impuestas por estos tratados. La ambigüedad de los términos, sumado al gran número de actividades estatales que quedan bajo el alcance de los acuerdos sobre inversión, representa el talón de Aquiles de este sistema de protección a la inversión extranjera.

En efecto, dada la imprecisión del derecho aplicable, la función de los órganos encargados de la aplicación de estos acuerdos adquiere incluso características de creación de derecho (*law making power*).<sup>438</sup> Así, son los tribunales encargados de resolver las disputas sobre esta materia quienes en definitiva otorgan contenido a las obligaciones y fijan los estándares de conducta que deben seguir los gobiernos y Estados parte de los acuerdos sobre inversión.

Esta última característica del sistema de adjudicación a nivel de inversiones, ha llevado a algunos a concluir que los acuerdos sobre inversión representan un nuevo mecanismo o sistema de Derecho Administrativo Global.<sup>439</sup>

El derecho administrativo global es el nombre que recibe el conjunto de regulaciones transnacionales dirigidas a lidiar con las consecuencias de la globalización en distintas áreas como el comercio internacional, las finanzas, telecomunicaciones, seguridad, medioambiente, propiedad intelectual, entre otras. Dada su interdependencia, dichas áreas ya no pueden ser reguladas efectivamente a través de

---

<sup>438</sup> MONTT, Santiago. *What International Investment Law and Latin America Can and Should Demand from Each Other. Updating the Bello/Calvo doctrine in the BIT generation*, p. 15. Disponible en: <http://www.iilj.org/GAL/documents/SantiagoMontt.GAL.pdf>

<sup>439</sup> Ibid. pp.6, 14-32.

medidas nacionales y, por lo tanto, exigen un trato supranacional. De esta forma, los Estados han establecido mediante tratados u otras formas de cooperación intergubernamental, diversas organizaciones y cuerpos administrativos que se encargan de desempeñar funciones administrativas respecto de las materias nombradas. Esto ha generado una transferencia del poder regulatorio del nivel doméstico al nivel *global*.<sup>440</sup>

Por ende, sostener que el sistema de protección internacional a la inversión extranjera es en realidad una forma de derecho administrativo global, implica sostener que este sistema es una forma de gobierno supranacional que impone soluciones regulatorias a los Estados, imponiéndose sobre aquellas medidas adoptadas internamente. Esta primacía por sobre el derecho interno se debería a las nuevas exigencias del derecho internacional: autoridad y supremacía.<sup>441</sup>

De esta manera y según esta postura, las soluciones adoptadas internacionalmente reemplazarían a aquellas adoptadas en conformidad a los procesos democráticos internos. Por eso, algunos autores afirman que esta nueva forma de adjudicación estaría contribuyendo a producir un nuevo derecho global constitucional y administrativo que primaría sobre el derecho constitucional del Estado.<sup>442</sup>

Las objeciones a este tipo de posturas son múltiples, comenzando por el profundo déficit democrático que este ‘nuevo derecho’ tendría. Así, las decisiones de tribunales arbitrales compuestos por árbitros que forman parte de un sistema privado y con marcadas inclinaciones pro inversionista no sólo limitarían la actividad estatal, sino que además crearían un nuevo derecho que regularía dicha actividad. Inmediatamente surge en este contexto la pregunta por la legitimidad de dichas decisiones y del sistema de protección de inversiones en general. Montt sugiere que la legitimidad se lograría cumpliendo dos condiciones. La primera condición exige que el sistema de los acuerdos de inversión no pueda imponer estándares de conducta más exigentes que la protección otorgada por los países más desarrollados, y la

---

<sup>440</sup> KINGSBURY, Benedict, et al. *The Emergence of Global Administrative Law*, p. 16. Disponible en: [http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?68+Law+&+Contemp.+Probs.+15+\(summerautumn+2005\)#H1N1](http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?68+Law+&+Contemp.+Probs.+15+(summerautumn+2005)#H1N1)

<sup>441</sup> MONTT, Santiago. *Op. cit.* pp. 4-6,

<sup>442</sup> *Ibid.* pp. 21-32.

segunda, requeriría que los ordenamientos jurídicos internos extendieran la protección brindada por los acuerdos de inversión a los inversionistas nacionales.<sup>443</sup>

El gran problema con esta postura es que el sistema de inversiones ha otorgado una protección mucho más amplia que la de los países desarrollados. Los estándares se han aplicado consistentemente pro inversionista y casi no se ha tomado en consideración la lógica que subyace a la actividad estatal, esto es, la satisfacción del interés público. Asimismo, el sistema completo no ofrece, tal como se demostró en esta memoria, las condiciones mínimas de legitimidad, coherencia, responsabilidad y transparencia que requería un sistema que viene a reemplazar el derecho administrativo y constitucional interno.

Por lo tanto, no cabe duda que el sistema de protección de inversiones, bajo esta óptica, constituye una amenaza a nociones básicas de soberanía y democracia. En este sentido, sostener que dicha amenaza no proviene del texto de los acuerdos, sino que del ilimitado poder que estos dan a los árbitros encargados de su aplicación resulta absurdo.<sup>444</sup> Esto, porque por ahora el problema sí está en la letra de los acuerdos, son éstos los que contienen estándares ambiguos y vagos y son éstos los que otorgan la facultad a organismos internacionales para decidir asuntos que son propios de los Estados y de su dominio reservado.

Es debido a lo anterior que el estudio de las disposiciones de los acuerdos sobre inversión resulta tan esencial, pues permite determinar no sólo el alcance de cada una de las obligaciones asumidas por el país, sino que además, permite identificar todas las actividades estatales que pueden verse afectadas por acuerdos que aunque simples en apariencia, pueden llegar a reemplazar decisiones internas adoptadas en conformidad a los procesos democráticos de cada país.

---

<sup>443</sup> MONTT, Santiago. *Op. cit.* pp. 35-45.

<sup>444</sup> *Ibid.* p.19.



## Bibliografía

1. ALEXANDROV, Stanimir. *The “Baby Boom” of treaty based arbitrations and the jurisdiction of ICSID tribunal: Shareholders as “investors” and jurisdiction racione temporis*. The Law and Practice of International Courts and Tribunals, vol. 4, Países Bajos, (2005).
2. BALL, Marham. *Assesing Damages in Claims by Investors against States*. Foreign Investment Law Journal - ICSID Review, vol. 16 N° 2 (2001).
3. BARROS, Enrique. *Justicia y Eficiencia como Fines del Derecho Privado*. En Estudios de Derecho Civil. “Código y Dogmática en el Sesquicentenario de la Promulgación del Código Civil”. Lexis Nexis, (2005).
4. BISHOP, R. Doak y otros. *Foreing Investment Disputes, Cases Materials and Commentary*. Kluwer Law International, (2005).
5. BJORKLUND, Andrea. *The Continuing Appeal of Annulment: Lessons from Amco Asia and CME*. International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law, (2005).
6. BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. Clarendon Press, Oxford, 5ª ed., (1998).
7. CHRISTIE, G.C. *What Constitutes a Taking of Property Under Internacional Law?* 38 British Yearbook of International Law (Brit. Y.B. Int’l L.), (1962).
8. COLLIER, John y LOWE, Vaughan. *The Settlement of Disputes in Internacional Law. Institutions and Procedures*. Oxford University Press, (2000).
9. DOLZER, R. y MYERS, Terry. *After Tecmed: Most-Favored-Nation Clauses in Investment Protection Agreements*. Foreign Investment Law Journal - ICSID Review, vol. 19, N° 1, (2004).
10. FAYA RODRÍGUEZ, Alejandro. *The Most-Favored-Nation Clause in International Investment Agreements. A Tool for Treaty Shopping?* Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, (2008).

11. FIETTA, Stephen. *Expropriation and the “Fair and Equitable” Standard: The Developing Role of Investors’ “Expectations” in International Investment Arbitration*. Journal of International Arbitration, Kluwer Law International, (2006).
12. History of the ICSID Convention. Documents Concerning the Origin and Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, vol. II-1, ICSID, (2001).
13. *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations*. OECD Publishing, (2008).
14. JOHNSON J., Hazel. *Trade Agreements and Financial Services*. EEUU. World Scientific Publishing, (2002).
15. KLEIN, Marcela. *Fair and Equitable Treatment: An Evolving Standard*. Tesis para obtener el grado de magíster. University of Heilderberg, Max-Placnck Institute for Comparative Public Law and International Law and Universidad de Chile. Marzo, (2005).
16. KURTZ, Jurgén. *National Treatment, Foreign Investment and Regulatory Autonomy: The search for protectionism or Something More?* En KAHN, Philippe y WALDE, Thomas (Eds.) *New Aspects of International Investment Law*. Hague Academy of International Law, (2007).
17. LAUTERPACHT, Eli. *The Drafting of Treaties for the Protection of Investment*. International & Comparative Law Quarterly, N° 3, (1962).
18. LOWE, Vaughan. *Changing Dimensions of International Investment Law*. En: Cátedras impartidas en la Chinese Academy of International Law Xiamen China, septiembre de 2006. University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series. Working paper N° 4/2007.
19. PARRA, Antonio. *Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instrument on Investment*. Foreign Investment Law Journal - ICSID Review, vol. 12, N° 2, (1997).
20. PEREZCANO, Hugo. *Damages in Investor-State arbitration. Applicable law and burden of proof*. En DERAIS, Yves y KREINDLER, Richard H. (Eds.)

- Evaluation of Damages in International Arbitration. International Chamber of Commerce, (2006).
21. NEWCOMBE, Andrew. *The Boundaries of Regulatory Expropriation in Internatinal Law*. En KAHN, Philippe y WALDE, Thomas (Eds.) *New Aspects of International Investment Law*. Hague Academy of International Law, (2007).
  22. ORREGO VICUÑA, Francisco. *Changing Approaches to the Nationality of Claims in the Context of Diplomatic Protection and International Dispute Settlement*. En: SCHLEMMER-SCHULTE, Sabine y TUNG, Ko-Yung (Eds.) *Liber Amicorum, Ibrahim F.I. Shihata: International Finance and Development Law*. Kluwer International Law, (2001).
  23. REISMAN, Michael. *The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of Law Provision and the Questions of its Threshold*. *Foreign Investment Law Journal - ICSID Review*, vol. 15, N° 2, (2000).
  24. SCHILL, Stephan. *Tearing Down the Great Wall: The New Generation Investment Treaties of The People's Republic of China*. *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, (2007).
  25. SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: A Commentary*. Reino Unido, Cambrige University Press, (2001).
  26. SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Reino Unido, Cambrige University Press, 2ª ed., (2004).
  27. TEITELBAUM, Ruth. *Who's afraid of Maffezini? Recent Developments in the interpretation of Most Favored Nation Clauses*. *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, (2005).
  28. THOMAS, J.C. *Reflection on article 1105 of NAFTA: History, State Practice and the influence of Commentators*. *Foreign Investment Law Journal - ICSID Review*, vol. 17 N° 1 (2002).
  29. VAN HARTEN, Gus. *Investment treaty Arbitration and Public Law*. Oxford University Press, (2007).
  30. YALA, Farouk. *The Notion of "Investment" in ICSID Case Law: A drifting Jurisdictional Requirement? Some "Un-Conventional" Thoughts on Salini,*

SGS, and Mihaly. *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, (2005).

### Fuentes en línea

31. *Disputes Settlement: Investor-State*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, (2003). Disponible en: [http://www.unctad.org/en/docs/iteiit30\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/iteiit30_en.pdf)
32. *Fair and Equitable Treatment, Standard in International investment law*. OECD Working Papers on International Investment Law, (2004). Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/22/53/33776498.pdf>
33. *Foreign Portfolio Investment (FPI) and Foreign Direct Investment (FDI): Characteristics, similarities, complementarities and differences, policy implications and development impact*. UNCTAD Commission on Investment, Technology and Related Financial Issues, (1999). Disponible en: <http://www.unctad.org/en/docs/c2em6d2&c1.en.pdf>
34. HALLWARD-DRIEMEIER, Mary. *Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a bit...and they could bite*. World Bank, DECRG, (2003). Disponible en: [http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/IW3P/IB/2003/09/23/000094946\\_03091104060047/Rendered/PDF/multi0page.pdf](http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/IW3P/IB/2003/09/23/000094946_03091104060047/Rendered/PDF/multi0page.pdf)
35. *“Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate” in International Law*. OECD working papers on International Investment, (2004). Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/22/54/33776546.pdf>
36. *Indirect Investment: Defining the Scope of Direct Investment Relationship*. Issues Paper #3. IMF Committee on Balance of Payments statistics and OECD Workshop on International Investment Statistics. Direct Investment Technical Expert Group (DITEG), abril (2004). Disponible en: <http://www.imf.org/external/np/sta/bop/pdf/diteg3b.pdf>
37. *International Investment Arrangements: Trends and Emerging Issues*. UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, (2006). Disponible en: [http://www.unctad.org/en/docs/iteiit200511\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/iteiit200511_en.pdf)

38. KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. *Annulment of ICSID Awards in contract and Treaty Arbitrations: Are There Differences?* Disponible en: <http://www.lk-k.com/data/document/annulment-icsid-awards-contract-and-treaty-arbitrations-are-there-differences-annulment.pdf>
39. KINGSBURY, Benedict, et al. *The Emergence of Global Administrative Law*. Disponible en: [http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?68+Law+&+Contemp.+Probs.+15+\(summer+autumn+2005\)#H1N1](http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?68+Law+&+Contemp.+Probs.+15+(summer+autumn+2005)#H1N1)
40. MONTT, Santiago. *What International Investment Law and Latin America Can and Should Demand from Each Other. Updating the Bello/Calvo doctrine in the BIT generation*. Disponible en: <http://www.iilj.org/GAL/documents/SantiagoMontt.GAL.pdf>
41. *Most Favoured Nation Treatment*. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, (1999). Disponible en: <http://www.unctad.org/en/docs/psiteiid10v3.en.pdf>
42. *Most Favoured Nation Treatment in International investment law*. OECD Working Papers on International Investment Law, (2004). Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/21/37/33773085.pdf>
43. *National Treatment*. UNCTAD Series on issues in international investment agreements, (1999). Disponible en: <http://www.unctad.org/en/docs/psiteiid11v4.en.pdf>
44. *Taking of Property*. International Investment Agreements: Key Issues, vol. I. cap. 8. UNCTAD, (2004). Disponible en: [http://www.unctad.org/en/docs/iteit200410\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/iteit200410_en.pdf)
45. *State Contracts*. UNCTAD. Series on Issues in International Investment Agreements, (2004). Disponible en: [http://www.unctad.org/en/docs/iteit200411\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/iteit200411_en.pdf)
46. World Investment Report 2006. FDI from Developing and Transition Economies: Implications for Development. UNCTAD. Nueva York, (2006). Disponible en: [http://www.unctad.org/en/docs/wir2006\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/wir2006_en.pdf)

## **Fuentes Normativas**

### *Acuerdos y tratados suscritos por Chile*

47. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Chile y Alemania publicado en el Diario Oficial el 18 de junio de 1999. Disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/ALEMANIA.pdf>
48. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Chile y Argentina publicado en el Diario Oficial el 27 de febrero de 1995. Disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/ARGENTINA.pdf>
49. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Chile y Australia publicado en el Diario Oficial el 18 de noviembre de 1999. Disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/AUSTRALIA.pdf>
50. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Chile y Austria publicado en el Diario Oficial el 17 de noviembre de 2000. Disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/AUSTRIA%20ESPANOL.pdf>
51. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Chile y Bélgica publicado en el Diario Oficial el 5 de agosto de 1999. Disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/BELGICA.pdf>
52. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Chile y Bolivia publicado en el Diario Oficial el 21 de julio de 1999. Disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/BOLIVIA.pdf>
53. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Chile y Costa Rica publicado en el Diario Oficial el 8 de julio de 2000. Disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/COSTA%20RICA.pdf>
54. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Chile y Croacia publicado en el Diario Oficial el 31 de julio de 1996. Disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/CROACIA.pdf>
55. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Chile y China publicado en el Diario Oficial el 14 de octubre de 1995. Disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/CHINA.pdf>
56. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Chile y Cuba publicado en el Diario Oficial el 30 de septiembre de 2000. Disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/COSTA%20RICA.pdf>

57. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Chile y Dinamarca publicado en el Diario Oficial el 30 de noviembre de 1995. Disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/DINAMARCA%20ESPANOL.pdf>
58. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Chile y Ecuador publicado en el Diario Oficial el 21 de febrero de 1996. Disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/ECUADOR.pdf>
59. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Chile y El Salvador publicado en el Diario Oficial el 18 de noviembre de 1999. Disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/EL%20SALVADOR.pdf>
60. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Chile y España publicado en el Diario Oficial el 27 de abril de 1994. Disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/ESPANA.pdf>
61. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Chile y Filipinas publicado en el Diario Oficial el 6 de noviembre de 1997. Disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/FILIPINAS.pdf>
62. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Chile y Finlandia publicado en el Diario Oficial el 14 de junio de 1996. Disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/FINLANDIA%20ESPANOL.pdf>
63. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Chile y Francia publicado en el Diario Oficial el 5 de diciembre de 1994. Disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/FRANCIA.pdf>
64. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Chile y Grecia publicado en el Diario Oficial el 7 de marzo de 2003. Disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/GRECIA.pdf>
65. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Chile y Guatemala publicado en el Diario Oficial el 10 de diciembre de 2001. Disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/GUATEMALA.pdf>
66. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Chile y Honduras publicado en el Diario Oficial el 12 de enero de 2002. Disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/HONDURAS.pdf>

67. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Chile e Islandia publicado en el Diario Oficial el 12 de agosto de 2006. Disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/ISLANDIA.pdf>
68. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Chile e Italia publicado en el Diario Oficial el 23 de junio de 1995. Disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/ITALIA.pdf>
69. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Chile y Malasia publicado en el Diario Oficial el 4 de agosto de 1995. Disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/MALASIA.pdf>
70. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Chile y Nicaragua publicado en el Diario Oficial el 10 de diciembre de 2001. Disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/NICARAGUA.pdf>
71. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Chile y Noruega publicado en el Diario Oficial el 4 de noviembre de 1994. Disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/NORUEGA.pdf>
72. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Chile y Panamá publicado en el Diario Oficial el 21 de diciembre de 1999. Disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/PANAMA.pdf>
73. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Chile y Paraguay publicado en el Diario Oficial el 21 de diciembre de 1999. Disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/PARAGUAY.pdf>
74. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Chile y Perú publicado en el Diario Oficial el 11 de agosto de 2001. Disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/PERU.pdf>
75. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Chile y Polonia publicado en el Diario Oficial el 22 de septiembre de 2000. Disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/POLONIA.pdf>
76. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Chile y Portugal publicado en el Diario Oficial el 22 de septiembre de 2000. Disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/PORTUGAL.pdf>
77. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Chile y Reino Unido e Irlanda del Norte publicado en el Diario Oficial el 23 de junio de



1997. Disponible en:  
<http://www.direcon.cl/documentos/REINO%20UNIDO%20ESPANOL.pdf>
78. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Chile y República Checa publicado en el Diario Oficial el 2 de diciembre de 1996. Disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/REP%20CHECA.pdf>
79. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Chile y Rumania publicado en el Diario Oficial el 27 de agosto de 1997. Disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/RUMANIA.pdf>
80. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Chile y Suecia publicado en el Diario Oficial el 22 de agosto de 1996. Disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/SUECIA.pdf>
81. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Chile y Suiza publicado en el Diario Oficial el 13 de febrero de 2002. Disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/SUIZA.pdf>
82. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Chile y Ucrania publicado en el Diario Oficial el 29 de agosto de 1999. Disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/UCRANIA.pdf>
83. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Chile y Ucrania publicado en el Diario Oficial el 29 de agosto de 1997. Disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/UCRANIA.pdf>
84. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Chile y Uruguay publicado en el Diario Oficial el 22 de abril de 1999. Disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/URUGUAY.pdf>
85. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Chile y Venezuela publicado en el Diario Oficial el 17 de agosto de 1994. Disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/VENEZUELA.pdf>
86. Tratado de Libre Comercio entre Chile y Canadá publicado en el Diario Oficial el 5 de julio de 1997. Disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/Texto%20del%20Tratado%20Chile%20-%20Canada%20version%20completa.pdf>
87. Tratado de Libre Comercio entre Chile y Corea publicado en el Diario Oficial el 1 de abril de 2004. Disponible en:

<http://www.direcon.cl/documentos/corea/TEXTO%20FINAL%20DEL%20TRATADO%20EN%20ESPAÑOL%20CON%20COREA%20CORREGIDO%20VERSION%20II.pdf>

88. Tratado de Libre Comercio entre Chile y Japón publicado en el Diario Oficial el 3 de septiembre de 2007. Disponible en: <http://www.direcon.cl/pdf/1%20-%20TLC%20CHILE%20JAPON%20TEXTO%20PRINCIPAL.pdf>
89. Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos publicado en el Diario Oficial el 31 de diciembre de 2003. Disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/TLC%20EEUU/version%20completa%20TLC%20Chile%20EEUU.pdf>
90. Tratado de Libre Comercio entre Chile y México publicado en el Diario Oficial el 31 de julio de 1999. Disponible en: <http://www.direcon.cl/documentos/Texto%20del%20Tratado%20Chile%20-%20Canada%20version%20completa.pdf><http://www.direcon.cl/documentos/Texto%20Completo%20Acuerdo%20Chile%20-%20Mexico.pdf>

*Acuerdos y tratados suscritos por otros países*

91. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Alemania y Pakistán. Disponible en: [http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/germany\\_pakistan.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/germany_pakistan.pdf)
92. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Francia y Perú. Disponible en: [http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/france\\_peru\\_esp.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/france_peru_esp.pdf)
93. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Bolivia y Holanda. Disponible en: [http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/netherlands\\_bolivia.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/netherlands_bolivia.pdf)
94. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Argentina y Korea. Disponible en: [http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/argentina\\_korea.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/argentina_korea.pdf)
95. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Belice y Reino Unido. Disponible en: [http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/uk\\_belize.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/uk_belize.pdf)

96. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Ecuador y Estados Unidos. Disponible en: [http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/ecuador\\_usa\\_sp.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/ecuador_usa_sp.pdf)
97. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Argentina y España. Disponible en: [http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/argentina\\_spain\\_sp.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/argentina_spain_sp.pdf)
98. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Costa Rica y Korea. Disponible en: [http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/costarica\\_korea\\_sp.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/costarica_korea_sp.pdf)
99. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Colombia y España. Disponible en: [http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/spain\\_colombia\\_sp.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/spain_colombia_sp.pdf)
100. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre España y Perú. Disponible en: [http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/peru\\_spain\\_esp.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/peru_spain_esp.pdf)
101. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Bolivia y Ecuador. Disponible en: [http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/ecuador\\_bolivia\\_sp.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/ecuador_bolivia_sp.pdf)
102. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Holanda y Argentina. Disponible en: [http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/netherlands\\_argentina.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/netherlands_argentina.pdf)
103. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre España y México. Disponible en: [http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/mexico\\_spain\\_sp.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/mexico_spain_sp.pdf)
104. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Argentina y Perú. Disponible en: [http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/peru\\_argentina\\_esp.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/peru_argentina_esp.pdf)
105. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Jamaica y Reino Unido. Disponible en: [http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/uk\\_jamaica.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/uk_jamaica.pdf)

106. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Jamaica y Estados Unidos. Disponible en: [http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/us\\_jamaica.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/us_jamaica.pdf)
107. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Costa Rica y Reino Unido. Disponible en: [http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/costarica\\_uk\\_sp.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/costarica_uk_sp.pdf)
108. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Bolivia y Estados Unidos. Disponible en: [http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/costarica\\_uk\\_sp.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/costarica_uk_sp.pdf)
109. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Pakistán y Suiza. Disponible en: [http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/switzerland\\_pakistan\\_fr.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/switzerland_pakistan_fr.pdf)
110. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones entre Filipinas y Suiza. Disponible en: [http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/switzerland\\_philippines\\_fr.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/switzerland_philippines_fr.pdf)

*Otros acuerdos, tratados y convenios*

111. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.
112. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos humanos.

**Tabla de Casos<sup>445</sup>**

113. Chorzow Factory. (Alemania c. Polonia). CPJI. Sentencia de 13 de septiembre de 1928 disponible en: [http://www.icj-cij.org/pcij/serie\\_A/A\\_17/54\\_Usine\\_de\\_Chorzow\\_Fond\\_Arret.pdf](http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_17/54_Usine_de_Chorzow_Fond_Arret.pdf)
114. Anglo-Iranian Oil Co. (Reino Unido c. Irán). CIJ. Sentencia de 22 de junio de 1952 disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/16/1997.pdf>

---

<sup>445</sup> Los vínculos a la página de *investment claims* requiere registro previo. Sin embargo luego del registro permite acceso gratuito a las sentencias.

115. Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica c. España). CIJ. Sentencia de 5 de febrero de 1970 disponible en: <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>
116. Inceysa Vallisoletana, S.L. c. República de El Salvador. Caso CIADI N° ARB/03/26. Decisión sobre jurisdicción de 2 de agosto 2006 disponible en: [http://www.investmentclaims.com/decisions/ARB0326Inceysa\\_Vallisoletana\\_sp\\_001.pdf](http://www.investmentclaims.com/decisions/ARB0326Inceysa_Vallisoletana_sp_001.pdf)
117. Caso Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. La República de Chile. Caso CIADI N° ARB/98/2. Laudo de fecha 8 de mayo de 2008 disponible en: <http://www.investmentclaims.com/ViewPdf/ic/Awards/law-iic-324-2008.pdf>
118. Tokios Tokeles c. Ucrania. Caso CIADI N° ARB/02/18. Decisión sobre Jurisdicción 29 de abril de 2004 disponible en: <http://www.investmentclaims.com/ViewPdf/ic/Awards/law-iic-258-2004.pdf>
119. Aguas del Tunari c. Bolivia. Caso CIADI N° ARB/02/03. Decisión sobre Jurisdicción de 21 de octubre de 2005 disponible en: <http://www.investmentclaims.com/ViewPdf/ic/Awards/law-iic-8-2005.pdf>
120. S.D. Myers, Inc c. Canadá. CNUDMI. Laudo parcial de 13 de noviembre de 2000 disponible en: <http://www.investmentclaims.com/ViewPdf/ic/Awards/law-iic-249-2000.pdf>
121. MTD Equity Sdn. BHD. & MTD Chile S.A c. República de Chile. Caso CIADI N° ARB/01/7. Laudo de 25 de mayo de 2004 disponible en: <http://www.investmentclaims.com/ViewPdf/ic/Awards/law-iic-174-2004.pdf>
122. MTD Equity Sdn. BHD. & MTD Chile S.A. c. República de Chile. Caso CIADI N° ARB/01/7. Decisión de Anulación de 16 de febrero de 2007 disponible en: <http://www.investmentclaims.com/ViewPdf/ic/Awards/law-iic-1772007.pdf>
123. Occidental Exploration and Production Company c. República de Ecuador. CNUDMI. Decisión Final de 1 de julio de 2004 disponible en: <http://www.investmentclaims.com/decisions/Occidental-Ecuador-FinalAward-1Jul2004.pdf>

124. Maffezini v. España. Caso CIADI N° ARB/97/7. Decisión sobre excepciones a la jurisdicción de 25 de enero de 2000 disponible en: [http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC565\\_Sp&caseId=C163](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC565_Sp&caseId=C163)
125. Salini Costruttori S.p.A and Italstrade S.p.A. c. Jordan. Caso CIADI N° ARB/02/13. Decisión sobre excepciones a la jurisdicción de 15 de noviembre de 2004 disponible en: <http://www.investmentclaims.com/ViewPdf/ic/Awards/law-iic-207-2004.pdf>
126. Siemens, A.G. c. Argentina. Caso CIADI N° ARB/02/8. Decisión sobre excepciones a la jurisdicción de 3 de agosto de 2004 disponible en: <http://www.investmentclaims.com/ViewPdf/ic/Awards/law-iic-226-2004.pdf>
127. Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos. Caso CIADI N° ARB (AF)/00/2. Laudo de 29 de mayo de 2003 disponible en: [http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC602\\_Sp&caseId=C186](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC602_Sp&caseId=C186)
128. Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria. Caso CIADI N° ARB/03/24. Laudo de 8 de febrero de 2005 disponible en: [http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC521\\_En&caseId=C24](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC521_En&caseId=C24)
129. Metalclad Corporation c. México. Caso CIADI N° ARB (AF)/97/1. Laudo de 30 de agosto de 2000 disponible en: [http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC542\\_Sp&caseId=C155](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC542_Sp&caseId=C155)
130. Methanex Corporation c. Estados Unidos. CNUDMI. Decisión Final sobre Jurisdicción y Fondo de fecha 3 de agosto de 2005 disponible en: [http://www.investmentclaims.com/IIC\\_167\\_\(2005\).pdf](http://www.investmentclaims.com/IIC_167_(2005).pdf)
131. Empresas Lucchetti, S.A. y Lucchetti Perú S.A. c. República del Perú. Caso CIADI N° ARB/03/4. Decisión sobre excepciones a la jurisdicción de 7 de febrero de 2005 disponible en: <http://www.investmentclaims.com/ViewPdf/ic/Awards/law-iic-88-2005.pdf>

132. Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. República de Chile. Caso CIADI N° ARB/04/7. Laudo de 21 de agosto de 2007 disponible en: <http://www.investmentclaims.com/ViewPdf/ic/Awards/law-iic-301-2007.pdf>
133. SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República Islámica de Pakistán. Caso CIADI N° ARB/01/13. Decisión sobre excepciones a la jurisdicción de 6 de agosto de 2003 disponible en: <http://www.investmentclaims.com/ViewPdf/ic/Awards/law-iic-223-2003.pdf>
134. SGS Société Générale de Surveillance S.A. c. República de Filipinas. Caso CIADI N° ARB/02/6. Decisión sobre excepciones a la jurisdicción de 29 de enero de 2004 disponible en: <http://www.investmentclaims.com/ViewPdf/ic/Awards/law-iic-224-2004.pdf>
135. Sempra, Sempra Energy International c. La República Argentina, Caso CIADI N° ARB/02/16 Decisión sobre excepciones a la jurisdicción de 11 de mayo de 2005 disponible en: [http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC509\\_Sp&caseId=C8](http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC509_Sp&caseId=C8)
136. Lauder c. Rep blica Checa. CNUDMI. Disponible en: <http://www.investmentclaims.com/ViewPdf/ic/Awards/law-iic-205-2001.pdf>
137. CME Czech Republic BV c. Rep blica Checa. CNUDMI. Disponible en: [http://ita.law.uvic.ca/documents/CME-2003-Final\\_001.pdf](http://ita.law.uvic.ca/documents/CME-2003-Final_001.pdf)