



PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATOLICA
DE VALPARAISO



**LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES
ENTRE UN INVERSOR EXTRANJERO Y UN ESTADO,
ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SITUACIÓN ACTUAL EN SUDAMÉRICA.**

JORGE LUIS VEGA CANCINO

PROFESOR GUÍA: ALBERTO VAN KLAVEREN STORK.

**Valparaíso
Marzo de 2016**

A mi familia, a mi mujer Paulina y nuestros hijos Constanza y Jorge.

RESUMEN.

Este trabajo tiene como objeto exponer la situación actual en Sudamérica en materia de solución de controversias inversor – Estado y realizar un análisis crítico al respecto. Para ello, acudimos a herramientas de las Relaciones Internacionales, la Historia, el Derecho y la Economía, con el fin de estructurar un panorama que permita al lector familiarizarse con los conceptos clave y obtener una visión completa del estado de la cuestión.

El primer capítulo se ocupa de la inversión extranjera directa y su regulación, en el contexto de un mundo globalizado que integra actores relevantes no estatales, como es el caso de las empresas multinacionales. Ofrece también un panorama de la situación en Sudamérica en esta materia. El segundo capítulo se centra en aspectos técnicos de los tratados sobre inversiones, describiendo su funcionamiento y utilizando a Chile como caso ejemplar; luego aporta antecedentes sobre el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones y la carga de casos que involucran a países sudamericanos; continúa con la denuncia del Convenio CIADI por parte de Bolivia, Ecuador y Venezuela; para finalmente exponer el proyecto de Centro de Mediación y Arbitraje sobre Inversión de UNASUR.

Los resultados de nuestra investigación demuestran que no se puede establecer una relación directa entre los tratados sobre inversiones y el aumento del flujo de inversiones, que Sudamérica no mantiene una postura única frente a la inversión extranjera, y que es necesaria una adecuación de la regulación de las inversiones en base a los objetivos vinculados con el desarrollo sustentable, el respeto por el medio ambiente y los derechos humanos.

ÍNDICE.

	Página
§1- INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO I LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA, SITUACIÓN ACTUAL EN SUDAMÉRICA.	
§2- LA GLOBALIZACIÓN COMO PROCESO Y LAS EMPRESAS MULTINACIONALES COMO ACTORES TRANSNACIONALES.	12
1. Antecedentes Históricos.	12
2. La Globalización como Proceso Internacional.	17
3. Las Empresas Multinacionales como Actores Transnacionales.	21
§3- LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA (IED).	24
1. Concepto e Importancia de la IED en el Intercambio Comercial Internacional.	24
2. Regulación de la IED en el Derecho Internacional Público y Privado.	31
2.1 Evolución Histórica de la Regulación de la IED.	35
2.2 La Protección Diplomática y las Doctrinas Calvo y Drago.	38
2.3 Comentarios sobre la Evolución del Arreglo de Diferencias en Materia de Inversiones.	43
§4- AUSENCIA DE UN ACUERDO MUNDIAL SOBRE INVERSIONES.	45
1. ¿Es Realmente Necesario un AMI?	48
§5- SITUACIÓN ACTUAL EN SUDAMÉRICA EN MATERIA DE IED.	54
1. Panorama General.	54
2. Análisis Comparativo en Cifras.	61
2.1 Argentina.	63
2.2 Bolivia.	63
2.3 Brasil.	64
2.4 Chile.	64
2.5 Colombia.	65
2.6 Ecuador.	65
2.7 Paraguay.	66
2.8 Perú.	66
2.9 Uruguay.	67
2.10 Venezuela.	67
§6- CONCLUSIONES PARCIALES CAPÍTULO I.	68

CAPÍTULO II
SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES
ENTRE UN INVERSOR EXTRANJERO Y UN ESTADO,
ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS INSTRUMENTOS
Y SU SITUACIÓN ACTUAL EN SUDAMÉRICA.

§7- RELEVANCIA DE LOS TRATADOS EN MATERIA DE IED.	69
1. Antecedentes Históricos.	73
2. TBIs: Utilidad, Celebración y Cláusulas más Comunes.	82
2.1 Ámbito Material, Personal, Territorial y Temporal de Aplicación.	104
2.2 Distinción entre la Relación Inversor Extranjero – Estado Anfitrión y la Relación entre los Estados Signatarios de un TBI: la “Umbrella Clause”.	109
2.3 Las Nociones de “Inversión” e “Inversor Extranjero”.	112
3. Obligaciones Internacionales que Asume el Estado Anfitrión de la Inversión.	117
3.1 Deberes del Estado Anfitrión.	118
4. Obligaciones que Asume el Inversionista Extranjero.	131
5. Modelo chileno de TBI y la Cláusula Arbitral en los TBI’s celebrados por Chile.	134
6. TLC’s y su Cláusula de SCIE, el Caso Chileno.	143
§8- SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ANTE EL CIADI.	169
1. El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados.	169
2. Estructura Orgánica y Características del Centro.	174
3. Alternativas Previstas en los Tratados y su Relación con el CIADI.	178
4. El Sistema CIADI, Normas que lo Componen y Sus Principales Efectos Respecto de las Partes Contratantes.	186
§9- SITUACIÓN ACTUAL EN SUDAMÉRICA ANTE EL CIADI.	190
1. Panorama de los casos ante el Centro que involucran a Sudamérica.	191
2. Denuncia del Convenio, los casos de Bolivia, Ecuador y Venezuela.	194
§10- ANÁLISIS CRÍTICO DEL FUNCIONAMIENTO DE LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSOR – ESTADO EN SUDAMÉRICA.	202
1. ¿Los TBIs Atraen Inversiones?	202
2. Las Tres Posiciones en Sudamérica.	205
3. Nuestra Postura sobre los Medios de SCIE en Sudamérica.	208

Página

§11- UNASUR COMO POSIBLE FORO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSOR – ESTADO.	211
§12- CONCLUSIONES PARCIALES CAPÍTULO II.	216
§13- CONCLUSIONES GENERALES.	217
§14- BIBLIOGRAFÍA.	221
§15- ANEXOS.	231

§1- INTRODUCCIÓN.

Este trabajo de investigación se inserta en la disciplina de las Relaciones Internacionales, con un foco principal en la inversión extranjera directa y su regulación, contenida en contratos y Tratados Internacionales. A partir del proceso globalizador en que vivimos actualmente, las normativas nacionales han dado paso a acuerdos interestatales que ofrecen mejores condiciones a los inversionistas que deciden expandir su actividad hacia el extranjero.

Nos adentramos en profundidad en esta realidad, su evolución histórica, las razones que explican la ausencia de un Acuerdo Mundial sobre Inversiones y lo que ocurre en Sudamérica, en términos generales y también comparando los flujos correspondientes a cada país.

Los Tratados Bilaterales de Inversión (en adelante, TBIs) son el pivote a partir del cual nos desplazamos en gran parte de esta investigación, pues son acuerdos entre Estados en que se fijan los términos y condiciones para la inversión privada de nacionales de un país en el territorio del otro. Para tal efecto, nutrimos nuestro estudio con los antecedentes históricos relevantes, los conceptos esenciales y los datos que aportan para comprender por qué ha sido necesaria una normativa específica en la materia.

Los TBIs presentan un contenido homogéneo que regula variadas obligaciones del Estado receptor de una inversión. Examinaremos estas cláusulas en detalle, para luego concentrarnos en aquellas relativas a la solución de diferencias entre un Estado parte y los nacionales del otro Estado parte, pues la alternativa de mayor uso por los inversionistas es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, el Centro o CIADI).

El CIADI fue creado en 1965 y su objetivo es proveer mecanismos de conciliación y arbitraje para el arreglo de diferencias relativas a inversiones que surjan entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes. Es la institución de arbitraje sobre inversiones más relevante en el mundo, condición que conlleva un constante escrutinio de su

desempeño. Consiguientemente, existen simpatizantes y detractores en el orden internacional, algo que concretaremos en la visión sudamericana a su respecto.

Lo que ocurre actualmente en Sudamérica en materia de inversiones extranjeras es un aspecto central de esta obra, por lo tanto, los fundamentos de estos acontecimientos serán expuestos de manera detallada. Complementamos esta argumentación con una serie de tablas de datos relevantes preparadas por nosotros, para efectuar comparativas que nos habiliten a alcanzar conclusiones respaldadas empíricamente.

Este trabajo se divide en dos capítulos: el primero, entrega un marco conceptual de análisis, fundado en el paradigma de la interdependencia compleja. Describe las inversiones extranjeras directas, su regulación y evolución, aportando datos y cifras sobre Sudamérica. El segundo capítulo se adentra en los tratados internacionales que se ocupan de las inversiones, sus cláusulas, con un énfasis en los mecanismos de solución de controversias y en los acuerdos celebrados por Chile como caso ejemplar. Nos concentramos luego en el CIADI y sus características esenciales, la situación de Sudamérica ante el Centro; y la denuncia del Convenio por parte de Bolivia, Ecuador y Venezuela. Finalmente, hacemos un análisis crítico de los mecanismos de solución de controversias inversor – Estado y su aplicación en esta región, para cerrar con la posible creación de un Centro de Arbitraje de Inversiones en UNASUR.

Nuestro objetivo fundamental es que alguien que desconozca completamente la IED, los TBIs, el CIADI y su situación hoy en Sudamérica; pueda, a partir de la lectura de este trabajo, aproximarse a entenderlos desde una mirada crítica, pues han sido expuestos contemplando las diversas disciplinas de las ciencias sociales que se entrecruzan en su regulación y análisis. Este estudio, propio de las Relaciones Internacionales, aporta con explicaciones multicausales, recogiendo antecedentes económicos, históricos, políticos, sociales y jurídicos. Buscamos contribuir al entendimiento de estos fenómenos y facilitar su perfeccionamiento, sustentados en un análisis que se sitúa en Chile, un país que participa activamente del Sistema Internacional y requiere una utilización estratégica de las herramientas que nos ofrece, para poder obtener los mayores beneficios de su funcionamiento; desde aquí, nos proyectamos con una mirada que aspira a ser amplia y no polarizada.

CAPÍTULO I

LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA, SITUACIÓN ACTUAL EN SUDAMÉRICA.

§2- LA GLOBALIZACIÓN COMO PROCESO Y LAS EMPRESAS MULTINACIONALES COMO ACTORES TRANSNACIONALES.

1. Antecedentes Históricos.

El funcionamiento y características del comercio internacional como lo conocemos en la actualidad son el resultado de procesos de larga data, que tienen su punto de inicio en un hecho histórico de singular relevancia: la Segunda Guerra Mundial. Al mes siguiente del desembarco en Normandía (ocurrido en junio de 1944), evento que inclinó la balanza hacia los aliados en los enfrentamientos, se celebra en Bretton Woods, New Hampshire, Estados Unidos, un encuentro entre 44 delegaciones nacionales con la intención de dar nueva forma a la economía mundial. La confianza que tenían en que podrían obtener un triunfo en la guerra (como finalmente sucedió), los llevó a plantearse cómo se podría volver a poner en pie el sistema económico.

Basados en los planteamientos del economista norteamericano Harry Dexter White, quien, a su vez, se inspiró en las ideas del influyente John Maynard Keynes; los “Acuerdos de Bretton Woods” (como serían conocidos más adelante) concretaron la creación de instituciones que serían primordiales en el devenir global. Primero, en la reconstrucción de los territorios devastados por la guerra, para luego pasar a definir los criterios de asistencia a los países menos desarrollados y a demarcar los fundamentos económicos del orbe. Nos referimos, por supuesto, al Banco Mundial (en un primer momento denominado Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo), al Fondo Monetario Internacional (en adelante, FMI) y al Acuerdo General de Aranceles y Comercio (en inglés, GATT, General Agreement on Tariffs and Trade) que, posteriormente, pasaría a convertirse en la Organización Mundial de Comercio (en adelante, OMC). Para efectos prácticos, acudiremos al glosario que el propio Banco Mundial ofrece respecto de cada una de estas instituciones, para así adentrarnos en la descripción de sus características y las razones que justifican su existencia:¹

El Banco Mundial es una institución crediticia internacional que tiene por objeto reducir la pobreza y mejorar la vida de la gente fortaleciendo las economías y fomentando el desarrollo sostenible. El Banco es propiedad de los gobiernos de sus 181 países miembros; presta unos USD \$20.000 millones al año para proyectos de desarrollo, proporciona asistencia técnica y asesoramiento sobre políticas, y actúa como agente catalizador de inversiones y préstamos de otras fuentes. Los miembros más pobres del Banco Mundial reciben préstamos

¹ BANCO MUNDIAL, *Glosario*, disponible en el sitio web: <http://www.worldbank.org/depweb/spanish/beyond/global/glossary.html> (Accedido en diciembre de 2015).

de hasta 50 años sin interés. Otros miembros necesitados obtienen préstamos a 15 y 20 años a tasas de interés inferiores a las que cobran los bancos comerciales.

El Fondo Monetario Internacional es una institución internacional fundada para promover la cooperación internacional en materia monetaria y facilitar el crecimiento equilibrado del comercio, alentando la eliminación de restricciones cambiarias, fomentando la estabilidad de los tipos de cambio y agilizando los pagos entre los países miembros.

El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio fue una organización internacional que existió desde 1947 hasta 1995, con el mandato de reducir la protección y fomentar el libre comercio entre las naciones. Como resultado de sus ocho rondas de negociaciones internacionales disminuyeron muchos obstáculos al comercio (por ejemplo, los aranceles y los cupos de importación). En la última ronda de negociaciones del GATT, que tuvo lugar en Uruguay entre 1986 y 1994, se debatieron cuestiones como la reducción de las restricciones estatales de la inversión extranjera y del comercio de servicios en campos como la actividad bancaria, los seguros, el transporte, el turismo y las telecomunicaciones. En 1995, el GATT fue reemplazado por la OMC.

La Organización Mundial del Comercio es una organización internacional creada el 1º de enero de 1995 para reemplazar al GATT, actúa como foro para las negociaciones comerciales multilaterales y ayuda a resolver las diferencias comerciales entre sus miembros.

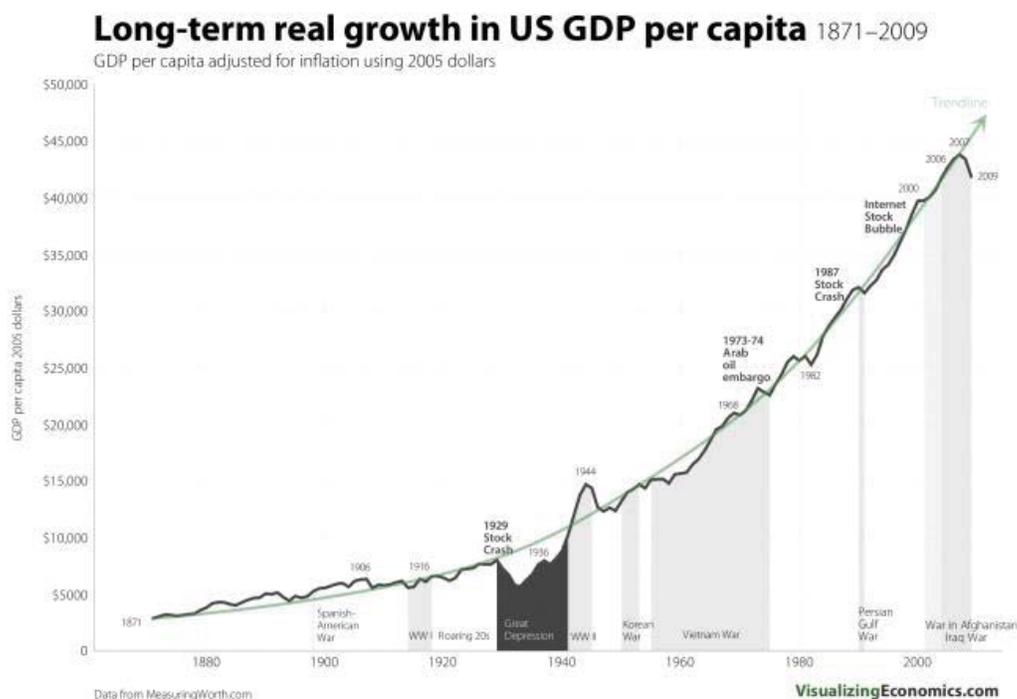
En la actualidad, el funcionamiento coordinado de estas instituciones que brevemente hemos reseñado, ha incidido en la definición de principios económicos de aplicación generalizada. Como se desprende de las descripciones expuestas más arriba, se trata de la concreción de un modelo liberalista, que propugna los beneficios de una economía regulada solamente en sus aspectos esenciales, permitiendo que el mercado opere como asignador de los recursos, con el menor número posible de intervenciones de los agentes públicos.

Las ideas del liberalismo extrapoladas al Sistema Internacional suponen que el comercio internacional desarrollado sin aranceles y con el menor número de restricciones de otro tipo (e.g.: salvaguardias, dumping, subvenciones), beneficia a todos sus participantes. Según Feenstra y Taylor, fue el economista David Ricardo el primero en demostrar que este beneficio es real, basado en la exportación de bienes en que se poseen ventajas comparativas: “No resulta exagerado decir que muchos de los principales organismos internacionales de hoy en día, incluida la ONU, el Banco Mundial y la OMC, se basan en parte en la idea de que el libre comercio entre países beneficia a todos los participantes, idea que proviene de las obras de Ricardo (y de Adam Smith, otro gran economista clásico del siglo XVIII).”²

² FEENSTRA, Robert; TAYLOR, Alan; *Comercio Internacional*, Editorial Reverté, Barcelona, 2011, p. 32. La traducción es nuestra.

Otra fundamentación para el establecimiento de este modelo apunta a los efectos reales de la modificación de las cuotas de poder en el Sistema Internacional (en adelante, S.I.), explicada de manera consistente en el análisis de Esther Barbé: “/.../ los Estados Unidos asumen como cualquier otra potencia la función de crear un sistema a su medida y de liderarlo. Ello es evidente en el terreno económico, donde los recursos de Estados Unidos son abrumadoramente superiores a los de cualquier otro estado. Así, el sistema de Bretton Woods, junto al GATT, introducen en el sistema internacional surgido de la segunda guerra mundial una lógica de primacía.”³ Los hechos y los datos duros han refrendado este factor como una de las claves para comprender cómo, desde el posicionamiento del modelo más identificado con sus ideas político – económicas, EE.UU. logra desplegar una plataforma para ir maximizando sus beneficios en el tiempo, mientras que el propio modelo se consolida y expande. El siguiente gráfico refleja este ascenso sostenido al que hacemos referencia, cuantificando el aumento del PIB estadounidense desde 1871 hasta 2009, donde es notorio que el alza se torna más pronunciada posterior a 1944:

GRÁFICO 1: “Aumento real a largo plazo del PIB per cápita de EE.UU. 1871 – 2009”.⁴



En directa relación con lo arriba reseñado, la propia Organización de las Naciones Unidas tiene un papel protagonista en la definición de este modelo. Su estructura como

³ BARBÉ, Esther, *Relaciones Internacionales*³, Editorial Tecnos, Madrid, 2008, p. 270 – 271.

⁴ Fuente: Visualizing Economics Blog, disponible en el sitio web:

<http://visualizingeconomics.com/blog/2011/03/08/long-term-real-growth-in-us-gdp-per-capita-1871-2009>
(Visitado en enero de 2016).

Organización Internacional entregó un rol clave a los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad (Estados Unidos, Inglaterra, Francia, Rusia y China), quienes gozan del derecho a veto.⁵ Aunque no está enfocado al ámbito económico, de manera indirecta los miembros del Consejo tienen cierta preponderancia que se transmite al quehacer de la Asamblea General. Además, en el seno de la ONU se creó la Conferencia sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)⁶, cuyo impulso en la homogeneización de las regulaciones en materia de inversiones cimentó las reglas actualmente en vigencia y que estudiaremos en §7.

Tenemos entonces que, a partir de su posición de privilegio desde mediados del siglo pasado, Estados Unidos lidera la refundación del Sistema Económico Internacional, sobre nociones que de manera generalizada son aceptadas por los países como de beneficio común, proyectándose desde Occidente hacia todo el mundo. Como un ejemplo de la vigencia de esta concepción de la inversión internacional como un fenómeno positivo, podemos citar el prefacio del “Policy Framework for Investment” (Marco de Políticas de Inversión), elaborado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)⁷ en 2015: “El

⁵ Funcionamiento del sistema de votación y registros en la ONU:

Voto y la mayoría requerida.

El artículo 27 de la Carta de las Naciones Unidas afirma que:

Cada miembro del Consejo de Seguridad tendrá un voto.

Las decisiones del Consejo de Seguridad sobre cuestiones de procedimiento serán tomadas por el voto afirmativo de nueve miembros.

Las decisiones del Consejo de Seguridad sobre todas las demás cuestiones serán tomadas por el voto afirmativo de nueve miembros, incluso los votos afirmativos de todos los miembros permanentes; pero en las decisiones tomadas en virtud del Capítulo VI y del párrafo 3 del Artículo 52, la parte en una controversia se abstendrá de votar.

El derecho al veto. A finales de la Segunda Guerra Mundial, China, Francia, la Federación de Rusia (antigua URSS), el Reino Unido y los Estados Unidos desempeñaron una función fundamental en el establecimiento de las Naciones Unidas. Los creadores de la Carta de las Naciones Unidas estaban seguros de que estos cinco países seguirían desempeñando un papel importante en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Por eso, a los «cinco grandes» se les otorgó un poder de voto especial, conocido como el «poder de veto». Se acordó que en caso de que uno de los «cinco grandes» ejerciera su poder de veto dentro del Consejo de Seguridad, la resolución o decisión no se aprobaría.

Los cinco miembros permanentes en uno u otro momento han ejercido el derecho de veto, algunos con más frecuencia que otros, y en momentos particulares dentro de ese período. Si un miembro permanente no está totalmente de acuerdo con una propuesta de resolución, pero no desea emitir un veto, puede optar por la abstención, lo que permite que la resolución se apruebe si obtiene el número requerido de nueve votos favorables. Fuente: sitio web oficial ONU <http://www.un.org/es/sc/meetings/voting.shtml> (Accedido en enero de 2016).

⁶ La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (ONUCED o UNCTAD, sigla de su nombre en inglés, United Nations Conference on Trade and Development) fue establecida en 1964 como un foro de deliberaciones intergubernamentales. Es el órgano de la ONU encargado de los asuntos relacionados con el comercio, las inversiones y el desarrollo. Lleva a cabo investigaciones, analiza políticas y reúne datos para las deliberaciones entre los expertos y los representantes de los gobiernos. Su labor tiene por objeto orientar los debates actuales sobre las políticas y la reflexión en materia de desarrollo, velando especialmente por que las políticas nacionales y la acción internacional se complementen mutuamente para lograr un desarrollo sostenible. Los objetivos de la organización son maximizar las oportunidades comerciales, de inversión y desarrollo de los países en vías de desarrollo así como la asistencia en sus esfuerzos para integrarse en la economía mundial. Actualmente, UNCTAD cuenta con 194 estados miembros y su sede se encuentra en Ginebra, Suiza.

Fuente: sitio oficial UNCTAD <http://www.unctad.org> (Accedido en enero de 2016).

⁷ La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos es una organización internacional intergubernamental que reúne a los países más industrializados de economía de mercado. En la OCDE, los representantes de los países miembros se reúnen para intercambiar información y armonizar políticas con el objetivo de maximizar su crecimiento económico y coadyuvar a su desarrollo y al de los países no miembros. La

objetivo del Marco de Políticas de Inversión (MPI) es movilizar la inversión privada que apoya el crecimiento económico sostenido y el desarrollo sostenible, contribuyendo al desarrollo económico y al bienestar social de las personas en todo el mundo.”⁸ Como veremos en §7, las exigencias que el inversionista debe cumplir en el territorio en el que se desenvuelve han aumentado, en la búsqueda de dividendos reales para los estados receptores de la inversión, requerimientos se enmarcan en lo que ha venido en llamarse “Acuerdos Comerciales de Nueva Generación”, cuyas implicancias también revisaremos.

Existen otros factores que, junto con aquellos arriba enunciados, pueden explicar esta coyuntura: la evolución de los mercados hacia el intercambio transfronterizo, la mejora en las tecnologías de comunicaciones y de transporte, el surgimiento de nuevas realidades comerciales (e.g.: Franquicias, Empresas Multinacionales), la expansión de los horizontes de inversión en proporción directa al crecimiento de los actores involucrados, entre otros. Pero un análisis de RR.II. nos demanda la búsqueda de explicaciones fundadas en procesos internacionales, impulsados por actores y fenómenos con la capacidad y entidad suficientes para generar dinámicas que afecten al S.I. en su conjunto. Sobre este último punto, aunque ya hemos planteado la relevancia de la influencia de las Organizaciones surgidas en la post segunda guerra mundial y la posición clave de los estadounidenses como gestores, es menester indicar que la economía mundial interconectada responde a un proceso continuo de complejización de las relaciones internacionales, fenómeno que en RR.II. vino en denominarse “transnacional”. Keohane y Nye son los padres de este paradigma que más adelante bautizaron como “interdependencia compleja”, cuyas principales características son:⁹

- 1- El estado pierde su carácter de actor exclusivo y entra en competencia con otros actores: organizaciones internacionales, empresas multinacionales, organizaciones no gubernamentales, unidades políticas subestatales e individuos.
- 2- La unidad de análisis es la actividad humana en un mundo altamente desarrollado: relaciones comerciales y financieras, desarrollo tecnológico, mundo de las comunicaciones, grandes negociaciones (ej.: Derecho del Mar), cuestiones energéticas, temas culturales, problemas ecológicos, etc.
- 3- La imagen del mundo de los transnacionalistas está unida a los conceptos de sociedad mundial o de globalismo, en tanto que los flujos económicos o tecnológicos rompen con la lógica del sistema de estados para crear una de red o de telaraña en la que existen múltiples conexiones y en las que todas las piezas están vinculadas.

OCDE es el mayor productor mundial de publicaciones en economía y asuntos sociales con más de 500 títulos por año, más documentos de trabajo y otros productos que cubren todas las áreas de trabajo de la Organización. Fuente: <http://www.oecd.org> (Accedido en enero de 2016).

Desde el 7 de mayo de 2010 Chile es miembro de la OCDE, en consecuencia, al igual que los restantes 30 miembros, mantiene una delegación permanente en la Organización, compuesta por un embajador y diplomáticos. Para más información al respecto puede accederse al sitio <http://www.oecd.org/chile> (Accedido en enero de 2016).

⁸ OCDE, *Policy Framework for Investment*, Edición 2015, p. 11 (disponible en [oecd.org](http://www.oecd.org)). La traducción es nuestra.

⁹ KEOHANE, Robert; NYE, Joseph S., *Power and Independence. World Politics in Transition*, Little Brown, Boston, 1977, p. 23 – 37. Traducción de BARBÉ, Esther, cit. (n. 3), p. 64 – 69 y 117 – 123. El resumen es nuestro.

Es indudable que el paradigma de la interdependencia compleja nos sirve como herramienta para analizar y explicar la transición en el foco o en el eje de las dinámicas internacionales. Si bien en este acápite hemos meramente enunciado estos nuevos procesos, vistos desde su punto de partida en el marco histórico, profundizaremos estas ideas a continuación, cuando nos avoquemos al concepto de globalización y a las empresas multinacionales como actores. Al ir agregando nociones a nuestro mapa conceptual, conseguiremos establecer las bases argumentativas para las siguientes etapas de este trabajo, en la búsqueda por ofrecer una visión amplia de los fenómenos en comento.

2. La Globalización como Proceso Internacional.

El diccionario de la Real Academia Española (en adelante DRAE), define globalización como la tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales.¹⁰ De este concepto se desprende que este fenómeno involucra una realidad tanto a nivel micro como macroeconómico, que podemos ver plasmada en las legislaciones y políticas gubernamentales que tienden hacia la apertura de los mercados, a través de múltiples instrumentos, entre los cuales destacan: Acuerdos de Complementación Económica (ACE), Tratados de Libre Comercio (TLC), Acuerdos de Asociación, Acuerdos de Doble Tributación; y más específicamente, en lo referido al tema de este trabajo, los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) o Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI).¹¹ La globalización se traduce, además, en una nueva realidad de empresa, en la cual la búsqueda de capitales para el desarrollo de la industria de bienes y servicios, ya no está circunscrita a un territorio determinado, sino que cruza las fronteras y permite las relaciones de tipo económico a nivel internacional.¹²

Pero la globalización no es un proceso limitado a lo económico, Ernesto Ottone recoge lo propuesto por Manuel Castells al indicar que: “En la vida diaria se tiende a identificar el

¹⁰ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA²², Real Academia Española, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 2001.

¹¹ Las negociaciones necesarias para la firma de estos instrumentos enumerados, estaban a cargo del Comité de Inversiones Extranjeras (hoy Agencia de Promoción de la Inversión Extranjera), con el apoyo de la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales (DIRECON): “El accionar de la Direcon, dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores, tiene un directo impacto en la vida cotidiana de los chilenos. En efecto, nuestro crecimiento y empleo dependen básicamente de nuestras exportaciones. A través de los Acuerdos de Complementación Económica, ACE; los Tratados de Libre Comercio, TLC; y otros convenios bilaterales, se mejoran las condiciones de acceso a diversos mercados, fortaleciendo el desarrollo exportador. Adicionalmente, la rebaja de aranceles a bienes importados reduce el costo de nuestra producción en insumos, maquinarias y equipos, estimulando el cambio tecnológico y favoreciendo a los consumidores con una oferta de bienes y servicios más variada, de calidad y a precios internacionales. Nuestra política de comercio exterior apunta a profundizar la inserción internacional, combinando el desarrollo exportador con la promoción y protección de inversiones; favoreciendo la competitividad y la difusión del cambio tecnológico, en un contexto de reglas estables, de vigilancia de la competencia desleal, y con políticas que refuercen su impacto sobre la equidad social.”

Fuente: Sitio web oficial <http://www.direcon.cl> (Accedido en enero de 2016).

¹² Esta nueva realidad de empresa se ve plasmada también en el surgimiento de nuevas formas de contratación, como el franchising y el know how, en donde técnicas de producción, de elaboración de productos o tecnologías desarrolladas en otros países son exportadas y explotadas en economías distantes a cambio del pago de un precio o royalty.

proceso globalizador con los procesos económicos, y más específicamente con los financieros. Pero la globalización no es la economía financiera ni la economía financiera es la globalización; aquella incluye a la economía financiera, pero es más que ella y más que la economía en su conjunto. Como dice Manuel Castells, ‘la globalización es un proceso histórico cultural mediado por las nuevas tecnologías, en particular las tecnologías de la información de base microelectrónicas y comunicación digital, que generan una nueva sociedad red que establece contactos y pautas de funcionamiento que afectan decisivamente los contenidos y consecuencias de la práctica social.’ /.../ Es el proceso mediante el cual las actividades estratégicamente estructurales de las sociedades funcionan como una unidad en el ámbito planetario y en tiempo real, a partir de la capacidad tecnológica (sistema de información y comunicación, incluido el transporte), organizativa (la organización en red interactiva) e institucional (a través del Estado y sus regulaciones, desregulaciones, controles y descontroles que disponen esas actividades). Dichas redes tienen capacidad de conexión o desconexión entre países, de acuerdo a sus intereses. Este proceso de globalización enmarca la generación de una economía caracterizada por una extensión sin precedentes de los mercados financieros, la importancia creciente del mercado internacional, la creciente producción de bienes y servicios a través de empresas transnacionales, y la globalización de las actividades científicas y tecnológicas. Los factores de productividad y competitividad pasan a depender de la empresa red, que instala capacidad de conocimiento, personal cualificado y unidades de investigación, y que tiene una gran flexibilidad gracias a su descentralización en unidades autónomas que se estructuran y reestructuran en torno a un proyecto de negocio de manera efímera.”¹³ Hemos incluido esta extensa cita porque creemos que nos ofrece una panorámica de este fenómeno transnacional que genera múltiples interconexiones y que conlleva, a la vez, una capacidad de transferencia instantánea de la información. Este rasgo, clave en la temática que trataremos en este trabajo, permite la articulación de los actores frente a escenarios que se replican en el orden interno de más de un Estado, propiciando la definición de estrategias mancomunadas de acción que alteran el curso de los eventos en un área determinada, en este caso, como veremos más adelante, en un porcentaje relevante de Estados pertenecientes a Sudamérica y su forma de reaccionar frente a la IED. En una escala más acotada, dicha clase de acontecimientos son una réplica de lo acontecido cuando se difundieron los términos del Acuerdo Mundial sobre Inversiones, tema que trataremos en §4.

Indagando en otra ramificación, tenemos que este nuevo escenario implicó un cambio de mentalidad que ha llevado a las economías a abrirse y expandir sus posibilidades de negocios. Pero existe también un riesgo asociado, que implica un desafío para las legislaciones de cada país, como también a nivel internacional. Este reto consiste en el desarrollo de nuevas estructuras (normativas, organizacionales, científicas), para que sean capaces de dar soluciones al sinnúmero de desafíos que surgen a partir de esta coyuntura.

¹³ OTTONE, Ernesto, “*Gobernar la Globalización*”, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2011, p. 37 y 38.

Las implicancias de la globalización, entonces, escapan a un análisis puramente jurídico, económico o político. Deben entrar a considerarse factores y herramientas múltiples que permitan explicar los procesos y sus consecuencias. De hecho, la preocupación por los efectos de la economía en el ámbito interno constituye una de las aristas clave a tener en cuenta. Robert Gilpin lo explica de la siguiente manera: “La Economía Política Internacional está particularmente interesada en la distribución de las ganancias de las actividades de mercado. /.../ Dichas ganancias rara vez se distribuyen de manera equitativa entre todos los actores económicos y los Estados generalmente están muy preocupados por sus propias ganancias relativas. /.../ La economía tiene un impacto considerable en el poder, valores y autonomía política de las sociedades nacionales. Los Estados tienen un fuerte incentivo para realizar acciones que salvaguarden sus propios valores e intereses, especialmente su poder y libertad de acción, e intentan también manipular las fuerzas del mercado para aumentar su poder e influencia por sobre los Estados rivales o para favorecer a los Estados aliados. /.../ Entonces, el estudio de la Economía Política Internacional presume que los Estados, las Empresas Multinacionales y otros actores poderosos intentan utilizar su poder para influenciar la naturaleza de las regulaciones internacionales.”¹⁴

Este autor hace hincapié en el instinto de auto – preservación y de competencia que caracterizan el comportamiento de los actores relevantes del S.I., estableciendo la necesidad de comprender dónde está emplazado cada actor y cuáles son sus capacidades, para poder desentrañar las razones detrás de sus actuaciones. Ahondando en esta idea, luego nos plantea la lógica dicotómica entre el Estado y el S.I.: “Un tema dominante es el persistente choque entre la creciente interdependencia de la economía internacional y el deseo de los Estados individuales por mantener su independencia y autonomía política. Al mismo tiempo que los Estados desean los beneficios del libre comercio, la inversión extranjera y sus derivados; también añoran proteger su autonomía política, sus valores culturales y estructuras sociales. Sin embargo, la lógica del mercado es expandirse geográficamente e incorporar más y más aspectos de la sociedad al mecanismo de precios, sometiendo las materias domésticas, de esa manera, a fuerzas externas a la sociedad nacional. /.../ El temor a que la globalización económica y la integración de los mercados nacionales estén destruyendo o podrían destruir la autonomía política, económica y cultural de las sociedades nacionales se ha expandido.”¹⁵ Este razonamiento nos hará mucho sentido cuando en §9 nos ocupemos de aquellos Estados que en un comienzo buscaron hacerse parte de los acuerdos que propician la instalación de capitales foráneos en sus territorios, pero más adelante decidieron abstraerse para intentar crear sus propios caminos que, en su concepto, son más beneficiosos para sus nacionales.

Castells ratifica esta paradoja globalización – independencia, planteando que la naturaleza de este proceso se traduce en efectos de diversa entidad, dependiendo del actor de

¹⁴ GILPIN, Robert, *Global Political Economy. Understanding the International Economic Order*, Princeton University Press, New Jersey, 2001, p. 77. La traducción es nuestra.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 80. La traducción es nuestra.

que se trate: “Somos interdependientes, pero unos más que otros. La interdependencia es asimétrica y sus consecuencias se expresan desigualmente no solo entre países sino entre regiones, entre clases, entre etnias y entre diferentes tipos de individuos. Sin atender a esa geometría variable de la globalización, se cae en el debate estéril sobre si es factor de dinamismo y modernización o de desigualdad, polarización social y retraso relativo. Pues resulta que, con los datos en la mano, es todo a la vez, como de hecho, siempre ha sido el caso en el desarrollo del capitalismo en sus distintas fases a lo largo de la historia.”¹⁶ Sin perjuicio de lo anterior, este autor propone que los Estados sí pueden morigerar los efectos de esta “geometría variable”: “El papel desarrollista del Estado es igualmente decisivo [como lo ha sido en el caso de China, cuyo involucramiento en el ámbito económico está férreamente controlado por su Estado] en toda Asia del Este, en Indonesia y en aquellos países latinoamericanos, como Brasil o Chile, en los que en los últimos tiempos el Estado ha liderado la construcción de la competitividad en los mercados globales, al tiempo que buscaba la estabilidad social y la legitimidad política mediante políticas redistributivas de características propias de cada sociedad. Es decir que no solo la globalización es variable en sus formas y consecuencias, sino que además ofrece posibilidades de gestión de su dinamismo y de modulación de sus efectos, que dependen de las políticas públicas y por tanto, en último término, del proceso sociopolítico en cada sociedad.”¹⁷

Estas interrogantes que quedan planteadas apuntan a estudiar cuáles son los resultados que cada Estado puede obtener a partir de sus políticas públicas, cómo dichas decisiones se condicen con la realidad global interconectada y hasta qué punto estas definiciones les garantizan la anuencia del electorado en el orden interno, mientras consiguen satisfacer las expectativas de los actores internacionales (inversionistas, otros Estados). Ya planteamos la metáfora de la red global, ahora debemos ocuparnos de intentar navegar dentro de su funcionamiento para poder conocer más respecto de la realidad en Sudamérica en materia de inversiones extranjeras.

¹⁶ CASTELLS, Manuel, en el prólogo a la obra de OTTONE, Ernesto, *Gobernar la Globalización*, cit. (n. 13), p. 12

¹⁷ *Ibíd*, p. 16.

3. Las Empresas Multinacionales (EMNs) como Actores Transnacionales.

En la actualidad hay unas 50.000 empresas multinacionales con 450.000 filiales que dan trabajo a más de 200 millones de personas en el mundo. Su impacto puede percibirse en casi todas las facetas de la actividad industrial, comercial, de servicios y negocios.¹⁸ Como mencionamos en §2.1, las EMNs (en inglés son conocidas como Transnational Corporations, cuya sigla es TNC's) se han constituido en un factor clave en la propagación de la interconexión comercial global; pues bien, toca ahora determinar de qué hablamos cuando nos referimos a esta realidad económica internacional y por qué en la actualidad son consideradas, por algunos, como un actor en el S.I.

Esther Barbé construye una definición que es extensa, puesto que intenta describir a cabalidad a la EMN, pero que nos parece que recoge de manera adecuada sus aspectos esenciales. Para ello, recoge lo postulado por la ONU y lo complementa con las ideas de Granell: La Comisión de Empresas Transnacionales del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas¹⁹ considera empresas transnacionales a aquellas que incluyen entidades en dos o más países, sean cuales fueren las fórmulas jurídicas y las esferas de sus actividades; que funcionen con un sistema de adopción de decisiones que permita una política coherente y una estrategia común gracias a uno o más centros de adopción de decisiones; y que las entidades tengan vínculos de propiedad o de otra forma, de modo que una o varias de ellas puedan ejercer influencia sobre las demás, compartir conocimientos, recursos y responsabilidades /.../ acomodándose a las condiciones económicas, sociales y legales de cada uno de los países con el fin de conseguir la maximización de sus beneficios y la mejor defensa de sus potencialidades de nivel mundial.²⁰

La EMN, como una entidad transfronteriza con capacidad de impacto internacional a partir, principalmente, de sus propias decisiones de negocios, planteó la necesidad de estudiarla y regularla, en tanto sus repercusiones se extienden a todos los ámbitos: económico, jurídico, político, social. Están asociadas de manera indisoluble a la globalización e incorporan nociones como la transferencia tecnológica, las cadenas productivas, el outsourcing, las franquicias, entre otras; todas dimensiones de un mismo fenómeno empresarial. Raúl Allard lo sintetiza de la siguiente manera: son racimos de empresas que operan a escala internacional vinculadas entre

¹⁸ Fuente: Organización Internacional del Trabajo, disponible en el sitio web: <http://www.ilo.org/global/topics/employment-promotion/multinational-enterprises/lang-es/index.htm> (Accedido en enero de 2016).

¹⁹ El Consejo Económico y Social se estableció en el marco de la Carta de las Naciones Unidas como principal órgano para coordinar la labor económica, social y conexas de los 14 organismos especializados de las Naciones Unidas, las comisiones orgánicas y las cinco comisiones regionales. También recibe informes de 11 fondos y programas. El Consejo Económico y Social actúa como foro central para el debate de cuestiones internacionales de índole económica y social y para la formulación de recomendaciones sobre políticas dirigidas a los Estados Miembros y al sistema de las Naciones Unidas.

Fuente: sitio web ONU, disponible en: <http://www.onu.cl/onu/onu-en-el-mundo/estructura-y-organigrama/consejo-economico-y-social/> (Accedido en enero de 2016).

²⁰ BARBÉ, Esther, cit. (n. 3), p. 229.

sí por una compleja red de relaciones institucionales, de propiedad, de producción, comerciales, administrativas, financieras y tecnológicas, que cuentan con una casa matriz y una “gran estrategia” que les es común.²¹

Tomemos como ejemplo a Apple, hoy la 12ª empresa a nivel mundial, con ventas por USD \$199.4 B, ganancias por USD \$44.5 B, activos por USD \$261.9 B y un valor de mercado de USD \$741.8 B.²² Sus diseños y estrategia se definen en su casa matriz en Cupertino, California, EE.UU., pero la mayoría de sus productos son ensamblados al otro lado del mundo, en China, en base a componentes elaborados en múltiples países (Japón, Taiwán, Singapur, Francia, Italia), donde participan otra serie de empresas como proveedores de partes (Sony, Samsung, Toshiba, TDK, Sharp, entre muchos otros). De este modo, el negocio de vender computadoras, laptops, smartphones, reproductores de música, música en formato digital y aplicaciones a través de sus plataformas online iTunes y Appstore, accesorios con certificación para sus productos, servicio técnico, etc., se despliega a través de un entramado que se concreta por medio de un plan global. En muchos países Apple instala sus tiendas con un mismo estándar de imagen y calidad, mientras que en otros vende a través de distribuidores autorizados, con lo cual ha logrado posicionar sus productos (el mismo producto puesto en diversos mercados nacionales) en todo el planeta. Empresas como la que hemos citado y muchas otras que figuran al tope del ranking de la revista Forbes (General Electric, Toyota, Volkswagen, Walmart, Samsung), manejan cifras de tal magnitud, ya sea en términos financieros como en lo que a fuerza laboral se refiere, que su actividad no es indiferente para los Estados y las Organizaciones Internacionales, generando la necesidad de establecer relaciones público – privadas que se materializan por la vía de consultas, negociaciones y lobby.

Estas empresas son en gran medida los conductos de la inversión extranjera directa que caracteriza también al proceso globalizador de las últimas décadas y que se define con la incorporación de un elemento de control sobre la empresa en que se invierte, aunque no sea mayoritario. Estos flujos forman parte de estrategias de empresa y están regulados, con mayores restricciones o apertura, por las normativas nacionales.²³ Comenzamos a asimilar entonces que se trata de un engranaje compuesto por varios componentes que funcionan de manera coordinada: IED y EMN como manifestaciones de la globalización, una red de acuerdos que fijan regulaciones para los citados fenómenos, impactos a nivel nacional que van ajustando el comportamiento de los Estados, todo en el marco de un S.I. que funciona de manera interconectada.

En RR.II. se considera actores a la EMNs, porque de hecho negocian e interactúan con gobiernos y otros actores, tanto dentro del país de la Casa Matriz como de las filiales y

²¹ ALLARD, Raúl, *Serie Materiales en Relaciones Internacionales N. 01, Agosto de 2010, Actores y Relaciones Transnacionales y la Sociedad Civil Internacional: Su Rol en el Sistema Internacional en la Globalización*, p. 8.

²² REVISTA FORBES, *Ranking Forbes: The World's Biggest Public Companies*. Disponible en el sitio web: <http://www.forbes.com/global2000/list/#tab:overall> (Accedido en enero de 2016).

²³ ALLARD, Raúl, cit. (n. 21), p. 9.

organismos internacionales. No son sujetos de Derecho Internacional, lo que tiene lógica y consistencia. No obstante, crecientemente se postula para ellas un carácter de “participantes” en el Derecho Internacional, lo que implica también asumir responsabilidades.²⁴ En la actualidad, las exigencias para una empresa que se instala en el territorio de otro Estado, distinto de aquel donde se ubica su matriz, han aumentado, incorporándose nuevos estándares en materia de medio ambiente, desarrollo sustentable, respeto de las normas laborales, responsabilidad social empresarial, etc. Esta temática nos ocupará en §7.4, a propósito de las obligaciones del inversor extranjero.

Olga Martín Ortega favorece este carácter de “participantes” en Derecho Internacional, lo que implica, a su juicio, que pueden ser destinatarios de normas jurídicas internacionales, gozar de determinados derechos y, sobre todo, ser sujetos de determinadas obligaciones internacionales, en distintos ámbitos, incluido el de los derechos humanos, sin que ello implique la atribución de una suerte de personalidad jurídica internacional.²⁵ Nuestro trabajo versa precisamente sobre esta dimensión de los actores privados en el orden internacional, puesto que el acceso a mecanismos mixtos (inversor – Estados), supone la existencia de una norma que confiere determinados derechos al particular. El Capítulo II está dedicado al estudio de estos tópicos, con un énfasis en lo que ocurre en Chile y Sudamérica.

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ *Ibíd.*

§3- LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA (IED).

1. Concepto e Importancia de la IED en el Intercambio Comercial Internacional.

Para poder hablar acerca de su importancia, debemos primero definir en qué consiste la inversión extranjera. Se trata de un término de naturaleza económica, que ha sido recogido en los Tratados Internacionales²⁶ y en algunas legislaciones nacionales²⁷ con el objeto de ampararlo jurídicamente. No obstante, debido a este fin de protección, el espíritu práctico ha preponderado y llevado a que se utilice una enumeración de situaciones comprensivas de toda modalidad que la inversión extranjera pueda asumir, más que a un concepto como una elaboración jurídica propiamente dicha.

Para ilustrar lo señalado, analicemos el concepto contenido en el artículo 1 del Convenio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República de Islandia para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones²⁸, de fecha de publicación 16 de Mayo de 2006, suscrito el 11 de Noviembre de 2003, que por ser uno de los más recientes, refleja la tendencia actual preponderante:

“Artículo 1. Definiciones. Para los efectos de este Convenio: 1. El término “inversión” significa toda clase de bienes, invertidos en relación con actividades económicas, 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: a) bienes muebles e inmuebles y cualesquiera otros derechos de propiedad tales como hipotecas, gravámenes o prendas; 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, incluidos derechos de autor, patentes, marcas comerciales, nombres 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.”

Este texto reproducido, se repite con mínimas variaciones en la inmensa mayoría de los tratados de este tipo suscritos por Chile²⁹ y, como veremos más adelante, es un modelo de definición que inspira la solución que en este tema adopta el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (en adelante,

²⁶ Por su importancia en la economía actual, esta clase de inversión ha sido objeto de numerosas regulaciones, que revisten la forma de tratados bilaterales o multilaterales, cuyo objeto es la construcción de un marco jurídico que proteja a los inversores extranjeros. A modo de ejemplo podemos por ahora mencionar los Tratados Bilaterales de Inversión y los Tratados de Libre Comercio.

²⁷ Podemos citar como ejemplo dentro de la legislación chilena, la nueva ley 20848 que establece el Marco para la Inversión Extranjera Directa en Chile y Crea la Institucionalidad Respectiva.

²⁸ Para ser válidos en el territorio de Chile, estos tratados requieren la aprobación del Congreso Nacional, siendo sometidos a la misma tramitación de una ley. Posteriormente deben ser promulgados mediante decreto supremo, para finalmente ser publicados en el Diario Oficial.

²⁹ A la fecha Chile ha suscrito 53 Tratados Bilaterales de Inversión y 25 Tratados de Libre Comercio. Para acceder al texto completo de estos Tratados véase: <http://www.bcn.cl/tratados/busqueda2.php> ó <http://www.direcon.cl/> ó <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA> (Accedidos en enero de 2016).

En §7.2 veremos un cuadro que expone las cláusulas que contienen los TBIs suscritos por Chile.

el Convenio), también suscrito por nuestro país.³⁰ Este Convenio creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, CIADI. En inglés su sigla es ICSID, International Center for the Settlement of Investment Disputes), al cual nos referiremos más detalladamente en §8.

Al hacer un análisis de este concepto, vemos que asimila inversión a toda clase de bienes, pero no puede tratarse de cualquier bien, sino de aquellos que han sido destinados a una actividad económica desarrollada en conformidad con las leyes y reglamentos de la contraparte en el tratado, con lo cual hace aplicable la legislación interna para saber si se tratará o no de una inversión lícita, excluyendo todas aquellas que infrinjan el ordenamiento jurídico interno. Luego, pasa a enumerar algunas clases de bienes, indicando a través de la expresión “*pero no en forma exclusiva*”, que se trata de una enumeración abierta, no taxativa, que permite que otras clases de bienes no enunciadas puedan ser incluidas a la luz del concepto dado.

Ante este escenario de un concepto amplísimo de inversión, es menester proceder a analizar por separado algunos términos que en esta clase de definición se dan por entendidos. Revisemos en qué consisten la inversión y la inversión extranjera:³¹

- Inversión: en términos macroeconómicos, es aquella parte de la producción o del ingreso no consumida ni atesorada y, en consecuencia, destinada a la producción de nuevos bienes y servicios, sean de consumo o de capital. A nivel empresarial toma la forma de utilidades no distribuidas y de reservas destinadas a su mayor capitalización mediante la adquisición de diversos tipos de activos.
- Inversión Extranjera: es aquella que implica transferencia de capitales desde el extranjero efectuada por una persona natural o jurídica, nacional o extranjera, con residencia o domicilio en el exterior.

Entendemos entonces que la inversión es el aprovechamiento de recursos excedentes o no utilizados, con el objeto de generar nuevos activos a partir de ellos. Este fenómeno económico puede darse dentro de las fronteras de un determinado país, y será entonces inversión interna, o desde un país hacia otro, caso en el que hablaremos de inversión extranjera. La inversión extranjera es la que nos preocupa para efectos de nuestro trabajo, puesto que es el objeto de regulación de los TBIs y TLCs.

La inversión extranjera puede ser indirecta o directa:

- Inversión Extranjera Indirecta: es aquella que consiste en préstamos o créditos otorgados por un agente económico de un país, a otro agente ubicado en otro país. Recibe también el nombre de inversión de portafolio, por cuanto implica solamente el

³⁰ Chile firmó el Convenio el 25 de enero de 1991 y depositó el instrumento de ratificación el 24 septiembre de 1991, con lo cual el Convenio entró en vigencia respecto de nuestro país el 24 de octubre de 1991.

³¹ MENDILUCE, Fernando Martino, *Diccionario de Conceptos Económicos y Financieros*, Editorial Andrés Bello, Santiago, 2001, p. 171. (Ambos conceptos).

- traspaso de capitales y no genera control o manejo de la empresa receptora del capital por parte de quien lo suministra.
- Inversión Extranjera Directa: aquella que también consiste en una inyección de capital, en la forma de dinero u otros activos valorables pecuniariamente, pero que a diferencia de la anterior, sí implica un cierto nivel de control de la empresa receptora del capital. Este control debe mantenerse durante un período de tiempo más o menos prolongado, razón por la cual el inversionista extranjero necesariamente debe instalarse y someterse a la legislación del país receptor, tanto en el ejercicio de su actividad económica, como en lo relativo a la jurisdicción de los tribunales para conocer de las controversias que pudiesen surgir. Esto último, a menos que existan mecanismos jurídicos que den soluciones específicas a las problemáticas que se susciten, a través de organismos especializados, sustrayendo dichas diferencias de la jurisdicción interna, tema que analizaremos más adelante en §7.

No obstante las precisiones que ya hemos hecho, encontramos también un concepto de IED en el Manual de Balanza de Pagos del Fondo Monetario Internacional, el cual nos puede servir para tener una visión más amplia: allí se señala que la inversión extranjera directa es una categoría de inversión internacional, que refleja el objetivo de una entidad residente en una economía de obtener un interés durable en una empresa residente en otra economía. (La entidad residente es el inversor extranjero y la empresa es la empresa de inversión extranjera). El interés durable implica la existencia de una relación de largo plazo entre el inversor y la empresa; y un grado significativo de influencia por parte del inversor en el manejo de la empresa. La inversión extranjera comprende no sólo la transacción inicial que establece la relación entre el inversor y la empresa, sino también todas las transacciones subsiguientes entre ellos; y entre ellos y empresas afiliadas, sean o no sociedades.³²

Esta definición es reconocida también por la OCDE³³, en su Modelo Detallado de Definición de la Inversión Extranjera Directa (Detailed Benchmark Definition of Foreign Direct Investment); y por la UNCTAD, en su Informe sobre las Inversiones en el Mundo³⁴.

En el ámbito de los acuerdos internacionales podemos encontrar variadas definiciones de IED, que responden, en mayor o menor medida, al resultado de un proceso multilateral de discusión y negociación interestatal a través del cual se llega a ellas. Por consiguiente, el

³² FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, Balance of Payments Manual⁵ (Manual de Balanza de Pagos), 2003, p. 86 (la traducción es nuestra, en inglés la inversión extranjera directa recibe el nombre de foreign direct investment (FDI)).

³³ Desde el 7 de mayo de 2010 Chile es miembro de la OCDE, en consecuencia, al igual que los restantes 30 miembros, mantiene una delegación permanente en la Organización, compuesta por un embajador y diplomáticos. Para más información al respecto puede accederse al sitio <http://www.oecd.org/chile> (Accedido en enero de 2016).

³⁴ El World Investment Report (WIR) 2006 se titula, “Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2006: La inversión extranjera directa de los países en desarrollo y las economías en transición: consecuencias para el desarrollo.” Para acceder al texto completo del Informe (en inglés) o al resumen en español: <http://www.unctad.org> (Accedido en enero de 2016).

contenido de cada una de estas definiciones está influenciado por los objetivos que se han tenido en cuenta en dichas reuniones. Los variados intereses, a veces disímiles, que llevan a los países a concordar en determinadas definiciones, hacen necesario justificar por qué hemos escogido el concepto planteado por el FMI, y la elección se fundamenta en dos razones principalmente:

- La primera razón, es el estrecho vínculo que existe entre el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial, que se concreta, entre otros aspectos, en reuniones anuales que se han venido realizando desde 1947.³⁵ Esta situación fáctica genera una unificación de criterios entre ambas instituciones que, como veremos al tratar el tema del concepto de inversión en el Convenio, es recogida por el CIADI al no señalar una definición específica, permitiendo que las partes determinen qué entienden por inversión, con el objetivo de amparar el mayor número de situaciones dentro del ámbito de aplicación de su regulación.

A pesar de la ausencia de un concepto en el Convenio, en la práctica jurisprudencial de sus tribunales arbitrales han primado los rasgos descritos en el concepto entregado más arriba. Ello, con ocasión de la determinación, para un caso específico, de la existencia o no de una inversión a la luz de las disposiciones del Convenio, aspecto esencial a la hora de establecer si CIADI posee o no jurisdicción para conocer de un asunto determinado que haya sido sometido a su conocimiento.

- La segunda razón, es la creciente influencia que ha adquirido en las últimas décadas la OCDE, tanto en el desarrollo de las legislaciones de sus países miembros, como a nivel global, con lo cual los criterios por ella utilizados, en este caso concreto en concordancia con el FMI, generan una aplicación extensiva del concepto de IED expuesto en este trabajo, a todos los países que participan de dicha organización y, a través de ellos, al resto del orbe.

Una vez presentada su definición, corresponde ahora hablar acerca de las principales características de la IED:

a) En ella, el inversor extranjero tiene una influencia significativa en la empresa de inversión extranjera, lo que le da una voz efectiva en la administración y en las decisiones de la misma (derecho a voto).

b) Desde la perspectiva del inversor extranjero, las empresas de inversión extranjera generalmente representan unidades pertenecientes a una operación multinacional que las engloba. La rentabilidad total, depende entonces de las ventajas que pueda obtener el

³⁵ La Junta de Gobernadores del Fondo Monetario Internacional y la Junta de Gobernadores del Grupo del Banco Mundial se reúnen normalmente una vez al año para analizar el trabajo de sus respectivas instituciones. Las Reuniones Anuales son precedidas por reuniones ministeriales del Comité Financiero y Monetario Internacional (IMFC, por sus siglas en inglés), entidad a cargo de la formulación de políticas públicas del Fondo Monetario Internacional, y del Comité para el Desarrollo, foro conjunto del FMI y el Banco Mundial. Fuente: <http://www.bancomundial.org/reuniones/anuales/2015/index.htm> (Accedido en enero de 2016).

conglomerado del uso efectivo de los varios recursos disponibles para el inversor en las unidades ubicadas en las distintas economías. Estos beneficios son adicionales a los que emanan de la rentabilidad de la inversión realizada.

c) En los países en desarrollo³⁶, gran parte de los proyectos de mayor envergadura son ejecutados por empresas constituidas gracias a capitales foráneos, que conforman una piedra angular de la economía del Estado receptor, en ámbitos tan relevantes como las obras de infraestructura pública o los servicios básicos.

d) Derivada de las tres características anteriores, la regulación de la IED en el derecho nacional e internacional es una preocupación primordial de los gobiernos, tanto de los países receptores como de aquellos cuyos nacionales invierten en el extranjero. Lo que se busca es un equilibrio en el poder de negociación de las partes (Estado receptor e inversionista extranjero), dar seguridad al inversor extranjero respecto de las condiciones en que invierte, ofrecer mecanismos de arreglo de diferencias distintos de los tribunales nacionales, debido a que la imparcialidad de estos últimos es objeto de discusión (por parte de los inversores extranjeros). Todo ello con la finalidad de fomentar el desarrollo a través de la IED. Vale la pena recordar aquí que en el último tiempo se ha puesto énfasis también en las obligaciones del propio inversor respecto del Estado receptor.

Teniendo en cuenta la fisonomía de la inversión extranjera directa, veamos ahora su importancia y cómo ésta ha ido creciendo progresivamente en el tráfico comercial internacional:

En un comienzo, las economías de los países en vías de desarrollo tendieron a imponer medidas que entraban el acceso de los capitales provenientes de los países más desarrollados, a través de barreras de tipo jurídico, político y económico. Dentro del primer tipo de barreras podemos mencionar la ausencia de leyes de amparo al inversor extranjero, que debía someterse a la legislación común para los nacionales del Estado en que invertía. Sin embargo, era muy común que recibiera un trato discriminatorio por parte del Estado receptor, sin poder optar a instancias neutrales de juzgamiento para solucionar sus problemáticas. En lo económico pueden mencionarse las limitaciones a la actividad del inversor extranjero a través de cuotas o montos máximos de movimientos por determinados períodos, como también las expropiaciones infundadas y sin un pago adecuado. Por último, en el ámbito político, los recurrentes episodios de inestabilidad política, manifestados a través de golpes de estado o revoluciones intestinas, generaban fundados temores en los inversionistas extranjeros, siendo muy común que se produjera un éxodo masivo de éstos, con las catastróficas consecuencias

³⁶ Según la oficina de estadísticas de las Naciones Unidas, existen tres grandes grupos de países:

- Países desarrollados: los países miembros de la OCDE (excepto Chile, México, la República de Corea y Turquía), los nuevos países miembros de la Unión Europea que no son miembros de la OCDE (Bulgaria, Chipre, Croacia, Letonia, Lituania, Malta y Rumania) y Andorra, Bermudas, Liechtenstein, Mónaco y San Marino.

- Economías en transición: los Estados de Europa Sudoriental, la Comunidad de Estados Independientes y Georgia.

- Países en desarrollo: en general, todas las economías no mencionadas más arriba.

Fuente: *Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2015*, UNCTAD, p. 3.

que ello acarrearba.³⁷ Por otro lado, esta emigración intempestiva de capitales e inversionistas se volvía un aliciente para el resquemor con que eran percibidos los capitales foráneos, formándose así un círculo vicioso de desconfianza.

Con el correr del tiempo, el comercio internacional se fue reestructurando, de modo tal que las condiciones recién descritas fueron invirtiéndose hasta la situación reinante hoy en día, en que los inversionistas extranjeros son parte importante de la economía de los países en desarrollo, participando en los sectores privado y público, tanto en la extracción de recursos naturales, como en la prestación de servicios básicos, en concesiones de servicios públicos, en el transporte, industrias varias, etc. ¿A qué se debió este cambio? A continuación describiremos concisamente el proceso de evolución que ha experimentado la IED:

Se ha desarrollado a la par con los avances en las relaciones económicas internacionales, en tanto la mejora en las comunicaciones entre regiones distantes generó nuevas posibilidades para el comercio, más allá de las fronteras nacionales. Los avances en materia de transporte implicaron primero un intercambio material de bienes, que hacia fines del siglo XIX evolucionó hasta la exportación de capitales destinados a la inversión, desde los países más desarrollados hacia aquellos con un menor nivel de desarrollo. Durante el siglo XX, las formas que asumió la inversión extranjera han evolucionado de tal manera que hoy su concepto es de gran profundidad. Así, ya no se limita solamente a derechos, acciones y bienes, sino que comprende activos como obligaciones o créditos directamente vinculados a una inversión, regularmente contraídos y documentados según las disposiciones vigentes en el país donde esta inversión sea realizada.³⁸ Tal como lo señalan Mayorga, Morales y Polanco, el fenómeno de la IED fue enraizándose y adquiriendo cada vez mayor influencia, estableciéndose como una prerrogativa de toda economía que quisiese iniciar su transición hacia el desarrollo.

Como ya dijimos en §2.2, la globalización implicó un cambio de mentalidad y el desafío de regular ofreciendo posibilidades de arreglo a eventuales desavenencias. En este marco es que se insertan los tribunales arbitrales internacionales como una solución efectiva a estos conflictos, y entre ellos uno de los más activos es el CIADI.³⁹

³⁷ Por mencionar algunas: quiebra de empresas, caída de las bolsas, recesión económica (más de 6 meses con cifras negativas de crecimiento), aumento del desempleo a causa de los despidos masivos. A partir de esto, podemos ver que se trata entonces de una problemática que excede el ámbito económico para proyectarse en todos los aspectos de la sociedad.

³⁸ MAYORGA, Roberto, MORALES, Joaquín, POLANCO, Rodrigo, *Inversión Extranjera Régimen Jurídico y Solución de Controversias*, Editorial Lexisnexis, Santiago, 2005, p. 10.

³⁹ Durante 2015 CIADI tuvo la siguiente carga de casos: El registro de más de 50 casos en un ejercicio fiscal, siendo 52 casos registrados al 30 de junio de 2015; se produjo el registro del caso número 500 del CIADI en general en febrero de 2015, con 525 casos registrados al cierre del ejercicio fiscal; existió la mayor cantidad de casos concluidos en un único año, con 53 casos resueltos en forma definitiva durante el año; como también la mayor cantidad de casos administrados durante el año, con 243 casos tratados en los últimos 12 meses.

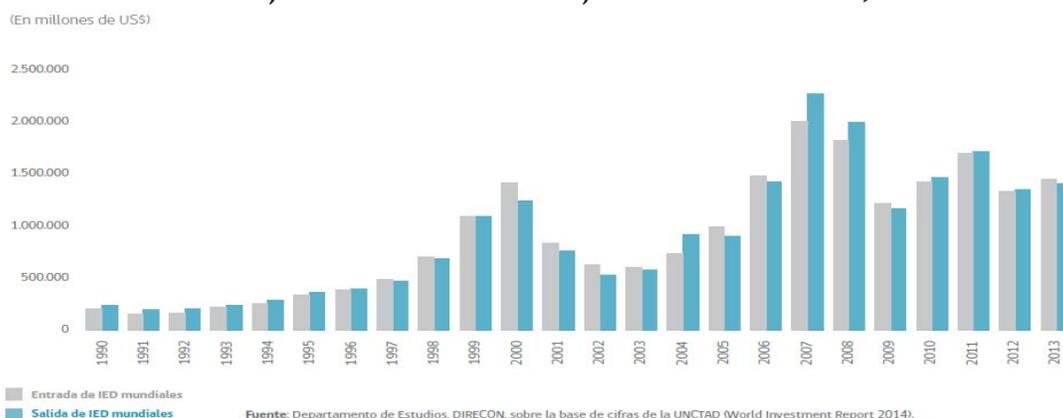
Fuente: *Informe Anual CIADI 2015*, p. 5, disponible en el sitio web <http://icsid.worldbank.org> (Accedido en enero de 2016).

Otro aspecto trascendental en el desarrollo de la IED lo constituye la existencia de condiciones sociales, económicas y políticas adecuadas, que permitan al inversor extranjero tener la seguridad y certeza de que no se verá entorpecido en el desarrollo de su actividad (puesto que, como vimos anteriormente, la fisonomía de la IED implica una presencia en el mercado receptor de la inversión con una cierta permanencia en el tiempo). El Banco Mundial ha definido estas condiciones como el clima de inversión, que consiste en el conjunto de factores propios de cada lugar, que forjan las oportunidades y los incentivos para que las empresas inviertan en forma productiva, generen empleo y crezcan.⁴⁰ Junto a este clima de inversión, cobran también especial relevancia las normas a las cuales se sujeta el flujo y asentamiento de los capitales en economías foráneas.

Un instrumento fundamental en la etapa en que actualmente se encuentra la inversión extranjera directa son los Tratados Bilaterales de Inversión, que han venido no sólo a entregar confianza al inversor extranjero respecto de las condiciones en que va a invertir, sino que a unificar la regulación o ropaje jurídico con el cual se reviste la IED. Ello facilita a su vez el establecimiento de condiciones favorables para el país receptor de la inversión, convirtiéndolo en un mercado nacional más atractivo.

En cuanto a las cifras, se aprecian incrementos en los flujos de inversión en el mundo con más fuerza en el período pos 2000. Desde entonces, se observa una primera fase de expansión, siguiendo el mayor crecimiento económico mundial entre los años 2003 y 2008, que coincidió con el favorable ciclo de precios de los commodities, entre otros factores fundamentales. Luego de la recuperación económica mundial, los flujos de inversiones han seguido creciendo, pero a tasas más moderadas. En términos generales, la mayor IED mundial, también se ha dado en un contexto de una mayor promoción y liberalización de la inversión.⁴¹ DIRECON nos aporta también un gráfico con los flujos de la IED en el mundo:

GRÁFICO 2. Flujos de Inversión Extranjera Directa Mundial, 1990 – 2013.



⁴⁰ BANCO MUNDIAL, *Informe sobre Desarrollo Mundial, Un mejor clima de inversión en beneficio de todos*, 2005. Fuente: <http://www.bancomundial.org/investigacion/idm/> (Accedido en enero de 2016).

⁴¹ DIRECON, *Informe Anual Comercio Exterior de Chile 2014 – 2015 Primera Edición*, Departamento de Estudios, Dirección General de Relaciones Internacionales, Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, Junio de 2015, p. 266.

Como hemos analizado, el largo camino que ha recorrido la economía mundial desde la existencia de mercados locales aislados, hasta la conectividad internacional reinante hoy en día; ha llevado al posicionamiento de la IED en un rol protagónico, donde vemos que los capitales o fondos foráneos participan en todo ámbito: desde los servicios básicos, telecomunicaciones, banca, concesiones de obras públicas o de extracción de recursos naturales, hasta en los procesos productivos de pequeña, mediana o gran envergadura; sólo por nombrar algunos.

2. Regulación de la IED en el Derecho Internacional Público y Privado.

Previo a introducirnos en el tema anunciado en el título, es indispensable referirnos al Derecho Internacional Público (en adelante, DIP) y sus especiales características, puesto que dicha explicación nos permitirá comprender cuán importante es el acuerdo de los países a la hora de establecer una regulación de rango supraestatal. Por otra parte, la imposibilidad, como veremos, de alcanzar un consenso de amplio espectro en materia de inversiones, ha generado una multiplicidad de disposiciones que obedecen a ideas comunes y funcionan de manera, hasta cierto punto, coordinada. Así lo revelaremos en el desarrollo del segundo capítulo.

Desde una perspectiva técnico – jurídica, el DIP es el conjunto de normas positivadas por los poderes normativos peculiares de la Comunidad Internacional.⁴² Otra definición señala que es el conjunto de normas reguladoras de las relaciones entre los sujetos de la comunidad internacional.⁴³ Una tercera definición dice que es el orden jurídico de la comunidad de Estados, o sea, el conjunto de reglas y principios jurídicos que rigen las relaciones entre los Estados.⁴⁴ Pero el concepto aplicable a este grupo de normas hoy se ha ampliado: “El Derecho Internacional solía ser definido como la ley que gobierna las relaciones entre Estados. Bajo la definición tradicional, sólo los Estados eran sujetos del Derecho Internacional; es decir, sólo los Estados eran concebidos como titulares de derechos y obligaciones que el Derecho Internacional reconocía. /.../ El Derecho Internacional contemporáneo, no se limita a las relaciones entre Estados. Tiene un alcance amplio y es más propiamente definido como ‘el Derecho que se ocupa de la conducta de los Estados y de las Organizaciones Internacionales y de las relaciones *inter se*, como también de algunas de sus relaciones con las personas, sean naturales o jurídicas.’”⁴⁵

Una vez aclarado lo anterior, es clave resaltar el hecho de que no existe un órgano generador de normas en el contexto internacional, sino que éstas son producto de la particular fisonomía que presenta esta rama del derecho. Visto en términos de la creación de las normas, el derecho internacional es un sistema legal primitivo. La comunidad internacional carece de

⁴² PASTOR RIDRUEJO, José A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*¹⁰, Editorial Tecnos, Madrid, 2006, p. 33.

⁴³ DE PINA, Rafael, *Diccionario de Derecho*³⁰, Editorial Porrúa, México, D. F., 2001, p. 235.

⁴⁴ BENADAVA, Santiago, *Derecho Internacional Público*, Editorial Lexisnexis, Santiago, 2004, p. 1.

⁴⁵ BUERGENTHAL, Thomas; MURPHY, Sean D., *Public International Law in a Nutshell*⁶, West Academic Publishing, Minnesota, 2013, p. 1 y 2. La traducción es nuestra.

una constitución que pueda ser vista como una fuente de normas obligatorias. No existe una institución comparable a la legislatura nacional con el poder de promulgar leyes de aplicación general, ni agencias administrativas que produzcan regulaciones. Además, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) carece de plena jurisdicción sobre diferencias que surjan a partir del DIP, a la vez que sus decisiones son legalmente obligatorias solamente para las partes en disputa.⁴⁶

A causa de la ausencia de un ente o poder legislativo supraestatal generador de leyes, las reglas de derecho internacional son creadas por los propios Estados, mediante los tratados internacionales y la costumbre internacional que, junto con los principios generales del derecho (comunes a los sistemas jurídicos de los diversos Estados), constituyen sus principales fuentes. Se agregan, con una función subsidiaria, la doctrina y la jurisprudencia.⁴⁷

Hagamos un breve análisis de las dos fuentes principales del DIP:⁴⁸

- La costumbre internacional está constituida por prácticas generalizadas de los Estados, dentro del ámbito de las relaciones internacionales, que al ser adoptadas por la comunidad internacional en forma mayoritaria (aquiescencia general en la práctica de los Estados), se convierten en reglas consuetudinarias. Para que exista una costumbre internacional se requiere de la presencia coetánea de dos elementos: el primero, que se trate de una práctica uniforme y constante de un número de Estados, por un período considerable de tiempo; el segundo, que dicha práctica esté fundada en la convicción de que es jurídicamente obligatoria, esto es, que es requerida por el derecho internacional o es consistente con él (este elemento recibe el nombre de *opinio juris*).

- Los Tratados o Convenciones Internacionales, por su parte, son acuerdos entre Estados que crean las llamadas normas convencionales. Se trata de un acuerdo celebrado entre dos o más Estados, regido por el derecho internacional y destinado a producir efectos jurídicos. El acuerdo de voluntades que constituye el tratado deriva su validez de la norma fundamental *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga) que es considerada como postulado básico del orden jurídico internacional.

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 21. La traducción es nuestra.

⁴⁷ El Estatuto de la CIJ, en su artículo 38 regula las fuentes del DIP, y señala:

“1. La CIJ, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;

c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la CIJ para decidir un litigio ex aequo et bono, si las partes así lo conviniere.”

⁴⁸ BENADAVA, Santiago, cit. (n. 44), p. 21 – 25. Respecto de ambas fuentes.

Debido a las singulares características de estas dos fuentes principales, las normas positivas del DIP se encuentran dispersas y contenidas en numerosos instrumentos, situación que genera diversas consecuencias, cuyos pormenores analizaremos un poco más adelante en este apartado.

El Derecho Internacional Privado (en adelante, DIPV), por su parte, es la rama del derecho que se preocupa de las relaciones jurídicas entre particulares, cuando éstas contienen elementos internacionales relevantes.⁴⁹ Esta rama del derecho se ocupa de la solución de los conflictos de jurisdicción, cuando dos o más leyes internas de Estados diversos concurren en su aplicación en un caso particular que presenta elementos internacionales. Por esta razón, también se le define como el conjunto de normas destinadas a la resolución por los tribunales de los diferentes Estados, de los conflictos de leyes derivados de la multiplicidad de los sistemas jurídicos.⁵⁰

Respecto del DIPV existen dos concepciones: una amplia y otra restrictiva. Para la concepción amplia es la rama del derecho que tiene por objeto resolver acerca de las normas que se aplican y los tribunales que deben conocer de los asuntos con elementos internacionales, y regular los efectos de los laudos y las sentencias extranjeras. Para la concepción restrictiva o privatista, en cambio, es aquella rama del derecho de cada Estado que se ocupa de la regulación jurídica de las relaciones privadas internacionales. La ventaja de esta segunda concepción, que adoptaremos en nuestro trabajo, es que nos permite analizar el DIPV concentrándonos en la determinación de la normativa aplicable a una relación privada internacional.

El DIPV está compuesto principal, pero no exclusivamente, por normas de derecho interno, que pueden ser de derecho privado, cuando los individuos actúan como particulares; o de derecho público, es decir aquellas que no pueden ser modificadas por las partes, como lo son por ejemplo aquellas referidas a la competencia judicial internacional⁵¹ y a la ejecución de laudos y sentencias extranjeras. La regulación de los contratos internacionales, constituye un caso peculiar, puesto que se encuentra contenida tanto en los tratados internacionales⁵² como en la legislación interna.

La contratación internacional es el principal mecanismo a través del cual se regulan las inversiones en el ámbito privado. Las normas relativas a estas disposiciones convencionales se encuentran contenidas primordialmente en tratados internacionales, instrumentos propios del DIP, que se constituyen en una fuente de DIPV. Además, existen normas relativas a los

⁴⁹ RAMÍREZ NECOCHEA, Mario, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Lexisnexis, Santiago, 2005, p. 8.

⁵⁰ DE PINA, Rafael, cit. (n. 43), p. 235.

⁵¹ La competencia judicial internacional es la determinación de cuándo un tribunal de la República es competente para conocer de asuntos que tengan elementos extranjeros.

⁵² Por ejemplo, la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, suscrita en México, D.F., México el 17 de marzo de 1994. O la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11 de abril de 1980.

contratos internacionales en la legislación interna de cada país, ya sea recogiendo lo señalado en Convenciones Internacionales, adoptando estos instrumentos como legislación interna, o creando normativas específicas y más detalladas en el ámbito interno.

Una vez que hemos descrito sucintamente estas dos ramas del derecho internacional, podemos ahora analizar la situación de la inversión extranjera directa ante cada una de ellas: la IED se encuentra regulada por el Derecho Internacional Público, ya sea en tratados bilaterales, como los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, como también en acuerdos multilaterales, como los Tratados de Libre Comercio, por ejemplo. Pero también la reglamenta el Derecho Internacional Privado, por ejemplo en lo referido a las antes mencionadas normas de contratación internacional, como asimismo en la ley aplicable al particular que desarrolla una actividad lucrativa fuera de las fronteras de su país.

Los contratos internacionales de inversión, suscritos entre los Estados anfitriones y los inversionistas extranjeros, constituyen la regulación directa a la cual es sometida la IED. Lo que se debe resaltar al respecto, es que estos contratos son suscritos en el marco de las disposiciones establecidas en los TBIs o TLCs, que complementan las cláusulas contractuales y permiten además el acceso a los mecanismos de arreglo de diferencias.

De este modo, podemos comprender que la regulación de la IED no es una estructura normativa orgánica y sistematizada, sino la confluencia de un grupo de principios y normas contenidas en instrumentos diversos, pertenecientes tanto al DIP como al DIPV. Los TBIs y el Convenio corresponden a normas de Derecho Internacional Público, que obligan a los Estados en tanto partes contratantes y sujetos de derecho internacional. Sin embargo, cabe hacer presente que la determinación de la jurisdicción competente para resolver los conflictos de naturaleza jurídica derivados de una inversión internacional, es una materia propia del DIPV, que en este caso encuentra su fuente en instrumentos pertenecientes al DIP. Además, esta dualidad se extiende a otro aspecto si consideramos que el Convenio reglamenta la solución de conflictos entre un nacional de un Estado contratante (regido por la legislación interna o por el DIPV) y un Estado contratante (ya sea del respectivo TBI o del Convenio), siendo este último un sujeto de Derecho Internacional Público.

Rubén Tempone lo explica de la siguiente manera: Es importante señalar que el tratado de protección de inversiones no eleva la relación contractual del Estado receptor con el inversor extranjero a un plano internacional. Esa relación se mantiene en el ámbito privado, a pesar de que las obligaciones asumidas internacionalmente por el Estado tienen como beneficiario directo al inversor extranjero. Este aparente juego de palabras se esclarece si se tiene en cuenta que un tratado constituye un instrumento jurídico que sólo rige las relaciones entre los Estados. De ese modo, el tratado actúa simultáneamente en dos niveles distintos e independientes: en el plano internacional, al regir las relaciones interestatales; y en el plano

interno, al comprometer al Estado receptor a que respete los derechos del inversor extranjero.⁵³

Como ya adelantamos, ante la ausencia de un ordenamiento jurídico internacional uniforme, nos encontramos con que la normativa reguladora de la IED está contenida en una multiplicidad de fuentes, que revisten la forma de acuerdos internacionales, sean éstos bilaterales o multilaterales. Dentro de este contexto, los TBIs y TLCs constituyen el marco normativo principal, y como fuente del derecho internacional, crean derechos y obligaciones para las partes contratantes. En tal sentido, su celebración cobra especial relevancia por cuanto la proliferación de estos instrumentos ha significado el surgimiento, en los hechos, de un estándar común de cláusulas y normativas que regulan la IED a nivel interestatal. Esto se ha traducido, a su vez, en que principios del Derecho Internacional Consuetudinario, relativos a materias como el tratamiento de la propiedad privada e inversiones extranjeras, se han visto plasmados en una regulación positiva de carácter supraestatal.

Para comprender de mejor forma cómo se llegó a esta realidad actual, veremos a continuación una breve reseña de la evolución histórica que nos ha llevado hasta el actual escenario normativo de la IED, revisando sus fundamentos y rasgos principales.

2.1 Evolución Histórica de la Regulación de la IED.

Como expusimos ya en §2.2, el proceso de cambios en el comercio internacional condujo a la globalización no estuvo exento de trabas y problemáticas, tanto de tipo político, como por la falta de una regulación jurídica capaz de evolucionar a la par con la economía. En efecto, esta laguna del derecho internacional generó en un comienzo que los países receptores de las inversiones extranjeras aplicaran cada uno su derecho interno y que los inversores recurrieran frecuentemente a la protección diplomática. Esta situación, llevó a que muchas veces la resolución de los conflictos se viera influenciada por intereses políticos que primaban por sobre los conceptos jurídicos, dependiendo su desenlace de la autoridad de turno y llegándose a extremos como la expropiación por la fuerza y sin indemnización de bienes pertenecientes a capitales extranjeros. Así lo reafirma Esteban Ymaz, quien señala que durante el siglo pasado [se refiere al sXIX], las diferencias relativas a inversiones estaban politizadas y generalmente llevaban al ejercicio de la protección diplomática, seguido del uso de la fuerza. Por lo que los países en desarrollo estaban expuestos al abuso de la protección diplomática y a la intervención armada extranjera.⁵⁴

El clima de tensión entre países exportadores e importadores de capitales, llevó a la aplicación de sanciones por parte de aquéllos, cuya máxima expresión fueron los bloqueos,

⁵³ TEMPONE, Rubén Eduardo, *Protección de Inversiones Extranjeras*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2003, p. 33.

⁵⁴ YMAZ VIDELA, Esteban M., *Protección de Inversiones Extranjeras. Tratados Bilaterales*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 11.

demandas internacionales por indemnización de perjuicios por sumas excesivas e incluso el uso de la fuerza a través de intervenciones armadas.⁵⁵ De esta manera, los países desarrollados demostraron su descontento y exigieron un estándar mínimo internacional de trato para con sus inversores por parte de los países receptores de las inversiones. Ante esto, los países en desarrollo reaccionaron creando sus propias doctrinas a aplicar en estos casos –tema que veremos seguidamente al tratar en detalle las doctrinas Drago y Calvo–, planteando una igualdad de derechos entre los inversores extranjeros y los nacionales, reclamando que el trato correspondiente era el mismo que se les daba a sus nacionales dentro de sus Estados.

En la segunda mitad del siglo XX, dentro de la búsqueda de una solución a esta situación de confrontación, la propia Organización de las Naciones Unidas asume la tarea de fomentar la inversión extranjera directa a través de UNCTAD, reconociendo así la importancia del establecimiento de un marco normativo que regule esta materia, y asumiendo también las tareas de compendio de dicho ordenamiento para su acabado conocimiento. Comienza entonces una nueva etapa en el contexto global, que continúa su evolución hoy en día, orientada hacia la búsqueda de condiciones sociales, políticas y jurídicas estables, que den seguridad y confianza a los capitales extranjeros, permitiendo a su vez el desarrollo sustentable de las economías menos avanzadas.

Veamos ahora algunas de las principales características de esta etapa actual en la regulación de la IED:

1- Presenta una multiplicidad de fuentes. Las normas que regulan la inversión extranjera directa se encuentran contenidas en diversos instrumentos jurídicos: Acuerdos de Complementación Económica, Convenios de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones o Tratados Bilaterales de Inversión, Tratados de Libre Comercio, Acuerdos Regionales como NAFTA⁵⁶ o Acuerdos Multinacionales como la Unión Europea⁵⁷ y el

⁵⁵ Las intervenciones armadas con el objeto de proteger intereses propios en territorio extranjero ocurrieron en reiteradas ocasiones, por ejemplo por parte de Francia (1838 a 1839 y 1862 a 1867) y Estados Unidos (entre 1825 y 1861) en México; como también por Inglaterra, Alemania y Francia en China en 1900.

⁵⁶ El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o también TLC) más conocido como NAFTA por sus siglas en inglés (North American Free Trade Agreement), es un tratado económico entre Canadá, Estados Unidos y México que establece una zona de libre comercio. Entró en vigor el 1 de enero de 1994. A diferencia de tratados o convenios similares (como el de la Unión Europea) no establece organismos centrales de coordinación política o social. Existe sólo una secretaría para administrar y ejecutar las resoluciones y mandatos que se derivan del tratado mismo. Tiene tres secciones: La Sección Canadiense, ubicada en Ottawa, la Sección Mexicana, en México D.F.; y la Sección Estadounidense, en Washington D.C..

Fuente: <http://www.naftanow.org> (Accedido en enero de 2016).

⁵⁷ La Unión Europea (UE) es una familia de países europeos democráticos que se han comprometido a trabajar juntos en aras de la paz y la prosperidad. No se trata de un Estado destinado a sustituir a los actuales Estados, ni de una mera organización de cooperación internacional. En realidad, la UE es única. Sus Estados miembros han creado instituciones comunes en las que delegan parte de su soberanía, con el fin de que se puedan tomar, democráticamente y a escala europea, decisiones sobre asuntos específicos de interés común. Las raíces históricas de la Unión Europea se remontan a la Segunda Guerra Mundial. La idea surgió de la determinación de los europeos de evitar que volvieran a producirse matanzas y destrucciones. En sus primeros años, la formaban seis países y la cooperación entre ellos se ceñía fundamentalmente a temas comerciales y económicos. Hoy en día, la

Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, entre otros instrumentos.

2- Las regulaciones están marcadamente influenciadas por el nivel de desarrollo de los países suscriptores del instrumento de que se trate. Como ya hemos comentado, los países exportadores de capital tienden a una mayor protección del inversor extranjero, mientras que los países importadores de capital buscarán la protección de sus intereses en la conservación de sus recursos naturales y en general de sus economías. Este rasgo se manifiesta de forma mucho más tenue en la Convención que crea al CIADI, por cuanto, no obstante ser un organismo perteneciente al Banco Mundial, para muchos un claro representante de los intereses del mundo desarrollado; en su creación y regulación se busca satisfacer los requerimientos tanto de los países exportadores como de los receptores de inversiones, cuestión que es reasegurada por el carácter autónomo e independiente de sus órganos.

3- Los aspectos fundamentales regulados por estos instrumentos son la admisión de las inversiones, el trato que se les debe dar, las normas de expropiación y la jurisdicción competente para la solución de las controversias. A este último respecto, se contemplan diversas soluciones, pero nos encontramos con que en los TBIs se contienen cláusulas comunes, que en lo referido a la solución de controversias generalmente entregan jurisdicción al CIADI. Cabe mencionar aquí que, a diferencia del Convenio, que plantea un equilibrio o igualdad entre demandante y demandado, NAFTA y los TBIs suscritos por EE.UU. contienen la regulación más favorable para el inversor extranjero, confiriendo a éste derechos de amplia extensión para reclamar por daños al país receptor de la inversión, por ejemplo por el establecimiento de leyes que crean condiciones menos favorables para la inversión. Estos derechos han generado gran controversia y millonarias demandas ganadas por las empresas en contra de los Estados parte.

Podemos ver que la regulación de la IED en el derecho internacional está caracterizada por un gran número de acuerdos, convenios o tratados que presentan un contenido similar, pero provienen de diversas fuentes, y que la Doctrina ha denominado cláusulas tipo, cuyo texto es reproducido casi textualmente y que aseguran una cierta uniformidad de criterios en la aplicación del derecho. La fijación de un límite que demarque claramente qué regulación corresponde al DIP y cuál al DIPV es, por lo tanto, una labor complicada y estéril, toda vez que lo importante no es determinar a qué rama corresponde una normativa en particular, sino los efectos, derechos y obligaciones que de ella emanan. Así, los TBIs cobran vital importancia como un instrumento unificador del derecho internacional en esta materia, y gracias a esta cualidad es que CIADI se ha posicionado como el centro de arbitraje más importante en materia de inversiones a nivel internacional, pues la mayoría de los acuerdos establecen que en

UE comprende 28 países y 500 millones de personas. Fuente: http://europa.eu/abc/panorama/index_es.htm (Accedido en enero de 2016).

caso de controversias de naturaleza jurídica emanadas de inversiones extranjeras se le otorga jurisdicción a este organismo.

2.2. La Protección Diplomática y las Doctrinas Calvo y Drago.

Acabamos de describir el proceso evolutivo de la IED y cómo su protección fue progresando a la par con el aumento de su importancia y volumen. En este acápite vamos a aportar con elementos históricos propios de Sudamérica, respecto del arreglo de las controversias relativas a las inversiones extranjeras. Dentro de este tópico, conoceremos la postura que por muchos años mantuvo nuestra región en la materia, plasmada en las doctrinas de dos autores: Carlos Calvo y José María Drago.

Si bien por un largo período de tiempo la protección de las inversiones extranjeras estaba entregada a las regulaciones internas de cada país, la constante presión de los Estados cuyos inversionistas estaban desprotegidos en sus actividades en el concierto internacional, llevó a la consolidación de un cúmulo de normas consuetudinarias. Ello, producto de la constante fricción entre la propiedad privada de los extranjeros y la soberanía de los Estados anfitriones, que requería con urgencia de principios reguladores de las nacionalizaciones o expropiaciones.

La existencia y vigencia de una norma en particular era reclamada por los Estados desarrollados: el estándar mínimo internacional. Se trata de una exigencia de un nivel básico de acción por parte del gobierno receptor de la inversión, cuya actividad gubernamental debe ser suficiente, realizada de buena fe y cumpliendo con la debida diligencia, con el objeto de resguardar a la persona y los bienes del extranjero ubicado dentro de sus fronteras. Una infracción de este estándar, como lo sería, por ejemplo, una expropiación ilegal o sin el pago de una compensación, constituye un ilícito internacional que genera responsabilidad internacional para el Estado. Ante esta infracción, el Estado del cual es nacional el inversionista, puede ejercer la protección diplomática, con miras a asumir el resguardo de los derechos de sus nacionales.

En las postrimerías del siglo XIX, fundándose en la infracción de este estándar mínimo internacional, los Estados desarrollados acostumbraban utilizar como recurso la protección diplomática, seguida de medidas de fuerza, para así preservar y defender la propiedad de sus nacionales en el extranjero. Esta situación de confrontación con los países receptores suscitó fuertes críticas y detractores, ya que los gobiernos con mayor capacidad económica y bélica estaban imponiendo coactivamente su parecer, por sobre aquellos más pequeños. Entre este grupo de detractores, surgió primero la voz del jurista argentino Carlos Calvo, autor de una doctrina que tendría amplias repercusiones en el contexto latinoamericano. Le siguieron luego las ideas de otro argentino, Luis María Drago, quien abogó por la erradicación de las medidas de fuerza para el cobro de deudas.

Veamos en qué consiste la protección diplomática, primero, para luego conocer los postulados de las doctrinas Calvo y Drago.

- **La Protección Diplomática:**

El amparo diplomático o protección diplomática es la acción de un Estado ante otro Estado para reclamar la debida aplicación del derecho internacional respecto de sus nacionales (individuos o compañías).⁵⁸ En el Caso de la Barcelona Traction⁵⁹, la CIJ caracterizó la protección diplomática con las siguientes palabras:

*“Dentro de los límites prescritos por el Derecho Internacional, un Estado puede ejercer la protección diplomática a través de cualquier medio y por cualquier razón que considere propia, puesto que es su propio derecho el que el Estado está haciendo valer. Si las personas naturales o jurídicas a nombre de las cuales está actuando consideran que sus derechos no están protegidos adecuadamente, no tienen en el Derecho Internacional un recurso para interponer. Todo lo que pueden hacer es recurrir a la legislación local, si los medios están disponibles, con la idea de ampliar su caso u obtener una indemnización. [...] el Estado debe ser visto como único juez en la decisión de ejercer o no su protección, hasta dónde ejercerla y cuándo cesará. Retiene a este respecto un poder discrecional de ejercicio, el cual puede ser determinado en virtud de consideraciones políticas o de otra naturaleza, sin relación con el caso en particular.”*⁶⁰

Recogiendo esta jurisprudencia, otro autor caracteriza la protección diplomática como una reclamación judicial de responsabilidad internacional, por la que se solicita la reparación del perjuicio causado a sus nacionales por un hecho internacionalmente ilícito y, que tiene como presupuestos, el previo agotamiento de los recursos internos por parte del particular y la existencia de un vínculo de nacionalidad entre los particulares perjudicados y el Estado protector.⁶¹ La protección diplomática fue por mucho tiempo el método tradicional de arreglo de diferencias originadas entre un particular y un Estado. Esto debido principalmente a la amplitud de su presupuesto, ya que no requiere de un acuerdo previo y basta con que se hayan dañado presuntamente los derechos de un nacional extranjero.

Esta institución jurídica, constituye un derecho del Estado que formula la reclamación, de asegurar el respeto de las reglas de derecho internacional en la persona de sus nacionales. El

⁵⁸ BENADAVA, Santiago, cit. (n. 44), p. 199.

⁵⁹ El Caso de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Bélgica c. España), fue instituido ante la Corte Internacional de Justicia mediante una solicitud de iniciación de 19 de Junio de 1962, en la cual el gobierno belga exigía reparación por el daño que estimaba se le había causado a nacionales belgas, accionistas de la filial canadiense de la Barcelona Traction Company, por parte de varios órganos pertenecientes al Estado español. Fuente: sitio oficial CIJ <http://www.icj-cij.org> (Accedido en enero de 2016).

⁶⁰ REINISCH, August, y otros autores, *Course on Dispute Settlement, International Centre for Settlement of Investment Disputes (Curso sobre Arreglo de Diferencias, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones)*, Módulo 2.2: Eligiendo el Foro Apropriado, UNCTAD, Naciones Unidas, New York y Ginebra, 2003, p. 19. La traducción es nuestra. El Curso consta de 9 módulos, cada uno escrito por un autor distinto.

⁶¹ FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique, *Arbitraje en Inversiones Extranjeras: el Procedimiento Arbitral en el CLADI*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 170.

Estado es libre para decidir si ejerce o no la protección, en tanto su reclamación es distinta de aquella planteada por el particular. Al otorgar amparo a su nacional, el Estado está convirtiendo una diferencia de naturaleza privada en una de carácter internacional.

A partir de las características que hemos descrito, la doctrina señala que deben concurrir tres requisitos para que un particular pueda obtener el amparo diplomático de parte del gobierno del cual es nacional:

1. El Estado reclamante debe ser aquel del cual es nacional el particular.
2. Debe existir un agotamiento de los recursos internos por parte del particular, es decir, que haya utilizado todos los recursos legales que el derecho del Estado anfitrión contempla.
3. Debe existir una actuación de buena fe por parte del particular reclamante, también llamado requisito de “clean hands” o manos limpias.

Con respecto a la protección diplomática en relación con el CIADI, está contemplada en el artículo 27 del Convenio, a propósito del cumplimiento del laudo emanado del tribunal arbitral CIADI. En el caso que contempla esta norma, puede ser ejercida sólo por el Estado de la nacionalidad del inversor afectado. La protección diplomática, en el caso en comento, puede ejercerse a través de negociaciones, de la iniciación de procedimientos judiciales entre los dos Estados, o por cualquier otro medio de arreglo de diferencias disponible.⁶² Si bien la regulación de esta institución en el Convenio es de naturaleza especial y excepcional, nos entrega una visión más global acerca del funcionamiento de la protección diplomática, que en definitiva abre una puerta al Estado del cual es nacional el inversionista, para que pueda utilizar los medios de arreglo de diferencias que hasta ese momento estaban disponibles sólo para este último, agregándose además el arbitraje interestatal ante la CIJ.

- **La Doctrina Calvo.**

Frente al ejercicio irrestricto de la protección diplomática, en materia de diferencias relativas a inversiones efectuadas por particulares en el extranjero, y en ausencia de órganos supraestatales que normaran esta situación, el jurista argentino Carlos Calvo formuló, a fines del siglo XIX, una doctrina que postulaba la renuncia por parte del particular a que el Estado del cual es nacional ejerza la protección diplomática a su respecto. El objetivo de esta renuncia es mantener la diferencia como un asunto interno, conservando los tribunales nacionales del Estado anfitrión su jurisdicción sobre ella. Las ideas de este autor tuvieron honda repercusión en la región, de manera tal que esta doctrina se convirtió en una cláusula que comúnmente se introdujo en los contratos y que, además, quedó plasmada en varias constituciones políticas elaboradas en la época.

⁶² DONG, Wang, *Curso sobre Arreglo de Diferencias, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Módulo 2.8: Remedios y Procedimientos Post – Laudo y Módulo 2.9: Fuerza Obligatoria y Ejecución*, UNCTAD, Naciones Unidas, New York y Ginebra, 2003, p. 8. La traducción es nuestra.

Como ya señalamos, una consecuencia directa del surgimiento de esta doctrina, fue que comenzó a incorporarse en los contratos sobre inversiones la “cláusula Calvo”. Según esta cláusula, la parte extranjera renuncia a solicitar amparo diplomático de su propio Estado en lo que respecta a los diferendos que puedan surgir del contrato y se compromete a someter todas las reclamaciones a las leyes, autoridades y tribunales del país con el cual está contratando.⁶³

El principio que subyace a esta doctrina es el de la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros, donde estos últimos deben someterse, bajo las mismas condiciones que los nacionales, a las normas vigentes en el derecho interno del Estado receptor. Esto significa que deben regirse por la jurisdicción y la legislación internas, pudiendo exigir un trato no menos favorable que aquel que se dispensa a los nacionales del Estado anfitrión. De este modo se propugnaba por Calvo el “estándar nacional” como el mínimo exigible, en clara oposición al “estándar mínimo internacional” que exigían los países desarrollados.

La validez de esta cláusula ha sido cuestionada, debido a que un particular no tiene la facultad para renunciar a un derecho que corresponde al Estado, como lo es el derecho a ejercer la protección diplomática. Un número mínimo de fallos le ha atribuido efectos plenos; la mayoría le ha otorgado efectos limitados, siendo válida sólo entre las partes contratantes, pero inexigible respecto de los Estados. Por último, muchos fallos la han declarado nula. En la práctica y en doctrina, el principal efecto que se le asignó a esta cláusula es el de requerir el agotamiento previo de los recursos internos.⁶⁴

El problema fundamental de esta doctrina y la cláusula que de ella derivó, es que propone que un particular renuncie a un derecho del cual no es titular, con lo cual su base jurídica no es lo suficientemente sólida para lograr dar solución al problema de las disputas entre Estados, surgidas a partir de las inversiones internacionales. Es primordial, empero, comprender las circunstancias históricas en que surgió; esto es, la total ausencia de un remedio eficaz que satisficiera las necesidades de equidad y justicia de los países. En todo caso, no obstante sus resultados inmediatos no fueron los esperados, su influjo y la evolución posterior que generó en las relaciones internacionales, dan cuenta de la verdadera relevancia que tuvo su surgimiento.

- **La Doctrina Drago.**

En 1902, Luis María Drago, ministro de relaciones exteriores de Argentina, creó una doctrina que profundizaba en las ideas expuestas por Calvo. En ella se exige la proscripción del ejercicio de medidas de fuerza para el cobro de la deuda pública de los países Latinoamericanos. Sus ideas surgieron como una oposición teórica al bloqueo naval impuesto a Venezuela a fines de 1902, por parte de Alemania, el Reino Unido e Italia, medida de presión utilizada para coercer a aquel país a que pagara las deudas que mantenía con nacionales de estos tres Estados. El planteamiento de esta postura se hizo necesario, debido a la necesidad de

⁶³ BENADAVA, Santiago, cit. (n. 44), p. 202.

⁶⁴ *Ibíd.*

elaborar una idea alternativa a lo que Estados Unidos manifestó al respecto, al señalar que no intervendría, a menos que se tratara de acciones militares con objetivos de adquisición de terrenos. El 29 de diciembre de 1902 Drago dirigió una nota al gobierno estadounidense, que luego se conocería como la doctrina Drago. En ella rechaza el uso de la coacción con el objeto de compeler a un Estado a respetar sus obligaciones pecuniarias, por cuanto esta práctica estaría en contra de los principios generales del derecho internacional. Además, ello podría llevar a que se utilizaran las deudas como una excusa para iniciar campañas de ocupación territorial. Estados Unidos nunca respondió de manera formal esta misiva.

Teniendo los hechos descritos como antecedente, posteriormente, el 18 de Octubre de 1907, tuvo lugar la Segunda Conferencia de Paz de la Haya, aprobándose un convenio relativo a la limitación del empleo de la fuerza para el cobro de deudas contractuales, llamado Convenio Porter, que tuvo como antecedente las ideas expuestas por Drago en 1902. El Convenio Porter no aceptó íntegramente las ideas de Drago, pero sí consagró por primera vez el principio de la prohibición del uso de la fuerza para el cobro de las deudas públicas. Aun cuando se plasmó sólo parcialmente el ideario planteado por Drago, fue una de las primeras regulaciones supraestatales tendientes hacia el arreglo pacífico de las controversias internacionales. En su artículo primero dispone:

“Las Potencias Contratantes acuerdan no recurrir a la fuerza armada para el cobro de deudas contractuales reclamadas por el Gobierno de un Estado al Gobierno de otro Estado como debidas a sus nacionales. Este acuerdo no se aplicará cuando el Estado deudor rechace o no responda una oferta de arbitraje, o, luego de aceptar la oferta, evite que se logre acordar un compromiso, o luego del arbitraje, incumpla lo dispuesto por el laudo”

Gracias al Convenio Porter, la proyección de la doctrina Drago, y a través de ella de las ideas de Calvo también, trascendió el ámbito de la diplomacia y de la doctrina del derecho internacional. Se logró la eliminación del uso de la fuerza y la adopción del arreglo pacífico de controversias en materia de inversiones. Desde entonces, el escenario jurídico cambió y comenzó a orientarse hacia medios alternativos de solución de diferencias. Hoy en día, la costumbre internacional de prohibición del uso de la fuerza claramente limita el rango de represalias o contramedidas disponibles. Este principio tuvo un prominente precursor en el Convenio Drago - Porter de 1907, el cual restringió los medios disponibles para el ejercicio de la protección diplomática por parte de los acreedores de préstamos en relación a Estados deudores.⁶⁵

⁶⁵ REINISCH, August, cit. (n. 60), Módulo 2.2., p. 30. La traducción es nuestra.

2.3 Comentarios sobre la Evolución en el Arreglo de Diferencias en Materia de Inversiones.

Tomando en consideración los antecedentes históricos expuestos, nos resta ahora esbozar la forma en que se configuró el abanico de opciones para el arreglo de diferencias en materia de inversiones que existe hoy, tema que analizaremos seguidamente.

Hemos expresado que las diferencias relativas a inversiones entre un Estado y una parte privada pueden convertirse en diferencias interestatales, si el Estado del cual es nacional la parte privada adopta su reclamo. En dicha situación los dos Estados son, en general, libres de utilizar cualquier medio pacífico de arreglo de diferencias como lo establece el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, incluyendo el arbitraje y la judicialización. Ya que las diferencias relativas a inversiones usualmente comprenden no sólo diferencias legales, sino que también tópicos legales de Derecho Internacional Público, es probable que den nacimiento a la jurisdicción de las cortes y tribunales internacionales.⁶⁶ Entonces, con posterioridad al Convenio Drago – Porter, es la propia Carta de la ONU, que data de 1945, la encargada de orientar el destino del arreglo de diferencias en el plano internacional.

Aparecen enunciadas en el artículo 33 de la Carta varias alternativas para la solución de una controversia internacional, entre ellas la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje. Estos mecanismos, posteriormente son recogidos por los TBIs, consagrándolos en sus disposiciones como las posibilidades de arreglo de que dispone el inversionista extranjero.

Por otra parte, en nuestro análisis de la doctrina Calvo, recalamos que su aplicación fue restringida, principalmente debido a que la doctrina del trato nacional – propugnada por Calvo – en ningún caso puede implicar una vulneración del estándar mínimo internacional. Este principio del estándar mínimo internacional de trato fue proyectándose en todo el espectro de la regulación internacional, hasta afianzarse como una norma de derecho internacional. Así lo recalca Guido Santiago Tawil: El Derecho Internacional Consuetudinario ofrece guías importantes a las diferencias relativas a inversiones. Sus reglas sobre el estándar mínimo de trato a los extranjeros, incluyendo sus propiedades, y más específicamente la expropiación y su compensación, como asimismo la prohibición de denegación de justicia y la responsabilidad del Estado por daños a los extranjeros, constituyen claros ejemplos de ello.⁶⁷

⁶⁶ *Ibíd.*, p. 33. La traducción es nuestra.

“Artículo 33. 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.

2. El Consejo de Seguridad, si lo estimare necesario, instará a las partes a que arreglen sus controversias por dichos medios.”

⁶⁷ TAWIL, Guido Santiago, *Curso sobre Arreglo de Diferencias*, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Módulo 2.6: *Derecho Aplicable*, UNCTAD, Naciones Unidas, New York y Ginebra, 2003, p. 20. La traducción es nuestra.

La vulneración de las normas de derecho internacional, se convirtió entonces, por sí sola, en una causal de surgimiento de un diferendo entre Estados. Con el posicionamiento posterior de los TBIs y la consagración en sus disposiciones de una regulación detallada de la IED, los estándares de trato que en algún momento fueron objeto de discusión, se convirtieron en normas convencionales cuyo respeto es exigible como una obligación internacional.

Así, el escenario evolucionó de manera sustancial, y nos encontramos con que independientemente de una posible adopción estatal del reclamo de una parte privada, una diferencia relativa a inversiones puede también llevar a una disputa interestatal, si el comportamiento del Estado involucrado afecta no sólo la posición legal del inversor privado, sino que puede ser caracterizado como una violación de normas de derecho internacional. Este es normalmente el caso en relación a los tratados bi – o multilaterales de protección de inversiones. De hecho, muchos TBIs contienen cláusulas arbitrales para el arreglo de diferencias entre los Estados partes, aparte del arbitraje CIADI u otro entre el inversor y el Estado anfitrión.⁶⁸

Durante la redacción del Convenio, los países latinoamericanos demostraron una actitud reservada. Hasta 1980 se mantuvieron de manera uniforme alejados del Convenio. Esta posición se suavizó en la década de los ochentas, y durante los noventas el panorama cambió completamente: la mayoría de los países en Latinoamérica ratificaron el Convenio, pero unos pocos países importantes, incluyendo Brasil y México, se han mantenido al margen.⁶⁹

Para finalizar estas consideraciones sobre la evolución de los medios de resolución, y en directa relación con el párrafo anterior, merece la pena resaltar una vez más la drástica contradicción que se produjo por varios años en la política exterior de los países sudamericanos. Mientras por un lado abogaban por la adopción de la cláusula Calvo y exigían la aplicación del estándar nacional; por el otro, comenzaban a suscribir una gran cantidad de TBIs, cuyo contenido, diametralmente opuesto al de la antedicha cláusula, establecía el estándar mínimo internacional como exigencia básica. Las posibles razones para esta dualidad, en nuestra opinión apuntan a que los Estados sacrificaron su soberanía a cambio de una mejora en su clima de inversión, así lo ratificaremos en §7.1.

⁶⁸ REINISCH, August, cit. (n. 60), Módulo 2.2., p. 33. La traducción es nuestra.

⁶⁹ SCHREUER, Christoph, *Curso sobre Arreglo de Diferencias, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Módulo 2.1: Panorama General*, UNCTAD, Naciones Unidas, New York y Ginebra, 2003, p. 10. La traducción es nuestra.

§4- AUSENCIA DE UN ACUERDO MUNDIAL SOBRE INVERSIONES.

A propósito de los antecedentes históricos de la globalización en §2.1, repasamos las instituciones creadas en la posguerra, recalando que una Organización Mundial de Comercio no existió sino hasta mediados de la década de los 90's. El surgimiento de esta nueva instancia internacional podría haber sido interpretado como un aliciente para la creación de una regulación global en materia de inversiones internacionales, pero ello no fue así. En los hechos, las suspicacias que suscitó la negociación a puertas cerradas de un primer intento de cuerpo normativo, marcaron de manera definitiva el derrotero de cualquier intentona por crear un marco aplicable a la IED. A continuación, conoceremos algunos de los acontecimientos que explican la ausencia de un acuerdo de esta clase.

El Acuerdo Mundial sobre Inversiones (en adelante, AMI), fue un borrador de acuerdo negociado entre los miembros de la OCDE entre los años 1995 y 1998, su objetivo era establecer reglas multilaterales para normar las inversiones internacionales por medio de un sistema uniforme, armónico y sistematizado. En abril de 1998 las negociaciones del AMI fueron formalmente suspendidas para un “estudio y consultas entre las partes negociadoras y los sectores interesados de sus sociedades”. En circunstancias que estaba contemplado que tomaran solamente dos años, a contar de mayo de 1995, el retraso demostró la complejidad de los tópicos técnicos tratados y reflejó los cuestionamientos respecto de la gobernanza económica global, los cuales ameritaban un debate más amplio y extendido a otros actores. De hecho, una de las mayores razones del fracaso de esta iniciativa fue su carácter exclusivo, encomendado a un “alto grupo” con base en la OCDE, pero fuera de la propia estructura de dicha organización.⁷⁰

A nivel ministerial, en la OCDE se requería un acuerdo que proveyera un marco multilateral amplio para las inversiones internacionales, con altos estándares para la liberalización de los regímenes aplicables a las inversiones y a su protección, con procedimientos de arreglo de diferencias efectivos; que fuese un tratado internacional autónomo, abierto a la adhesión de países miembros y no miembros de la OCDE.⁷¹ Para darle fuerza al AMI, sería legalmente obligatorio y contendría cláusulas efectivas sobre arreglo de diferencias.⁷²

No obstante los objetivos iniciales propuestos, existía un trasfondo que mermó las posibilidades de éxito de esta iniciativa: un acuerdo del tipo AMI, aunque formalmente sea entre Estados, crea derechos para los inversionistas privados, que pueden ser ejercidos en los

⁷⁰ PICCIOTTO, Sol, *Linkages in International Investment Regulations: the Anatomies of the Draft Multilateral Agreement on Investment*, en *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 1998, p. 7 y 8. La traducción es nuestra.

⁷¹ WITHERELL, William H., *The OECD Multilateral Agreement on Investment*, en *Transnational Corporations (UNCTAD)*, p. 6. La traducción es nuestra. Disponible en el sitio web <http://www.unctad.org> (Accedido en enero de 2016).

⁷² *Ibíd.*, p. 1. La traducción es nuestra.

tribunales nacionales o en procedimientos de arbitraje internacional. Entonces, habría sido apropiado crear vínculos [concordancias normativas entre disposiciones de rango internacional y el Derecho interno] tanto como requisito previo para que un Estado firme el acuerdo, así como un medio para lograr balancear los derechos del inversionista con sus responsabilidades.⁷³ Estos aspectos esenciales que no fueron regulados de manera adecuada, es decir, mirando los intereses de todas las partes y no solo de los inversionistas, se circunscribían a áreas clave, como el movimiento transfronterizo de capitales, demasiado desregulado en el borrador de acuerdo. Lo mismo ocurrió con los aspectos tributarios, cuyas implicancias requerían de mayor detalle en las definiciones de los conceptos esenciales, referidos al inversionista y a la inversión, de manera tal que no se produjeran dobles cargas impositivas o exenciones indeseadas.⁷⁴

Desde una perspectiva más técnica, el analista Noam Chomsky resumió en su momento los aspectos más repudiados del acuerdo: “El AMI no permite nueva legislación [en el ámbito interno] que sea interpretada como ‘no conforme’ con sus disposiciones. Por otra parte, los gobiernos signatarios deben eliminar la legislación vigente que se interpreta como ‘no conforme’. La interpretación respecto de la conformidad de las normas internas es hecha, como se imaginarán, por la propia OCDE. El objetivo es ‘dejar a los países bloqueados’ por medio de acuerdos que, con el tiempo, reducen cada vez más el tamaño de la arena pública, transfiriendo poder a las estructuras internacionales. Esto incluye un amplio abanico de alianzas empresariales para administrar la producción y el comercio, descansando en los estados poderosos para que mantengan el sistema, mientras socializan costos y riesgos para las EMNs con sedes en cada país – prácticamente todas las empresas transnacionales, de acuerdo con estudios técnicos recientes –.”⁷⁵ Si bien la reflexión de este autor puede parecer demasiado polarizada, deja entrever el sentir que se hizo generalizado en su momento, un germen de sospecha respecto de los reales beneficios y propósitos de esta clase de instrumentos, algo que ha tenido eco en nuestra región en la actualidad, casi dos décadas después, como estudiaremos en §9.

La filtración del texto del borrador del AMI generó protestas internacionales, convirtiéndose en uno de los primeros ejemplos de activismo masivo desplegado por medio de internet, herramienta central en el recaudo de la información y en la difusión de material clave por medio de una red mundial. Las élites debieron tomar nota de la relevancia de esta clase de demostraciones, puesto que la opinión pública organizada ahora estaba compuesta por personas con bagaje cultural, estudios y una perspectiva crítica fundada en un análisis profundo. El punto de inflexión fue el reconocimiento del poder de las ONGs por parte de una autoridad política francesa, cuyas reflexiones propiciaron que Francia retirara su apoyo al

⁷³ PICCIOTTO, Sol, cit. (n. 70), p. 23. La traducción es nuestra.

⁷⁴ *Ibíd.*, p. 24. La traducción es nuestra.

⁷⁵ CHOMSKY, Noam, *Domestic Constituencies*, en Z Magazine, Mayo de 1998, disponible en el sitio web: <https://chomsky.info/199805/> / (Accedido en enero de 2016). La traducción es nuestra.

proyecto, acontecimiento que marcó la debacle del mismo (debido a que en la OCDE cada uno de sus miembros tiene derecho a veto):

“El AMI puso en juego los intereses de los nuevos actores. Más allá de los representantes tradicionales de las profesiones, los sindicatos y el sector económico, cabe destacar el activismo de las organizaciones no gubernamentales (ONGs). En los países anglosajones, las ONGs con medios considerables (Greenpeace, WWF, Amigos de la Tierra, etc.) están en el origen de la oposición al AMI. Estas organizaciones han refinado y difundido a todos los países una postura anti – AMI, expresada en términos similares a lo largo de los diversos países de la OCDE.

Por primera vez, se está viendo el surgimiento de una sociedad civil global representada por las organizaciones no gubernamentales con base, a menudo, en varios Estados y que se comunican más allá de sus fronteras. Esta evolución es sin duda irreversible. Por un lado, las organizaciones representativas de la sociedad civil han tomado conciencia de las consecuencias de las negociaciones económicas internacionales. Están decididos a dejar su huella en ellas. Además, el desarrollo de Internet ha sacudido el medio ambiente de las negociaciones. Permite al instante la difusión de los textos en discusión, cuya confidencialidad se vuelve más y más teórica. Permite, más allá de las fronteras nacionales, el intercambio de conocimientos y experiencia. En un tema que es muy técnico, los representantes de la sociedad civil nos parecen perfectamente bien informados y sus críticas correctamente argumentadas en el aspecto legal.”⁷⁶

A través de internet, los detractores del AMI consiguieron el apoyo de un movimiento amplio y diverso, compuesto por grupos de defensores de los DD.HH., grupos pro – derechos laborales, ambientalistas y organizaciones de consumidores. Sus protestas consiguieron una entidad tal que disuadió a los gobiernos involucrados, pues vieron que su legitimidad política podría estar en entredicho, sobre todo si seguían defendiendo lo que la opinión pública de la época identificó como los intereses de los grupos económicos más poderosos.

Estimamos que existe un elemento adicional que aportó al fracaso del AMI: la existencia de múltiples clases de instrumentos con trasfondos y objetivos diversos, todos regulando una misma realidad. Una tendencia que comenzaba a adquirir ímpetu en esos días, hasta llegar al escenario de hoy, en que existen acuerdos internacionales en materia de inversiones en dos grandes formas: los tratados bilaterales de inversión (TBI) y los capítulos de inversión en acuerdos de libre comercio bilaterales y regionales. Recientemente, UNCTAD ha informado que a fines del año 2012 existían un total de 2.857 TBI y 339 "otros tratados", totalizando 3.196 AII (Acuerdos Internacionales sobre Inversiones), con una tendencia general a la baja de los TBI y al alza de los acuerdos regionales.⁷⁷ Frente a esta multiplicidad de regulaciones, incluso cuando contienen una serie de disposiciones afines, aunar criterios que tengan aceptación generalizada, resulta una quimera. Basta con tener en consideración lo

⁷⁶ LALUMIÈRE, Catherine, *Lalumière Report*, ex Secretaria General del Consejo Europeo (1989 - 1994), miembro del Parlamento Europeo (1994 - 2004). Disponible en el sitio web: <http://webcitation.org/5knuYvqH2> (Accedido en enero de 2016). La traducción es nuestra.

⁷⁷ POLANCO LAZO, Rodrigo, *¿Cuáles son los verdaderos efectos de los acuerdos internacionales de inversión?* 19 Diciembre 2013, Centro Internacional para el Desarrollo Sustentable, Puentes, Volumen 14 - Número 9 ICTSD.org

complejas que son las negociaciones de acuerdos multilaterales, para proyectar dichas trabas a un acuerdo con aspiraciones mundiales.

Finalmente, creemos relevante retomar aquí el tema de las EMNs como actores internacionales, ya tratado en §2.3, en el sentido que la liberalización del comercio asociada a la eliminación de las barreras arancelarias (apertura de los mercados), sustentadas en un Sistema Económico Capitalista, constituyen un ambiente propicio para germinar nuevas realidades económicas de escala planetaria, cuyo impacto es el objeto central de estudio en este trabajo. Robert Gilpin explica que, a mediados de la década de 1980, una revolución en los asuntos económicos internacionales ocurrió ya que las EMNs y la IED comenzaron a tener un profundo impacto en casi todos los aspectos de la economía mundial. En los años 1960 y 1970, el aumento internacional del comercio transformó los asuntos económicos internacionales. Después, en la década de 1980, la expansión hacia el extranjero de las empresas multinacionales integró las economías nacionales cada vez de manera más completa. Además, mientras que el término "multinacional" había sido sinónimo de la expansión de las empresas estadounidenses, en la década de 1980 las firmas de otras nacionalidades se unieron a las filas de las multinacionales. Lo más importante, las empresas multinacionales lideraron la internacionalización tanto de los servicios como de las manufacturas.⁷⁸ Entonces, si bien no existió un gran acuerdo marco en materia de IED, lo que sí se expandió en todo el mundo fue la relevancia de estos grandes conglomerados transnacionales. Frente a esta realidad ineludible, el derecho y los gobiernos debieron adecuarse e ir tras la senda de los fenómenos económicos, buscando soluciones que, a pesar de no tener aplicación universal (pues fueron adoptadas en el ámbito bilateral o regional), se replicaron de tal manera que pasaron a constituir una regulación de rango internacional aplicable a la IED. El segundo capítulo de este trabajo está dedicado al examen detallado de estas normas.

1. ¿Es Realmente Necesario un AMI?

Hemos establecido las razones que explican la ausencia de un gran acuerdo marco en materia de inversiones, pero los autores discuten si un cuerpo normativo de esa naturaleza es verdaderamente necesario. Estimamos que el contrapunto que surge a partir de estas opiniones puede aportar al entendimiento de las reglas que regulan la IED, es por ello que recogemos de manera breve estos argumentos.

El ex Director del Programa de Comercio de UNCTAD y ex representante de India ante el GATT, Bhagirath Lal Das, hizo en julio de 2003 un análisis crítico a las nuevas propuestas de un AMI surgidas en la OMC y la Comisión Europea. Este autor es un detractor de esta clase de acuerdo y en su artículo despliega una serie de razones para explicar su postura, donde nos parece relevante rescatar su visión sobre las implicancias de la IED para el Estado receptor:

⁷⁸ GILPIN, Robert, cit. (n. 14), p. 4. La traducción es nuestra.

La inversión extranjera es a menudo bienvenida en los países, ya que aumenta las reservas de capital y de inversión del país. Pero la principal implicancia de la IED es que la rentabilidad de esas inversiones – en forma de dividendos y utilidades, como también royalties o pagos por licencias, gastos de gestión y así sucesivamente – son enviadas fuera del país en la forma de divisas. Por lo tanto, si las inversiones no ayudan al país, ya sea directa o indirectamente, para obtener divisas, los efectos negativos de la salida pueden ser graves. /.../ Hay otras dos consecuencias graves. En primer lugar, en los sectores rentables de consumo nacional, las inversiones extranjeras pueden abrumar a los inversionistas nacionales (que generalmente pueden no ser tan fuertes como sus homólogos extranjeros) y en algunos casos pueden incluso eliminarlos. En segundo lugar, algunos sectores críticos, como la tierra, los minerales y los bosques, en donde a los países a menudo les gusta tener el control efectivo de la propiedad por razones sociales, políticas y estratégicas, pueden, de manera relevante, pasar al control de los extranjeros.⁷⁹

Seguidamente, Lal Das define los objetivos diversos que tienen los inversores y los Estados receptores:

- Los inversores de los países industrializados quieren venir a los países en desarrollo por tres razones principales.
 - 1- Asumen que el rendimiento del capital en su país de origen no es el adecuado;
 - 2- Quieren combinar su capital con la mano de obra barata del país receptor para reducir el costo de producción; y
 - 3- Quieren utilizar las materias primas de los países en desarrollo cerca de su fuente.
- Los países receptores en desarrollo, por otro lado, están interesados en:
 - 1- La mejora de sus servicios e infraestructura que pueden ayudar a su industrialización y desarrollo.
 - 2- La producción de bienes de exportación.
 - 3- Desarrollo tecnológico continuo en su producción industrial y de servicios.

Estos dos grupos de objetivos no son incompatibles. Los intereses de los inversionistas extranjeros y los gobiernos anfitriones pueden armonizarse. Pero es fundamental que cualquier IED satisfaga ambos conjuntos de objetivos. Esto se puede lograr si los inversionistas deciden sobre la viabilidad de los proyectos específicos y los gobiernos anfitriones deciden cuáles son los sectores prioritarios y las condiciones de la IED, en consonancia con sus objetivos económicos y de desarrollo. Dondequiera que los dos coincidan, la IED fluirá. Pero para que la IED tenga un efecto beneficioso, es importante darse cuenta de que las roles de ambas partes son significativos. /.../ La razón principal para un AMI es que los inversionistas quieren eliminar o al menos constreñir los poderes de los gobiernos anfitriones, en cuanto a la elección de los sectores prioritarios para la inversión extranjera directa y la imposición de

⁷⁹ LAL DAS, Bhagirath, *A Critical Analysis of the Proposed Investment Treaty in WTO*, en Global Policy, Julio de 2003, disponible en el sitio web: <https://www.globalpolicy.org/component/content/article/209/43724.html> (Accedido en enero de 2016). La traducción es nuestra.

condiciones sobre este tipo de inversiones, de manera tal que los inversionistas extranjeros puedan operar sin el estorbo de esas limitaciones.⁸⁰

Desde la otra vereda, encontramos la mirada de Anders Åslund, asesor económico de Rusia y Ucrania, entre otros países. Este autor realiza un muy acabado estudio de los antecedentes históricos y de las posibilidades de crear una regulación amplia de la IED. A continuación reproducimos varios pasajes:

Una revisión de la discusión sobre el AMI en los últimos 40 años ofrece una visión indiscutible: Casi todo – volumen y dirección de la IED, el número y la nacionalidad de las empresas multinacionales, la ideología y los acuerdos internacionales – ha cambiado a lo largo de este período. Cuatro importantes condiciones previas para un AMI, que no existían antes de la década de 1990, ahora existen: la IED tiene una envergadura suficiente; fluye en ambas direcciones entre países desarrollados y en vías de desarrollo, con las multinacionales surgiendo en todas partes del mundo; el número de tratados bilaterales de inversiones ha crecido sustancialmente, garantizando un conjunto estandarizado de reglas internacionales para la inversión extranjera directa; y la OMC se ha convertido en el hogar natural de un AMI.⁸¹

En 1964, la UNCTAD fue fundada como un órgano permanente de la ONU. /.../ Se formó como un defensor de los países en desarrollo en el comercio y la inversión. En los años 1970 y 1980, cuando el Nuevo Orden Económico Internacional [el derecho a nacionalizar o a transferir la propiedad a sus connacionales] estaba en su apogeo, la UNCTAD era su portavoz clave. UNCTAD trató de desarrollar un código de conducta de las multinacionales, pero nunca prosperó porque Estados Unidos se resistió al control internacional de las corporaciones estadounidenses. En la práctica, UNCTAD perdió ante el GATT en las materias sobre comercio y se convirtió en la principal organización internacional de registro de la IED. Ha publicado el Informe Anual de Inversiones en el Mundo desde 1991 y recopila estadísticas sobre la IED y los TBIs.⁸² Básicamente el auxilio técnico que este órgano provee sirve como sustento en términos de conocimiento, respecto del fenómeno regulado y de las características que un eventual cuerpo normativo debiese tener.

Goldberg y Kindleberger [citados por Åslund] en su propuesta de 1970 sobre un “GATT para las Inversiones”, postularon que las EMNs horadaban las regulaciones de los Estados soberanos e identificaron problemas relacionados con las EMNs en las áreas de evasión tributaria, Derecho de la competencia, control de balanza de pagos, control de exportaciones y regulación de portafolios de inversiones. Reconociendo que una OMC [en esa época] había fallado en su creación, enfocaron sus esperanzas en la formación de un General

⁸⁰ *Ibíd.* La traducción es nuestra.

⁸¹ ÅSLUND, ANDERS, *The World Needs a Multilateral Investment Agreement*, en Policy Brief N° PB13-01, enero de 2013, Peterson Institute for International Economics, p. 1. Disponible en el sitio web <http://www.iie.com> (Accedido en enero de 2016). La traducción es nuestra.

⁸² *Ibíd.*, p. 4. La traducción es nuestra.

Agreement for the International Corporation (Acuerdo General para la Empresa Internacional), similar al GATT.⁸³ Åslund concuerda con ellos en el diagnóstico, pero propone que la OMC (sucesor natural del GATT) actualmente reúne las condiciones para esta clase de acuerdo.

[Sobre el intento fallido de AMI en 1995] la OCDE era todavía un pequeño club occidental de 26 países hasta 1995, y sus miembros contaban con que podían confiar los unos en los otros en cualquier caso, de modo que un MIA añadía poco beneficio. Para los países de la UE, el Derecho Común de la UE proporciona garantías legales mucho más fuertes y los servicios del Tribunal Europeo de Justicia. Los países desarrollados necesitan realmente una AMI para sus relaciones mutuas. Estados Unidos sigue siendo uno de los países occidentales menos interesados en concluir TBIs, ya que puede resolver muchos conflictos a través de la acción bilateral directa. Para que un AMI sea beneficioso, los países bajo el acuerdo deben ser más amplios.⁸⁴

Un AMI es hoy más necesario que nunca, porque la IED se ha disparado en las últimas décadas. Como señala Gary Hufbauer: "En las tres décadas desde 1980, el PIB nominal mundial se ha expandido tres veces; el comercio de mercancías se ha expandido seis veces; mientras que el stock de IED se ha expandido veinte veces." Argumenta que, "De manera bastante plausible, la renta mundial (promedio) es un 20% mayor hoy que en 1990, a causa de la enorme expansión de la IED mundial – propiciando mejor tecnología y salarios más altos." Él concluye que la IED "y el comercio internacional no sólo rankean al tope como emblemas gemelos de la globalización, sino que sirven como motores gemelos de la prosperidad mundial."⁸⁵

En los últimos años, UNCTAD ha registrado un crecimiento más lento en el número de TBIs. La razón no es que su necesidad se haya agotado. Una de las causas es los TLCs ahora contienen protección de las inversiones. Otra es que muchos acuerdos incluyen numerosos países. Un cambio importante es que después de la entrada en vigencia del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009, la Comisión Europea es responsable no sólo de las negociaciones comerciales, sino también de las negociaciones sobre inversiones, que hasta entonces habían sido manejadas bilateralmente por los 27 [hoy 28] miembros de la Unión Europea. Esto significa que muchos TBIs entre países individuales de la UE serán sustituidos por los tratados de comunes de la UE (UNCTAD 2012, 84). Así, mientras que es probable que la cobertura de la protección de la inversión se amplíe, el número de acuerdos es probable que disminuya. Dado este desarrollo hacia una regionalización más amplia, el argumento para un orden multilateral amplio parece aún mayor.⁸⁶

⁸³ *Ibíd.* La traducción es nuestra, Åslund cita aquí a Gary Clyde Hufbauer, FDI Facts and Figures 2012, World Economic Forum, Global Agenda Council of Trade.

⁸⁴ *Ibíd.*, p. 5.

⁸⁵ *Ibíd.*

⁸⁶ *Ibíd.*, p. 5 y 6. Åslund cita aquí la página 84 del World Investment Report de 2012. La traducción es nuestra.

Otro acontecimiento también ha amplificado la necesidad de un AMI, a saber, la expansión del capitalismo de Estado y los fondos soberanos de riqueza (SWF por su nombre en inglés, Sovereign Wealth Funds). El capitalismo de libre mercado no ha ganado por completo, y una nueva forma de capitalismo de Estado ha surgido, especialmente en China y Rusia, con empresas estatales que quieren invertir en el extranjero, pero que son vistas con recelo. Varios países han establecido fondos soberanos que son considerados dudosos. Los países que son beneficiarios de estos fondos estatales cuestionan su transparencia y objetivos. Su preocupación en definitiva es la seguridad nacional (Truman 2010). En vez de ser un impedimento para un AMI, estos problemas son una razón por la cual se necesita un AMI para mediar los intereses de los inversores estatales y las preocupaciones sobre seguridad nacional de los países receptores.⁸⁷

Hay muchas buenas razones para concluir un AMI en este momento, que son mejores que nunca: Primero, el volumen de la inversión extranjera directa es enorme. Es demasiado grande como para ser dejado sin atención por las reglas internacionales. En segundo lugar, la IED es fluye en ambas direcciones entre los países desarrollados y en desarrollo y es razonablemente equilibrada. Los beneficios de la IED son muy apreciados y el estigma ideológico en contra de la IED o las EMNs ha disminuido. Tercero, el gran número de acuerdos bilaterales y regionales que incluyen algún tipo de protección de inversiones, indica la necesidad de un acuerdo multilateral con una cobertura más amplia, así como un set de reglas simplificado y estandarizado. Cuarto, el creciente papel de la OMC y la integración del comercio e inversiones, sugieren que la OMC es el hogar natural de un futuro AMI. Quinto, la expansión de la IED por las empresas estatales y SWF necesita tanto de la regulación estandarizada como de la facilitación de dichas inversiones.⁸⁸

En los últimos años, el número de casos de arbitraje ha aumentado considerablemente. Venezuela ha tomado el liderato en número de demandas recibidas, por lo que ha notificado que quiere retirarse del Convenio del CIADI [hoy ya ha tenido efecto la renuncia], algo que Bolivia y Ecuador ya habían hecho. Estos y otros países se quejan de que el arbitraje es parcial, muy caro y no transparente. Las sanciones también están aumentando agudamente (UNCTAD 2012, 86-88). Otros países, como Australia, refutar por principio el arbitraje extranjero. Por lo tanto, los mecanismos de solución de diferencias no se han vuelto más sencillos, sino más complejos, y es probable que sea el tema más complejo en una negociación sobre un AMI. Sin embargo, hay muchas opciones para llegar a una solución, y el AMI debe dejar varias de ellas abiertas.⁸⁹ Esta cita comienza a pavimentar el camino de nuestro trabajo, planteando las inquietudes en torno a la institucionalidad vigente y las necesidades que un eventual nuevo marco regulatorio debe venir a satisfacer.

⁸⁷ *Ibíd.*, p. 6. Åslund cita aquí a Edwin Truman, *Sovereign Wealth Funds: Threat or Salvation*, en Peterson Institute for International Economics, 2010. La traducción es nuestra.

⁸⁸ *Ibíd.*, p. 6. La traducción es nuestra.

⁸⁹ *Ibíd.*, p. 6. Åslund cita aquí las páginas 86 a 88 del *World Investment Report* de 2012. La traducción es nuestra.

Finalmente, este autor nos especifica la manera en que un nuevo acuerdo general sobre inversiones se relacionaría con las regulaciones ya existentes en todo el mundo: Un AMI no debería socavar los beneficios ya alcanzados con los TBIs o TLCs. Por lo tanto, no debe cancelar los acuerdos sobre inversiones anteriores, sino más bien proporcionar un piso mínimo de normas y obligaciones. De hecho, cuando el GATT entró en vigor, no canceló los acuerdos comerciales bilaterales vigentes a esa fecha, pero a medida que el GATT se desarrolló en su aplicación, los antiguos acuerdos bilaterales fueron sobrepasados y se volvieron insignificantes. Presumiblemente, lo mismo ocurriría con un AMI. Con el tiempo, se volvería más ambicioso. El tópico más complejo sería la resolución de los conflictos inversor – Estado, por lo que un eventual AMI debería dejar varias opciones abiertas.⁹⁰

Aun cuando los dos autores que hemos citado, que representan tendencias en la opinión doctrinaria internacional, poseen puntos de vista diferentes, encontramos coincidencias clave entre ambos. Las más notables, la necesidad de que surjan reglas capaces de cubrir las expectativas de los Estados que hasta hoy no están conformes con los mecanismos e instrumentos disponibles. Estas reflexiones, cuyo trasfondo y fundamentación compartimos, son esenciales y deben ser tenidas en consideración a lo largo de nuestro segundo capítulo.

⁹⁰ *Ibíd.*, p. 7. La traducción es nuestra.

§5- SITUACIÓN ACTUAL EN SUDAMÉRICA EN MATERIA DE IED.

1. Panorama General.

Para los efectos de nuestro trabajo, definiremos Sudamérica como la porción de territorio continental ubicada entre la frontera Sur de Panamá y el extremo más austral de Chile, es decir, los Estados independientes de Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.⁹¹ Rodeado por el Mar Caribe y los Océanos Atlántico y Pacífico, este subcontinente comprende 18 millones de kilómetros cuadrados y 416 millones de habitantes, es decir, un 12% de los terrenos emergidos sobre el nivel del mar en el mundo y el 6% de su población total.⁹² El número total de habitantes se estructura así:

TABLA 1: Población de Sudamérica 2010 – 2014.

	2010	2011	2012	2013	2014
Argentina	41,222,875.0	41,655,616.0	42,095,224.0	42,538,304.0	42,980,026.0
Bolivia	9,918,245.0	10,078,238.0	10,238,762.0	10,399,931.0	10,561,887.0
Brazil	198,614,208.0	200,517,584.0	202,401,584.0	204,259,377.0	206,077,898.0
Chile	17,015,048.0	17,201,305.0	17,388,437.0	17,575,833.0	17,762,647.0
Colombia	45,918,101.0	46,406,446.0	46,881,018.0	47,342,363.0	47,791,393.0
Ecuador	14,934,692.0	15,177,280.0	15,419,493.0	15,661,312.0	15,902,916.0
Paraguay	6,209,877.0	6,293,763.0	6,379,162.0	6,465,669.0	6,552,518.0
Peru	29,373,644.0	29,759,891.0	30,158,768.0	30,565,461.0	30,973,148.0
Uruguay	3,374,414.0	3,385,610.0	3,396,753.0	3,407,969.0	3,419,516.0
Venezuela, RB	28,995,745.0	29,427,631.0	29,854,238.0	30,276,045.0	30,693,827.0

En millones de personas, basado en datos del Banco Mundial.

En lo tocante al volumen de las economías sudamericanas, el panorama es el siguiente basado en el Producto Interno Bruto (PIB)⁹³ a 2014 (ver Tabla N° 2 y Gráfico N° 3): El PIB total sumado es de 4.325.685 millones de dólares de EE.UU., en circunstancias que el tamaño total de la economía mundial a 2014 fue de 77.845.107 millones de dólares de EE.UU.; entonces, tenemos que Sudamérica representa el 5,56% del PIB mundial. Aunque esta cifra se ve bastante distorsionada por la presencia de Brasil, que representa el 54,24% del PIB de Sudamérica y el 3,0134% del PIB mundial. Es decir, existe una diferencia abismal entre Brasil y el resto de los países de Sudamérica, situación que lo convierte en un actor muy distinto en el S.I., algo que nos detendremos a examinar en §5.2.3. Con respecto al resto de los países de Sudamérica, desde Argentina hasta Perú vemos posiciones dentro del medio centenar a nivel

⁹¹ Por razones metodológicas hemos decidido excluir Guyana y Surinam, por cuanto en los estudios a que tuvimos acceso, por lo general, no son contemplados o las referencias a ellos son muy exiguas, razón que impide que podamos ofrecer un análisis cabal a su respecto.

⁹² Fuentes: <http://www.worldometers.info/world-population/> (Accedido en enero de 2016).
<http://data.worldbank.org> (Accedido en enero de 2016).

⁹³ El PIB es el valor de todos los servicios y bienes finales producidos en un país en un año, se puede medir sumando todos los ingresos de una economía (salarios, intereses, utilidades y rentas) o los gastos (consumo, inversión, compras del Estado y exportaciones netas [exportaciones menos importaciones]).

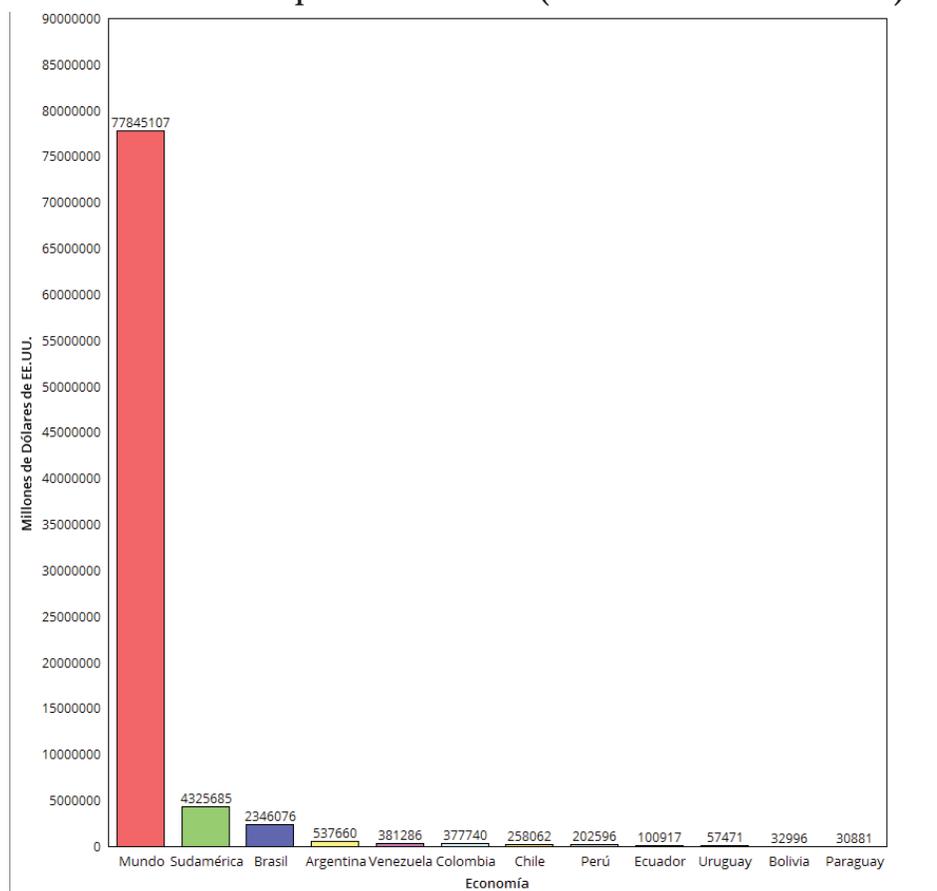
Fuente: BANCO MUNDIAL, op.cit. (n. 1).

mundo, pero desde Ecuador (relación de 1 es a 5 respecto de Argentina) hasta Paraguay (relación de 1 es a 17,4 respecto de Argentina), hablamos de economías de muy pequeña envergadura. Con todo, los países de esta área se encuentran dentro de las 100 economías más grandes del mundo, de entre un universo de 193 países contemplados en la muestra del Banco Mundial.

TABLA 2: RÁNKING PAÍSES DE SUDAMÉRICA SEGÚN PIB 2014.
(Datos del Banco Mundial).⁹⁴

Posición en Sudamérica	Posición Mundial	País	Millones de Dólares de EE.UU.
1°	7°	Brasil	2.346.076
2°	24°	Argentina	537.660
3°	31°	Venezuela	381.286
4°	32°	Colombia	377.740
5°	42°	Chile	258.062
6°	52°	Perú	202.596
7°	62°	Ecuador	100.917
8°	76°	Uruguay	57.471
9°	97°	Bolivia	32.996
10°	100°	Paraguay	30.881

GRÁFICO 3: Comparativa PIB 2014 (Datos del Banco Mundial).

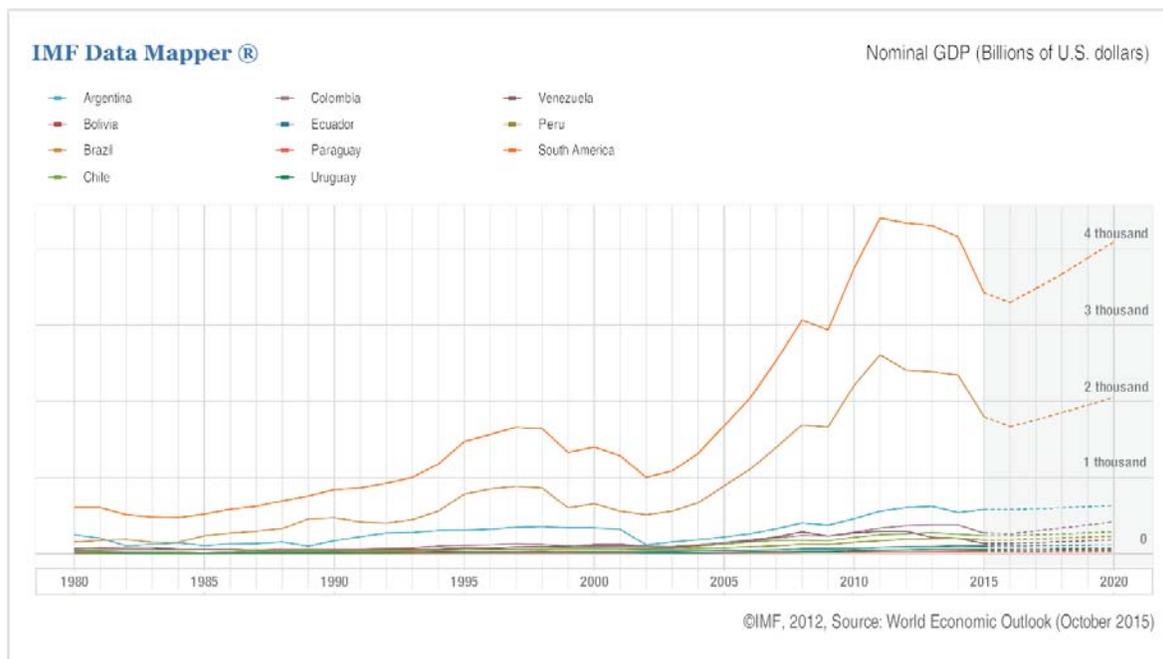


⁹⁴ Disponibles en el sitio web: <http://databank.worldbank.org/data/download/GDP.pdf> (Accedido en enero de 2016).

Vistas ya las cifras acumulativas del PIB a 2014, vale la pena conocer también la visión del FMI, cuyo estudio incluye las proyecciones futuras y el análisis de 2015, reflejando varios cambios en el escenario sudamericano:

TABLA 3: PIB NOMINAL SUDAMÉRICA. En Millones de Dólares de EE.UU. (Datos del FMI). ⁹⁵				
País	2014	2015	2016	Proyección a 2020
Argentina	543.000	578.700	578.700	633.900
Bolivia	33.200	33.500	35.200	48.600
Brasil	2.300.000	1.800.000	1.700.000	2.100.000
Chile	258.000	240.000	240.300	292.000
Colombia	377.900	274.200	263.500	421.200
Ecuador	100.500	98.900	101.700	116.100
Paraguay	30.200	29.100	30.100	35.200
Perú	202.600	179.900	180.400	235.100
Uruguay	57.500	55.000	57.200	70.100
Venezuela	206.300	131.900	133.500	184.400

Gráfico N° 3: PIB NOMINAL SUDAMÉRICA 1980 – 2020.



Llama la atención que las cifras acumuladas del PIB Sudamericano, sufren un declive muy pronunciado; es más, las expectativas de crecimiento para el subcontinente hacia 2020 no logran superar los niveles de 2014. Si bien hay una recuperación en el horizonte, será de tipo moderado, principalmente por el impacto de la economía brasilera en el conjunto.

⁹⁵ FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, *World Economic Outlook (WEO) 2015: Ajustándose al Precio Más Bajo de las Materias Primas*. Disponible en el sitio web: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2015/02/index.htm> (Accedido en enero de 2016).

Herramienta web de manejo de datos FMI Data Mapper (basada en datos WEO) disponible en el sitio: <http://www.imf.org/external/datamapper/index.php> (Accedido en enero de 2016)

Complementando lo anterior, utilizaremos la lectura especializada de estos datos, realizada por “El País” de España hace unos meses (reporte que cita lo expresado por la directora del FMI, Christine Lagarde). Abajo reproducimos algunas apreciaciones clave:⁹⁶

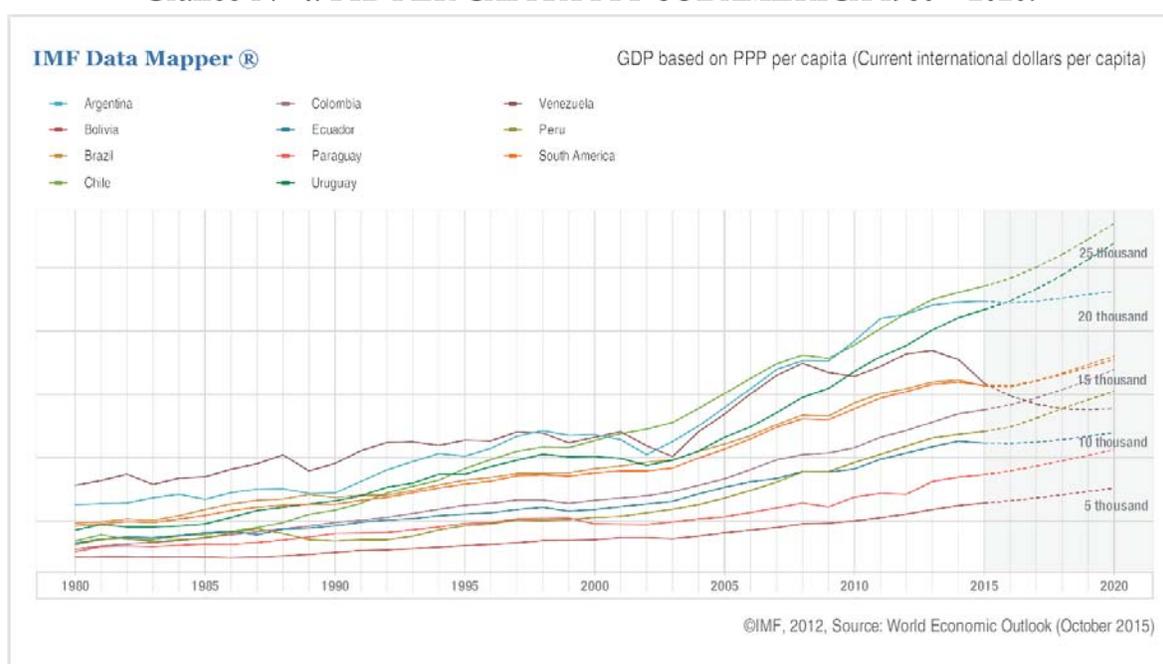
- Sudamérica sale mal parada de la caída del precio de las materias primas, pero su impacto es desigual. Brasil suma problemas internos – de demanda, pero sobre todos políticos – para entrar en una preocupante recesión. Pese a entrar en recesión – con una caída estimada del 3% anual – y a los efectos de la abrupta depreciación del real en el último año; Brasil sigue siendo, de largo, la mayor economía latinoamericana. Se estima que su PIB llegará a los 1,8 billones de dólares este año, lejos de los 2,6 billones que alcanzó en 2011, cuando la combinación era la opuesta: años de crecimiento real y nominal (inflado por la subida de precios) y una divisa apreciada respecto al dólar.
- Según el FMI, la profunda crisis en Venezuela la encoge hasta situarla como la séptima economía de la región en 2015, superada por Perú y con la mitad de PIB que Colombia.
- Argentina (580.000 millones de dólares) ocupa la segunda posición, como ha ocurrido en los últimos 25 años.
- Los mayores cambios en los equilibrios económicos de la región tienen que ver con la pujanza de la Alianza del Pacífico (integrada por Chile, Colombia, Perú, además de por México) y el desplome de Venezuela. “Aunque ahora es difícil de ver por el precio de las materias primas, Chile, México, Colombia o Perú se benefician de las reformas de los últimos años y de políticas macroeconómicas estables”, subrayó la directora gerente del FMI, Christine Lagarde.
- La novedad está en que Perú (con un PIB de 179.900 millones de dólares) supera por primera vez, y de manera holgada, a la economía venezolana, cuyo valor en dólares se queda este año en 131.860 millones, casi un tercio del que tenía en 2012, y apenas la mitad del que registra la vecina Colombia.
- Los organismos internacionales incorporan también la medición en paridad de poder de compra (en inglés, Purchasing Power Parity, PPP), una estimación con la que se tratan de igualar los diferentes niveles de precios en cada país para poder comparar mejor la actividad económica, incluido el valor de bienes y servicios que no participan en el comercio internacional [ver Tabla N° 4]. Con ese sistema, Venezuela es aún la quinta economía regional, después de Colombia. Pero los expertos del Fondo pronostican que si la crisis no se resuelve pronto, Colombia y Perú la superarán también con este tipo de cálculo en apenas tres años.

A partir de este último punto del análisis nos parece interesante exponer los datos del PIB Per Cápita PPP en Sudamérica. Con dicha metodología, se visualiza que no hay necesariamente una correlación entre el tamaño de la economía y los beneficios que sus nacionales obtienen de la misma:

⁹⁶ EL PAÍS, *Venezuela pasa a ser la séptima economía de la región, tras Perú*, 10 de octubre de 2015. Disponible en el sitio web: http://internacional.elpais.com/internacional/2015/10/10/actualidad/1444439447_204156.html (Accedido en febrero de 2016).

TABLA 4: PIB PER CÁPITA PPP SUDAMÉRICA EN USD\$.				
(Datos del FMI). ⁹⁷				
País	2014	2015	2016	Proyección a 2020
Argentina	22.300	22.400	22.200	23.200
Bolivia	6.200	6.400	6.600	7.600
Brasil	16.200	15.700	15.600	18.000
Chile	23.100	23.600	24.200	28.500
Colombia	13.500	13.800	14.200	17.000
Ecuador	11.300	11.200	11.100	12.000
Paraguay	8.500	8.700	9.000	10.500
Perú	11.900	12.100	12.400	15.300
Uruguay	21.100	21.700	22.400	25.700
Venezuela	17.800	15.900	14.900	13.900

Gráfico N° 4: PIB PER CÁPITA PPP SUDAMÉRICA 1980 – 2020.



Si tenemos en cuenta las características de la economía sudamericana, la agricultura y la minería han sido durante mucho tiempo los pilares. La mayoría de los trabajadores ganan su sustento en la agricultura. La minería emplea relativamente pocos trabajadores, pero usualmente contribuye en gran medida a las economías nacionales a través de las exportaciones. Dado que pocos países tienen industrias diversificadas o especializadas, los productos agrícolas y los minerales, por lo general, se negocian en el extranjero con el fin de comprar maquinaria y otros artículos manufacturados de vital importancia. La mayoría de los países dependen en gran parte de la exportación de uno o dos productos principales y son vulnerables a los cambios en los precios del mercado mundial. Una caída de los precios, por pequeña que sea, puede tener resultados desastrosos (basta con tomar en cuenta el caso del cobre y Chile en la actualidad, en que los mínimos históricos del metal rojo han mermado de

⁹⁷ FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, cit. (n. 95).

manera considerable el presupuesto nacional). Para fomentar la innovación, la región necesita invertir más en investigación y desarrollo, proporcionar incentivos fiscales, mejorar la protección de la propiedad intelectual, y vincular la academia [investigación y desarrollo] con los negocios.⁹⁸

Si bien las cifras macro dan a entender que se trata de un área relevante a nivel mundial, el impacto de los números en la vida de las personas no se condice con esta afirmación. De hecho, Sudamérica no encuentra alguno de sus países entre aquellos considerados “desarrollados”, es decir, aquellos con un nivel relativamente alto de crecimiento económico y de seguridad. Algunos de los criterios más comunes para evaluar el grado de desarrollo de un país son la renta per cápita o el producto interno bruto, el nivel de industrialización, el nivel general de vida y la cantidad de la infraestructura pública. Empero, otros factores no económicos se incluyen cada vez más en la evaluación de una economía o para dar un título de desarrollado a un país, como el Índice de Desarrollo Humano (IDH), que refleja datos relativos a la educación, la alfabetización y la salud.⁹⁹ En efecto, si utilizamos el IDH como indicador, los Estados sudamericanos se ubican de la siguiente manera:

TABLA 5: RÁNKING PAÍSES DE SUDAMÉRICA SEGÚN IDH. (Datos del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo).¹⁰⁰		
Posición en Sudamérica	Posición Mundial	País
1°	40°	Argentina
2°	42°	Chile
3°	52°	Uruguay
4°	71°	Venezuela
5°	75°	Brasil
6°	84°	Perú
7°	88°	Ecuador
8°	97°	Colombia
9°	112°	Paraguay
10°	119°	Bolivia

A partir del IDH, comprendemos que se trata de un área en que existen problemas relevantes en temas básicos como pobreza, educación, infraestructura y salud; donde nuestros países están muy alejados de los puestos de avanzada (Argentina es el mejor posicionado, en el puesto 40° mundial). En efecto, existe otro indicador, relacionado con el IDH, que resulta clave para comprender lo que ocurre en Sudamérica. Se trata de la concentración del ingreso, situación que es incluso más agravada respecto de los malos índices que predominan a nivel mundial:

⁹⁸ GLOBSERVER, *South America Economy Profile*, disponible en el sitio web <http://globserver.cn/en/south-america/economy> (Accedido en enero de 2016).

⁹⁹ INVESTOPEDIA, *Developed Economy*, disponible en el sitio web: <http://www.investopedia.com/> (Accedido en enero de 2016). La traducción es nuestra.

¹⁰⁰ Disponibles en el sitio web: <http://hdr.undp.org/es/composite/trends> (Accedido en enero de 2016).

TABLA 6: RÁNKING PAÍSES DE SUDAMÉRICA SEGÚN ÍNDICE DE GINI. (Datos del CIA World Factbook). ¹⁰¹		
Posición Mundial	País	Distribución del Ingreso Familiar – Índice de Gini
67°	Venezuela	39
42°	Perú	45.3
41°	Uruguay	45.3
37°	Argentina	45.8
31°	Bolivia	46.6
24°	Ecuador	48.5
17°	Brasil	51.9
15°	Chile	52.1
14°	Paraguay	53.2
13°	Colombia	53.5

El índice de Gini mide hasta qué punto la distribución del ingreso (o, en algunos casos, el gasto de consumo) entre individuos u hogares dentro de una economía, se aleja de una distribución perfectamente equitativa. Así, un índice de Gini de 0 representa una equidad perfecta, mientras que un índice de 100 representa una inequidad perfecta.¹⁰² Los países que figuran en puestos más altos en el ránking mundial son los que tienen mayor desigualdad. De esta manera, en un ránking de 144 países, la gran mayoría de los Estados sudamericanos están entre los 50 con mayor inequidad en el planeta, con 4 situados entre los 20 peores (Colombia, Paraguay, Chile, Brasil).

La razón para destacar estos datos que hemos visto en las tablas 5 y 6, es que nos encontramos en una región que requiere de una inyección de recursos con un sentido determinado; no basta con el aumento de las cifras macroeconómicas, sino que es indispensable que las ganancias derivadas de la IED se traduzcan en una mejora de la calidad de vida de las personas que la habitan. Éste será otro de los aspectos a considerar cuando analicemos el impacto de la IED y los acuerdos que la regulan, en nuestro siguiente capítulo.

Centrándonos ahora en el aspecto netamente referido a la IED, es menester establecer que, para la construcción del perfil sudamericano basado en las cifras relevantes para esta materia, nos hemos valido de las siguientes fuentes:

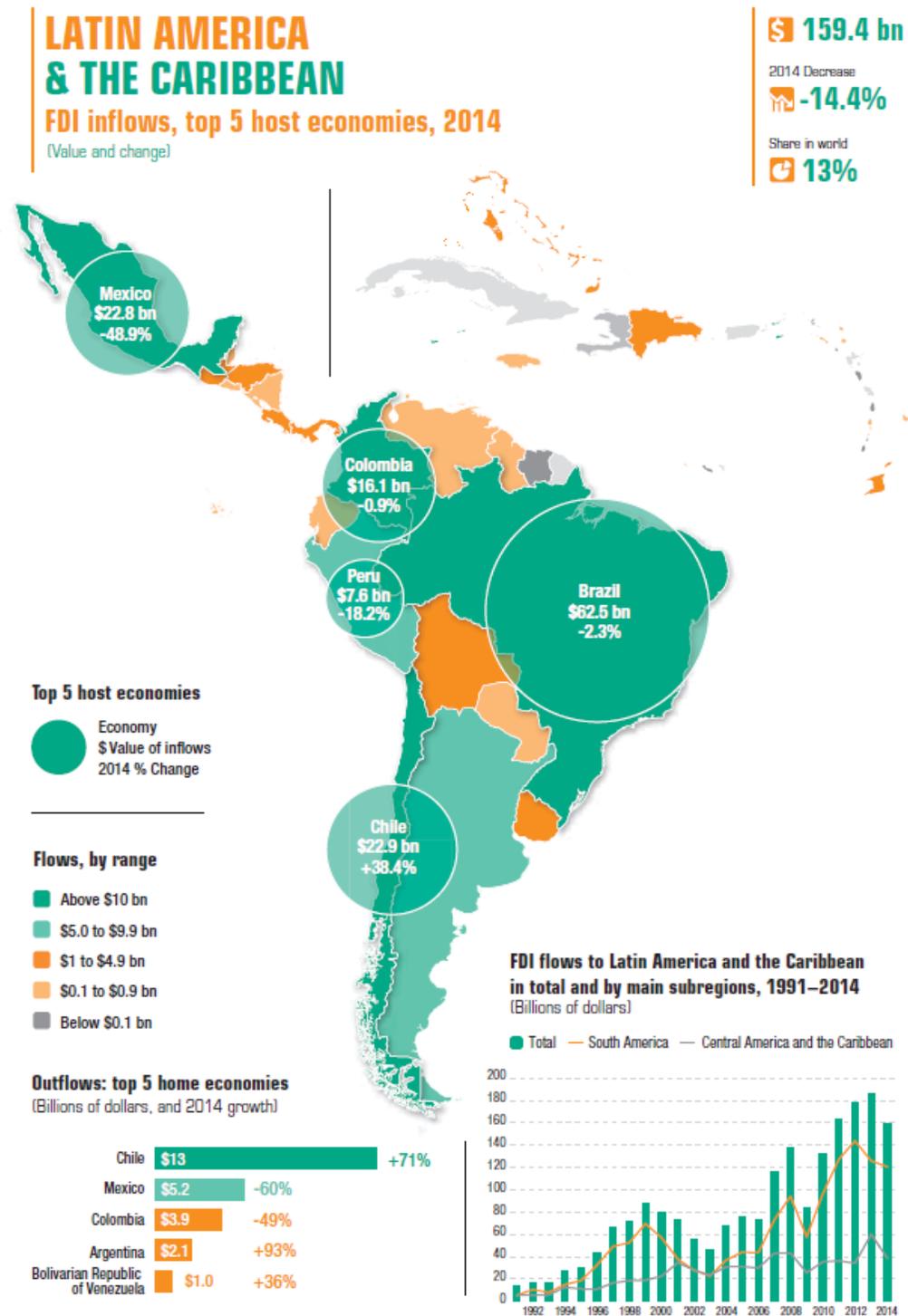
- El estudio de 2015 de CEPAL “La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe”;
- El “Informe Sobre Las Inversiones en el Mundo – Reforma de la Gobernanza Internacional en Materia de Inversiones 2015” de UNCTAD (en inglés se le denomina World Investment Report y su sigla es WIR). Recurrimos a su versión íntegra en inglés y al Panorama General en español, ambas oficiales de UNCTAD;
- Datos del Banco Mundial.

¹⁰¹ Disponibles en el sitio web: <https://www.cia.gov/library/publications/resources/the-world-factbook/rankorder/2172rank.html> (Accedido en enero de 2016).

¹⁰² Fuente: <http://datos.bancomundial.org> (Accedido en enero de 2016).

2. Análisis Comparativo de la IED en Sudamérica en Cifras.

CUADRO 1: Top 5 Economías Receptoras de IED (UNCTAD – WIR 2015).



Source: UNCTAD.

Note: The boundaries and names shown and the designations used on this map do not imply official endorsement or acceptance by the United Nations.

La IED en América Latina y el Caribe sufrió una caída del 16% en 2014, hasta quedarse en 158.803 millones de dólares, lo que supuso la alteración de una tendencia de crecimiento que había durado más de un decenio (excepto por dos efímeros decrecimientos en 2006 y 2009). La coyuntura económica se deterioró y los beneficios de las corporaciones transnacionales no alcanzaron los altos niveles de años anteriores. Las salidas de IED (o inversiones en el extranjero de empresas translatinas) también disminuyeron en 2014, hasta los 29.162 millones de dólares.¹⁰³ Para entender cómo se desglosan estas cifras, primero veremos algunas de las conclusiones de CEPAL, para luego exponer las cifras de cada Estado por separado.¹⁰⁴

1- Debido a la caída de los precios de los productos básicos, que se inició en 2012 en el caso de los metales y se extendió al petróleo en el segundo semestre de 2014, se produjo una considerable reducción de las inversiones extranjeras directas en el sector de recursos naturales de la región. Esto supuso un importante cambio de ciclo, ya que la IED fue en gran medida responsable de la reprimarización de algunas economías de la región durante la década pasada. La mengua de la inversión en los recursos naturales quedó parcialmente compensada por el aumento de la inversión en el sector de los servicios, especialmente con fines de búsqueda de mercados. Las manufacturas recibieron grandes flujos de IED, pero sobre todo en las economías de mayor tamaño.

2- Las salidas de IED también disminuyeron significativamente, al pasar de 33.251 millones de dólares en 2013 a 29.162 millones de dólares en 2014 (ver Cuadro N° 1). La mayoría de estos flujos siguen originándose en un número limitado de países de América Latina y en gran medida se dirigen a la misma región. Los países desarrollados también reciben algunas inversiones de las empresas translatinas, pero siguen siendo escasos los flujos dirigidos a países en desarrollo de fuera de la región. En general, las empresas translatinas no están lo bastante diversificadas geográficamente para superar el contexto económico adverso de la región.

3- Aunque la rentabilidad media de la inversión extranjera directa ha disminuido en los últimos años, desde la perspectiva de la balanza de pagos las rentas procedentes de la IED tienen cada vez más importancia. Las salidas de rentas por IED son responsables en gran medida del déficit en cuenta corriente de 2014, que alcanzó el 2,7% del PIB. Para corregir el creciente déficit de la balanza por cuenta corriente se requiere de un gran superávit de la cuenta de capital, que en parte se puede financiar también mediante la inversión extranjera directa.

4- En un contexto de menor crecimiento económico y contracción de la demanda internacional de sus principales exportaciones, los países de América Latina y el Caribe tendrán que atraer proyectos de IED que puedan elevar su capacidad productiva y contribuir a la diversificación de sus economías.

¹⁰³ CEPAL, *La IED en América Latina y el Caribe 2015*, p. 18. Disponible en el sitio web: <http://www.cepal.org> (Accedido en febrero de 2015).

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 55.

**TABLA 7: Salidas de IED desde Sudamérica y México 2000 - 2014
(Economías Seleccionadas) – CEPAL IED en A.L. y el Caribe 2015.**

América Latina y el Caribe (economías seleccionadas): flujos de inversión extranjera directa hacia el exterior, 2000-2014
(En millones de dólares)

	2000-2005 ^a	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Argentina	533	2 439	1 504	1 391	712	965	1 488	1 055	1 097	2 117
Brasil	2 513	28 202	7 067	20 457	-10 084	11 588	-1 029	-2 821	-3 495	-3 540
Chile	1 988	2 212	4 852	9 151	7 233	9 461	20 252	20 555	10 308	12 052
Colombia	1 187	1 268	1 279	3 085	3 505	5 483	8 420	-606	7 652	3 899
México	2 909	5 758	8 256	1 157	9 604	15 050	12 636	22 470	13 138	7 610
Venezuela (República Bolivariana de)	809	1 524	-495	1 311	2 630	2 492	-370	4 294	752	1 024
América Latina y el Caribe	10 632	43 447	24 134	37 440	16 911	46 276	44 686	49 439	33 251	29 162

Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), sobre la base de cifras oficiales y estimaciones a mayo de 2015.
^a Promedios simples.

2.1 Argentina.

La declinación de las inversiones en la industria extractiva afectó los flujos a Argentina (-41%). Esta tendencia negativa se vio acentuada por la compensación de \$5.3 billones de dólares recibida por la compañía petrolera española REPSOL, luego de la nacionalización de su 51% en 2012; parte de la cual fue contabilizada como ingreso (lo cual afecta los ingresos reinvertidos).¹⁰⁵

Ingresos de Inversión Extranjera 2010 – 2014 en Millones de Dólares de EE.UU.				
2010	2011	2012	2013	2014
11.333	10.840	15.324	11.301	6.612

Ingresos de IED por País de Origen 2006 - 2014.

Argentina ^a									
	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Estados Unidos	1 375	737	2 562	1 751	2 081	2 854	3 445	5 045	...
Países Bajos	616	583	1 171	-120	-44	639	2 105	1 506	...
España	1 520	1 161	-2 709	1 237	1 247	-459	-918	1 186	...
Alemania	258	363	328	312	635	267	617	999	...
Canadá	67	629	885	-186	644	434	1 453	775	...
Brasil	437	847	1 436	-152	1 667	1 883	1 580	699	...
Francia	133	872	368	48	158	132	471	538	...
Italia	-7	271	227	78	201	336	186	436	...

2.2 Bolivia.

La economía boliviana es una de las más pequeñas de la región y la IED que recibe no se aparta de esta realidad, pues junto a Ecuador y Paraguay reciben los montos más bajos. Sin perjuicio de lo anterior, la situación se tornó más compleja a 2014, reportando una baja del 63%. De acuerdo con CEPAL, esto estaría asociado a la baja en el precio de los minerales y el petróleo.

¹⁰⁵ UNCTAD, *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance*, p. 60. Disponible en el sitio web: <http://www.unctad.org> (Accedido en febrero de 2016). La traducción es nuestra.

Ingresos de Inversión Extranjera 2010 – 2014 en Millones de Dólares de EE.UU.				
2010	2011	2012	2013	2014
643	859	1.060	1.750	648

Ingresos de IED por País de Origen 2006 - 2014.

Bolivia (Estado Plurinacional de) ^D									
España	4	50	25	145	271	246	364	676	537
Reino Unido	17	24	48	70	11	2	111	309	442
Perú	26	35	26	40	82	12	56	102	442
Francia	38	13	36	22	89	55	73	220	200
Estados Unidos	272	322	295	162	85	76	89	61	140

2.3 Brasil.

Brasil se mantiene como el objetivo líder de la IED en la región con flujos que llegan a los USD\$62 billones, con una baja del 2%. Este declive fue propiciado por la caída del sector primario (-58% a USD\$7 billones), mientras los flujos hacia las manufacturas y los servicios aumentaron en 5% y 18% hasta los USD\$22 y USD\$33 billones, respectivamente.¹⁰⁶

Ingresos de Inversión Extranjera 2010 – 2014 en Millones de Dólares de EE.UU.				
2010	2011	2012	2013	2014
48.506	66.660	65.272	63.996	62.495

Ingresos de IED por País de Origen 2006 - 2014.

Brasil ^C									
Países Bajos	3 317	7 634	3 916	4 260	2 736	17 908	12 003	13 120	24 591
Estados Unidos	2 784	3 744	5 007	1 963	5 348	5 572	13 509	8 742	11 505
Luxemburgo	397	5 864	6 292	-483	9 132	2 452	7 648	9 311	8 679
España	749	1 787	2 572	3 262	313	9 779	2 073	2 307	6 356
Suiza	0	0	0	0	6 547	1 415	5 017	3 303	4 688
Francia	555	1 015	2 231	2 231	3 029	4 383	2 760	2 964	3 947
Japón	826	81	4 316	1 709	2 426	7 387	1 255	3 193	3 548
Alemania	0	0	0	0	498	1 434	1 171	1 539	2 670

2.4 Chile.¹⁰⁷

Chile recuperó su lugar como el segundo mayor objetivo de IED en la región. Los ingresos de IED aumentaron un 38% hasta los USD\$23 billones, impulsados por los niveles excepcionalmente altos de las Fusiones y Adquisiciones Transfronterizas (en inglés, Mergers and Acquisitions - M&A), que casi se triplicaron hasta alcanzar los USD\$9 billones.¹⁰⁸ Además,

¹⁰⁶ Ibíd. La traducción es nuestra.

¹⁰⁷ En el Anexo N° 1 de este trabajo están disponibles las cifras de DIRECON respecto de la IED chilena en algunos países de Sudamérica. Aportamos dichos datos porque no existe una correlación entre los datos de CEPAL y los de DIRECON, donde en base a las cifras que obran en el organismo chileno, es Chile el país que debiese figurar como uno de los países de origen de IED relevante en casos como los de Brasil, Colombia o Perú.

¹⁰⁸ UNCTAD, cit. (n. 105). La traducción es nuestra.

Chile es un ejemplo de los efectos de la alta incidencia de los préstamos intracompañías en el flujo total de las salidas de IED, donde se constituyó en el principal inversor en el extranjero en 2014, con flujos que aumentaron un 71% hasta los USD\$13 billones; a pesar de la declinación de un 26% en las inversiones de capital.¹⁰⁹

Ingresos de Inversión Extranjera 2010 – 2014 en Millones de Dólares de EE.UU.				
2010	2011	2012	2013	2014
15.510	23.309	28.457	19.264	22.002

Ingresos de IED por País de Origen 2006 - 2014.

Chile									
Estados Unidos	111	3 726	2 272	763	2 962	2 746	3 332	5 084	...
España	822	1 088	2 210	1 870	1 507	2 063	1 335	3 689	...
Canadá	498	2 612	1 667	308	2 716	3 961	6 471	3 422	...
Japón	159	236	-28	1 116	207	1 559	545	1 696	...
Países Bajos	327	805	824	1 377	79	716	641	984	...

2.5 Colombia.

En Colombia, la fuerte baja en las industrias extractivas (21% hasta los USD\$) fue compensada principalmente por el alza registrada en las finanzas (54% hasta los USD\$2.5 billones), transporte y telecomunicaciones (39% hasta los USD\$1.9 billones); y manufacturas (13% hasta los USD\$2.9 billones).¹¹⁰

Ingresos de Inversión Extranjera 2010 – 2014 en Millones de Dólares de EE.UU.				
2010	2011	2012	2013	2014
6.430	14.648	15.039	16.199	16.054

Ingresos de IED por País de Origen 2006 - 2014.

Colombia									
Suiza	65	122	140	166	180	994	698	2 084	2 814
Panamá	330	839	1 141	789	1 368	3 508	2 395	2 055	2 453
Estados Unidos	2 636	2 697	2 874	2 343	1 593	2 155	2 476	2 861	2 213
España	671	572	1 040	830	113	1 164	628	951	2 155
Reino Unido	906	1 580	1 505	1 400	949	1 408	1 357	1 416	1 080
Bermudas	396	82	404	645	624	924	367	846	1 070

2.6 Ecuador.

Ecuador, otro de los actores más pequeños en el ámbito económico, tuvo una fluctuación al alza de un 5,5%.

¹⁰⁹ Ibíd., p. 61. La traducción es nuestra.

¹¹⁰ Ibíd., p. 60. La traducción es nuestra.

Ingresos de Inversión Extranjera 2010 – 2014 en Millones de Dólares de EE.UU.				
2010	2011	2012	2013	2014
163	644	585	731	774

Ingresos de IED por País de Origen 2006 - 2014.

Ecuador									
Canadá	-252	49	58	65	105	252	59	28	229
China	12	85	47	56	45	80	86	94	79
España	7	85	190	51	-17	52	50	71	77
Países Bajos	38	8	-8	-4	11	7	11	48	76
Uruguay	15	2	-37	-13	40	3	6	115	62
Suiza	7	1	34	24	6	8	18	9	28

2.7 Paraguay.

Paraguay registró un alza significativa de más de un 300% respecto de 2013, pero mantiene un flujo irregular en el último lustro, con grandes fluctuaciones, generadas en gran medida por la participación de EE.UU. como inversor en su economía.

Ingresos de Inversión Extranjera 2010 – 2014 en Millones de Dólares de EE.UU.				
2010	2011	2012	2013	2014
210	619	738	72	236

Ingresos de IED por País de Origen 2006 - 2014.

Paraguay									
Estados Unidos	84	107	190	111	255	354	59	-128	141
Brasil	52	41	42	-26	29	90	177	83	135
Países Bajos	2	-30	20	-28	4	11	34	79	25
Reino Unido	-1	1	-2	3	2	19	50	25	20
España	7	19	11	16	19	-10	63	-9	17

2.8 Perú.

Por segundo año consecutivo decreció la IED en Perú, un 18% menos que en 2013 y un 36% menos que en 2012, en que se había registrado un máximo histórico. Aunque no hay datos oficiales sobre la IED por sectores en Perú, parece ser que el principal responsable de esta disminución es el sector minero. En 2014, las inversiones en minería (tanto nacionales como extranjeras) se redujeron un 11%. Fue el primer descenso desde 2007, después de varios años de rápido crecimiento.¹¹¹

Ingresos de Inversión Extranjera 2010 – 2014 en Millones de Dólares de EE.UU.				
2010	2011	2012	2013	2014
8.455	7.665	11.918	9.298	7.607

¹¹¹ DIARIO GESTIÓN, “CEPAL: Inversión extranjera en Perú suma US\$ 7.607 millones en 2014 pero cae 18% Perú”, 27 de mayo de 2015, citando datos de CEPAL. Disponible en el sitio web: <http://gestion.pe/economia/cepal-inversion-extranjera-peru-suma-us-7607-millones-2014-cae-18-2133044> (Accedido en febrero de 2016).

NOTA: Ingresos de IED por país de origen no disponibles para Perú en el Informe CEPAL consultado.

2.9 Uruguay.

Uruguay es una economía pequeña que recibe cuantiosas cifras de IED, como porcentaje del PIB, es el segundo país detrás solamente de Chile. Es un caso destacable, además, porque su principal inversor es el país vecino de Argentina, seguido de Brasil. Es el único caso en Sudamérica en que la fuente mayoritaria de IED no proviene de fuera del propio subcontinente.

Ingresos de Inversión Extranjera 2010 – 2014 en Millones de Dólares de EE.UU.				
2010	2011	2012	2013	2014
2.289	2.504	2.536	3.032	2.755

Ingresos de IED por País de Origen 2006 - 2014.

Uruguay									
Argentina	282	373	534	432	588	809	975	672	...
Brasil	56	86	183	110	108	170	178	255	...
Países Bajos	-18	10	14	110	-2	172	78	171	...
España	81	153	232	55	75	194	136	132	...
Francia	7	25	17	23	35	-132	4	118	...
Estados Unidos	67	43	144	167	-36	77	88	87	...

2.10 Venezuela

La República Bolivariana de Venezuela sufrió la mayor baja en los ingresos de IED, alcanzando -88%. Junto con la baja del precio en la industria extractiva (principalmente el petróleo), el fuerte aumento en los préstamos intracompañía inversos (el pago de los préstamos a la empresa Matriz), fue uno de los grandes contribuyentes a esta cifra negativa.

Ingresos de Inversión Extranjera 2010 – 2014 en Millones de Dólares de EE.UU.				
2010	2011	2012	2013	2014
1.574	5.740	5.973	2.680	320

NOTA: Ingresos de IED por país de origen no disponibles para Venezuela en el Informe CEPAL consultado.

§6- CONCLUSIONES PARCIALES CAPÍTULO I.

Existe hoy una economía global interconectada en diversos niveles (empresas, Estados, Organizaciones Internacionales de índole regional y mundial). Se trata del resultado de procesos cimentados en instituciones que fueron diseñadas por los países vencedores de la Segunda Guerra Mundial, con EE.UU. a la cabeza. La ONU, el Banco Mundial, el FMI, la OCDE, el GATT y luego la OMC, han operado de consuno para propiciar un ambiente donde el intercambio comercial se produzca sin barreras.

La globalización ha sido el proceso internacional resultante de esta conexión que hemos denominado transnacional, proyectándose desde cada economía nacional hacia el resto de los países. Está caracterizada por la inmediatez de la Sociedad Global Interconectada, a través de los medios electrónicos de comunicación y la irrupción de Internet como red mundial de datos.

Un nuevo actor surge con gran ímpetu en el concierto internacional, capaz de situarse en un plano de relevancia tal, que le permite negociar mano a mano con los propios Estados. Se trata de las Empresas Multinacionales, cuya dimensión e impacto han requerido una pronta respuesta en todo ámbito, con un énfasis en los esfuerzos por fijar reglas claras en las cuales sus actividades transfronterizas se enmarquen.

De la mano de las EMNs vino la IED, como una manifestación de la iniciativa de los inversores de permanecer instalados en el extranjero, lo cual los llevó a someterse a normativas distintas de aquellas que los rigen en sus Estados de origen. Aquí surge un nuevo desafío: atraer a estos inversores, ofrecerles condiciones adecuadas para desenvolverse, a la vez que se consiga el respeto de los ordenamientos vigentes en cada Estado. Así, la regulación de la IED en el plano internacional ha sido una respuesta a un vacío legal; en efecto, los países han negociado cláusulas de manera bilateral o regional, generando una red de acuerdos que responden a principios similares. La multiplicidad de tratados que fijan reglas aplicables a la IED son una consecuencia, a su vez, de la imposibilidad de establecer un gran acuerdo marco en materia de inversiones. La ausencia de un AMI y las bajas probabilidades, por lo pronto, de que se alcance un consenso de tal envergadura; revelan la importancia que tienen los AII, temática que trataremos en detalle en el siguiente capítulo.

Sudamérica constituye una economía muy permeable a las fluctuaciones de los índices e incidencias económicas internacionales, ya sea el valor de las divisas o los vaivenes en los precios de las materias primas, su principal exportación. La IED como vehículo de desarrollo parece aunar consenso en la región, pero la repercusión del fenómeno en la calidad de vida de las personas es bastante discutible. Estas consideraciones serán primordiales a la hora de analizar los efectos que los mecanismos de solución de controversias, contenidos en los AII, han tenido en las economías sudamericanas.

CAPÍTULO II

SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES ENTRE UN INVERSOR EXTRANJERO Y UN ESTADO, ANÁLISIS DE LOS INSTRUMENTOS Y SU SITUACIÓN ACTUAL EN SUDAMÉRICA.

§7- RELEVANCIA DE LOS TRATADOS EN MATERIA DE IED.

En §4 mencionamos la multiplicidad de acuerdos relativos a inversiones como una posible explicación para el fracaso de un AMI. En efecto, aún cuando las leyes y políticas nacionales siguen siendo la parte más concreta y detallada de la regulación de la inversión extranjera, el sistema ha pasado a depender de manera importante de los AII's, tratados entre Estados cuyo propósito es la promoción y protección de esa forma de inversión.¹¹² Las principales manifestaciones de estos instrumentos son los tratados que regulan específicamente las inversiones y los tratados de libre comercio en sus diversas formas, sean bi o multilaterales.

Nos ocuparemos primeramente de los acuerdos referidos en específico a la IED, mientras que en §7.6 conoceremos las cláusulas de solución de diferencias inversor – Estado en el marco de los TLC's.

El Derecho en un mundo globalizado deja de ser una concepción jurídica exclusiva de cada Estado y se convierte en un derecho regulador común de actividades que, tradicionalmente, estaban bajo la potestad soberana del Estado.¹¹³ Esta cita refleja de manera fiel los cimientos de esta nueva realidad jurídico – económica internacional, plasmada en una red de instrumentos internacionales destinados a incentivar el flujo de inversiones transfronterizas. Estos acuerdos reciben múltiples denominaciones que hacen referencia a una misma realidad, pudiendo utilizarse cualquiera de ellas indistintamente. A saber: Acuerdos sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPIs), Foreign Investment Protection Agreements o Acuerdos de Protección de Inversión Extranjera (FIPAs o APIEs), Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI), Bilateral Investment Treaties o Tratados Bilaterales de Inversión (BIT's o TBIs).¹¹⁴ Nos quedaremos con esta última acepción para pasar a analizar en qué consisten los Tratados Bilaterales de Inversión, su fundamento y algunas de sus principales características.

Desde fines de los años '50, los tratados bilaterales para la promoción y protección recíproca de las inversiones, se han convertido en la clase de tratado más ampliamente utilizado en el campo de la inversión extranjera. Estos tratados han venido a reemplazar un tipo de tratado bilateral previo, el tratado de Amistad, Comercio y Navegación, que incluía disposiciones respecto de los derechos de los nacionales y compañías extranjeras, en medio de

¹¹² POLANCO, Rodrigo, cit. (n. 77).

¹¹³ TEMPONE, Rubén Eduardo, cit. (n. 53), p. 15.

¹¹⁴ MAYORGA, Roberto, MORALES, Joaquín, POLANCO, Rodrigo, cit. (n. 38), p. 116.

reglas sobre un amplio rango de aspectos de la cooperación bilateral económica y política. En contraste, el rasgo distintivo del TBI moderno es que trata exclusivamente materias relativas a la admisión, tratamiento y protección de la inversión extranjera.¹¹⁵

Para analizarlo en detalle, desglosemos el concepto de Tratado Bilateral de Inversión:

- Tratado: según el artículo 2.1.a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se entiende por tratado *“un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.”* Hemos hecho hincapié en el rol preponderante del tratado como fuente del derecho internacional; pues bien, los TBIs constituyen la estructura normativa base sobre la cual se construye y sustenta el flujo de la IED a nivel global.
- Bilateral: que un tratado sea bilateral, implica que ha sido celebrado entre dos Estados, es decir existen dos partes que otorgan su consentimiento y se obligan recíprocamente.
- Inversión: ya revisamos en §3.1 el concepto de inversión, pero cabe recordar aquí que estos acuerdos internacionales se preocupan especialmente de las inversiones extranjeras directas.

Tomando estos tres conceptos y aplicándolos conjuntamente, obtenemos que un Tratado Bilateral de Inversión es un acuerdo internacional celebrado por escrito entre dos Estados y regido por el derecho internacional, con el objeto de promover y proteger recíprocamente las inversiones que los nacionales de una parte contratante realicen en el territorio de la otra.

Veamos ahora el fundamento de los TBIs; para ello, debemos distinguir los aspectos político, jurídico y económico:

- El fundamento político de los TBIs lo encontramos en el aumento de las negociaciones bilaterales entre Estados, con el objeto de generar redes internacionales de cooperación. Ello en el marco de una tendencia de apertura de las fronteras a nuevos actores relevantes, como lo son los inversionistas extranjeros. Esta decisión ha sido tomada por los gobiernos como parte de la adopción de la economía de libre mercado como sistema económico. Enmarcado dentro de este proceso, los países han impulsado agendas de negociaciones bilaterales y multilaterales con otras naciones, tanto industrializadas como en vías de desarrollo, con el objeto de promover la inversión extranjera en sus economías domésticas.

¹¹⁵ UNCTAD, *Key Terms and Concepts in IAs: A Glossary (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Términos y Conceptos Clave en los Acuerdos Internacionales de Inversiones: Un Glosario)*, Nueva York y Ginebra, 2004, p. 13. La traducción es nuestra. Disponible en <http://www.unctad.org> (Accedido en febrero de 2016).

- Con respecto al fundamento jurídico, es posible analizarlo desde dos perspectivas: el derecho internacional y el derecho interno. Con respecto al derecho internacional, corresponde hacer referencia a algo que ya habíamos mencionado en §3.2. Se trata de la estandarización de las cláusulas de los TBIs y la unificación del derecho a través de ellos. Como consecuencia de la dificultad que importa el crear una regulación internacional de las inversiones internacionales, como asimismo la falta de consenso para alcanzar acuerdos multilaterales de vasta extensión; los países que buscan o que necesitan crear un amparo jurídico para las inversiones, han procedido a fijar dicha protección a través de numerosos TBIs suscritos con distintas naciones, cuyas cláusulas son muy similares entre unos y otros e incluso llegan a ser idénticas en algunos casos.

En las últimas dos décadas la gran mayoría de los países para promover sus políticas de desarrollo económico y como forma de atraer capitales externos celebraron acuerdos internacionales en materia de inversiones que de diversas maneras liberalizan, fomentan, protegen o regulan las corrientes internacionales de inversión. De ese modo, frente a las normas clásicas del derecho internacional, se erige un derecho convencional internacional que constituye una extensa red mundial, y podría ser calificado como “el régimen jurídico internacional de la inversión extranjera”.¹¹⁶ Este régimen al que el autor hace referencia, es una de las razones por las cuales CIADI se ha posicionado como uno de los centros de arbitraje internacional más importantes, pues el recurso a dicho centro está consagrado como cláusula en la mayoría de los AII, tal y como veremos en §7.5 y §7.6, cuando conozcamos más acerca de los acuerdos suscritos por Chile.

Desde la perspectiva del derecho interno, los TBIs ofrecen una cualidad que las leyes nacionales no pueden cumplir, ésta es la imposibilidad de que sus normas sean modificadas o derogadas si no concurre la voluntad de ambas partes contratantes. Esta característica es uno de los fundamentos más importantes de la proliferación de los TBIs, pues se traduce en una garantía de invariabilidad de las condiciones en que se invierte, otorgando seguridad y certeza jurídicas al inversor extranjero. Mayorga, Morales y Polanco, con una mirada desde Chile, hacen hincapié en esta cualidad del TBI respecto de la ley interna: en lo esencial de su contenido, estos Convenios son similares a la legislación interna chilena, de manera que con su suscripción se eleva de rango la normativa nacional, adquiriendo un estatuto de carácter internacional, lo que se traduce en un fortalecimiento de la estabilidad y, por lo tanto, de la confianza que puede tener el inversionista, puesto que cualquier modificación normativa no dependerá únicamente del país en que se realiza la inversión, sino que del consentimiento de los Estados Partes en el Convenio.¹¹⁷

- Para hablar del fundamento económico de los TBI, es indispensable hacer referencia a dos manifestaciones significativas del fenómeno de la liberalización de la economía,

¹¹⁶ TEMPONE, Rubén Eduardo, cit. (n. 53), p. 15.

¹¹⁷ MAYORGA, Roberto, MORALES, Joaquín, POLANCO, Rodrigo, cit. (n. 15), p. 118.

estrechamente relacionado con la globalización que analizamos en §2.2. Éstas son la libertad de comercio y la libertad de establecimiento de las empresas extranjeras.

La libertad de comercio: ha sido aplicada a través de la eliminación de trabas al comercio internacional, sea éste de bienes o servicios; como asimismo de capitales destinados a las inversiones. Nos encontramos con un mercado abierto, tanto a importar como a exportar, en el cual los agentes económicos más relevantes son las EMNs.

La libertad de establecimiento de empresas extranjeras: los Estados, antes reticentes a recibir inversiones extranjeras, adoptan hoy en día medidas tendientes a asegurar el establecimiento de empresas extranjeras dentro de sus fronteras, tanto a través de la celebración de TBIs, como en base a la fijación de políticas económicas que contemplen el rol de los inversionistas extranjeros en la economía. Especial relevancia tiene aquí la extensión de la aplicación del principio de subsidiariedad en la actividad del Estado, dejando en manos de los particulares, sean estos nacionales o extranjeros, la prestación de servicios de vital importancia, como las comunicaciones, el suministro energético o los servicios básicos. De hecho varios contratos relativos a estas últimas materias han sido objeto de arbitrajes ante el CIADI.¹¹⁸ Esta segunda manifestación implica asimilar y amparar su permanencia como agentes económicos determinantes. Ello se hace a través de los esfuerzos del gobierno de turno en su política exterior e interior, como asimismo por medio de una modificación de la legislación vigente, ya sea ratificando los tratados celebrados, o dictando nuevas leyes. Este cambio de mentalidad en la economía ha ido en general acompañado de una revolución jurídica y política, que en último término se ha traducido en un nuevo escenario de economía global.

Esteban Ymaz sintetiza de la siguiente manera este fundamento de los TBIs: El fundamento económico de este tipo de tratados es por un lado la necesidad de los países exportadores de capital de dar a sus nacionales que invierten en países en desarrollo una protección confiable basada en un acuerdo intergubernamental que no puede ser modificado unilateralmente – como las leyes internas – por el país receptor de la inversión; y por el otro, la necesidad de los países en desarrollo del ingreso de capitales a su territorio¹¹⁹

¹¹⁸ Véase por ejemplo: *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. La República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/97/3), *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International Inc. c. La República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/02/1), *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos* (Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2).

¹¹⁹ YMAZ VIDELA, Esteban, cit. (n. 54), p. 9.

1. Antecedentes Históricos.

La aparición de los TBIs en el concierto internacional requirió de ciertos acontecimientos históricos que suscitaron su creación. A continuación revisaremos concisamente algunos de los hechos más determinantes:

Como explicamos en §2.1, el surgimiento de los TBIs se explica en parte por la evolución de las Relaciones Internacionales en los años siguientes al término de la Segunda Guerra Mundial. La necesidad de generar nuevos vínculos entre las naciones industrializadas y entre ellas y las otras menos desarrolladas, llevó a un clima de colaboración y disposición al diálogo, con miras a reestructurar el panorama mundial. Habiendo aprendido de los errores del pasado, los Estados advirtieron la necesidad de instaurar una atmósfera de confianza mutua en todo plano, incidiendo ello ciertamente en materia económica.

Este proceso de colaboración interestatal tuvo sus primeros albores en los años anteriores a la Primera Guerra Mundial. En 1899 se celebró en La Haya la primera Conferencia Internacional de la Paz con el objeto de elaborar instrumentos que permitieran resolver pacíficamente las crisis, evitar la guerra y codificar normas de conducta en tiempo de guerra. La Conferencia aprobó la Convención para el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales y estableció la Corte Permanente de Arbitraje, que comenzó a operar en 1902. Algunos años después nace el precursor de las Naciones Unidas, la Sociedad de las Naciones. Ésta fue una organización concebida durante la Primera Guerra Mundial y establecida en 1919, de conformidad con el Tratado de Versalles, "*para promover la cooperación internacional y conseguir la paz y la seguridad*". También en el marco del Tratado de Versalles se creó la Organización Internacional del Trabajo como organismo afiliado a la Sociedad de las Naciones. La Sociedad de las Naciones cesó su actividad al no haber conseguido evitar la Segunda Guerra Mundial.¹²⁰

Como sabemos, en julio de 1944, se realizó la Conferencia Monetaria y Financiera de las Naciones Unidas. El FMI, surgido en esa época, es hoy la institución central del sistema monetario internacional, es decir, el sistema de pagos internacionales y tipos de cambio de las monedas nacionales que permiten la actividad económica entre los países. Su finalidad es evitar la crisis en el sistema, alentando a los países a adoptar medidas de política económica bien fundadas. Como su nombre lo indica, la institución es también un fondo al que los países miembros que necesiten financiamiento temporal pueden recurrir para superar los problemas de balanza de pagos.¹²¹

¹²⁰ Fuente: Historia de las Naciones Unidas, disponible en <http://www.un.org> (Accedido en febrero de 2016).

¹²¹ En la década de los '40, a medida que se debilitaba la actividad económica en los principales países industriales, los gobiernos intentaron defender las economías mediante un incremento de las restricciones sobre la importación, pero las medidas sólo sirvieron para acelerar la espiral descendente del comercio mundial, el producto y el empleo. Para proteger la caída de las reservas de oro y divisas, algunos países limitaron el acceso de sus ciudadanos a las compras en el exterior, otros devaluaron sus monedas y algunos impusieron complicadas restricciones sobre la libertad de los ciudadanos para poseer divisas. Sin embargo, los apañes de este tipo resultaron contraproducentes y ningún país logró mantener durante mucho tiempo una ventaja competitiva. Estas

El Banco Mundial (BM) es actualmente un organismo especializado de la ONU. En 1944 fue creado solamente como el Banco Internacional para la Reconstrucción y Fomento, cuyo objetivo era reparar Europa luego de los efectos de la guerra. Empero, el BM posteriormente amplió sus funciones, formándose la estructura de lo que hoy conocemos como Banco Mundial. El Grupo del Banco Mundial está integrado por cinco organizaciones: el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), la Asociación Internacional de Fomento (AIF), la Corporación Financiera Internacional (CFI), el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI), y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

En 1945, representantes de 50 países se reunieron en San Francisco en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, para redactar la Carta de las Naciones Unidas. La Carta fue firmada el 26 de junio de 1945 por los representantes de los 50 países. Las Naciones Unidas empezaron a existir oficialmente el 24 de octubre de 1945, después de que la Carta fuera ratificada por China, Francia, la Unión Soviética, el Reino Unido, los Estados Unidos y la mayoría de los demás signatarios.¹²² Hoy en día la Organización de las Naciones Unidas (ONU) agrupa a 193 países miembros, es decir, casi la mayoría de las naciones soberanas del mundo, con contadas excepciones (como la Santa Sede, por ejemplo, que es un miembro observador). Según el artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas, sus propósitos son:

“1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz; 2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal; 3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; y 4. Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes.”

La ONU ha cumplido un rol preponderante en la estructuración del orden económico mundial actual, sobre todo respecto de los TBIs, principalmente a través de dos vías: sus organismos especializados (a ello nos referiremos un poco más adelante a propósito de UNCTAD y la CNUDMI); y también a través de las resoluciones de su Asamblea General, cuya relevancia veremos en breve.

medidas, denominadas “empobrecer al vecino”, fueron devastadoras para la economía internacional; el comercio mundial cayó fuertemente y, de la mano, descendieron los niveles de empleo y de vida en muchos países.

Fuente: FMI, *¿Qué es el Fondo Monetario Internacional?*, Fondo Monetario Internacional, 2004, p. 2 a 9. Disponible en <http://www.imf.org> (Accedido en octubre de 2008).

¹²² Historia de las Naciones Unidas, cit. (n. 120).

En 1948 nace el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por su nombre en inglés “General Agreement on Tariffs and Trade”). La intención original era crear una tercera institución que se ocupara de la esfera del comercio en la cooperación económica internacional y que viniera a añadirse a las dos “instituciones de Bretton Woods”, el Banco Mundial y el FMI. Más de 50 países participaron en negociaciones encaminadas a crear una Organización Internacional de Comercio (OIC) como organismo especializado de las Naciones Unidas. Se tenía la intención de crear la OIC en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo celebrada en 1947 en La Habana, Cuba. 15 países iniciaron en diciembre de 1945 negociaciones encaminadas a reducir y consolidar los aranceles aduaneros. Cuando se firmó el acuerdo, el 30 de octubre de 1947, el grupo se había ampliado a 23 miembros. La Carta de la OIC fue finalmente aprobada en La Habana en marzo de 1948, pero su ratificación por algunas legislaturas nacionales resultó imposible, especialmente EE.UU. No obstante ello, esa primera ronda de negociaciones dio origen a un conjunto de normas sobre el comercio y a cuarenta y cinco mil concesiones arancelarias, que afectaban aproximadamente a una quinta parte del comercio mundial (por valor de diez mil millones de dólares EE.UU.). El GATT, que a la postre sería el único resultado de esta conferencia, ayudó a establecer un sistema multilateral de comercio firme, que se hizo cada vez más liberal mediante rondas de negociaciones comerciales. Se convirtió así, en el único instrumento multilateral por el que se rigió el comercio internacional desde 1948 hasta el establecimiento de la Organización Mundial de Comercio (OMC) en 1995. Durante casi medio siglo, los principios jurídicos fundamentales del GATT siguieron siendo en gran parte los mismos que en 1948.¹²³

Aún cuando no está inserta en esta evolución histórica, pues su surgimiento es posterior, la OMC merece a su vez una sucinta mención particular, ya que cumple tres labores principales en materia de inversiones: primero, desde 1996 cuenta con un grupo de Trabajo que se encarga de analizar la relación entre comercio e inversiones; segundo, el Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (“Acuerdo sobre las MIC”), prohíbe toda clase de medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio, que sean incompatibles con las disposiciones básicas del GATT de 1994; y tercero, el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios abarca las inversiones extranjeras en los servicios como uno de los cuatro modos de suministro de servicios.

Enmarcados en este escenario de colaboración internacional, a comienzos de la década de 1950, se inicia la suscripción de los “Tratados de Amistad, Comercio y Navegación”, principalmente por parte de los Estados Unidos (nación que, como señalamos anteriormente, alcanzó una posición dominante en el concierto internacional luego de la Segunda Guerra Mundial, desde la cual potenció su crecimiento económico). Estos instrumentos son un antecedente directo de los TBIs, y su objetivo era el resguardo del comercio en general, con el

¹²³ Fuente: Historia de la Organización Mundial de Comercio, el GATT como antecedente. <http://www.wto.org> (Accedido en febrero de 2016).

propósito de crear un mercado global. Con los avances en las negociaciones interestatales posteriores, tanto de tipo político como económico, surgieron nuevos propósitos adicionales: generar lazos de cooperación entre naciones, mejorar el movimiento internacional de personas y cargas, fomentar las relaciones comerciales internacionales y, un objetivo importante para los Estados más desarrollados, posicionar de mejor forma sus economías y a sus inversionistas dispuestos a aventurarse en mercados extranjeros. Un aspecto relevante de este último propósito lo constituye el asegurar a sus nacionales la adquisición de propiedad en el extranjero y la posibilidad de instalarse en economías foráneas. El resguardo de este cúmulo de nuevos intereses a proteger hizo necesario un tipo de tratado más específico y detallado: el TBI.

Si bien en esa época aún no se concebía una regulación jurídica internacional homogénea, salvo los primeros esfuerzos de la Organización de las Naciones Unidas por lograr la proscripción de la guerra en las relaciones internacionales; son estos los primeros pasos hacia la unificación del derecho regulador de las inversiones internacionales, comenzando así las repercusiones en el ámbito jurídico de este nuevo diseño del mapamundi. En 1959, nace la OCDE, cuya importancia para el tema en comento es que influye en el contenido de las legislaciones de sus países miembros, como asimismo en la política exterior que estos desarrollan.

Coincidente con este acontecimiento, el primer acuerdo bilateral de promoción y protección de inversiones se firmó entre Alemania y Pakistán el 25 de Noviembre de 1959. Sin embargo, es sólo a partir de la segunda mitad de los '80 que estos tratados se generalizan y adquieren un carácter prácticamente universal.¹²⁴ Este primer TBI, sirvió de modelo para los numerosos instrumentos firmados con posteridad. No obstante, el acuerdo de esa época no es exactamente igual al modelo actual, puesto que posee una diferencia sustancial: en su texto no incluye una cláusula de arreglo de diferencias entre inversionista extranjero y Estado anfitrión.

El contenido de los TBIs es similar entre ellos, dado que a partir de 1962 fueron influenciados por el proyecto de convenio modelo recomendado por el Consejo de Ministros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico a sus Estados miembros.¹²⁵ Con ciertas variaciones, donde la más sustancial es la cláusula de arreglo de diferencias ante un tribunal arbitral internacional, este modelo de tratado sigue siendo utilizado en la actualidad, a pesar de que fue desarrollado en el contexto político de los años 50, y posteriormente adaptado en los 60 –un período caracterizado por la expansión del comunismo y la preocupación por los impactos del proceso de descolonización en los intereses económicos–.¹²⁶ Producto de este anacronismo que padecen algunas de las disposiciones del TBI, han surgido numerosas críticas hacia este instrumento, principalmente por su insuficiencia para conducir al desarrollo

¹²⁴ MAYORGA, Roberto, MORALES, Joaquín, POLANCO, Rodrigo, cit. (n. 38), p. 116.

¹²⁵ YMAZ VIDELA, cit. (n. 54), p. 10.

¹²⁶ MALIK, Mahnaz, *Time for a Change. Germany's Bilateral Investment Treaty Programme and Development Policy (Tiempo de un Cambio. El Programa de TBIs Alemán y su Política de Desarrollo)*, Dialogue on Globalization N° 27 / Noviembre de 2006, Friedrich Ebert Stiftung, Nueva York – Ginebra, p. 8. La traducción es nuestra.

sustentable en los países menos desarrollados. Conoceremos más sobre esta visión crítica en §9.2, §10 y §11.

Otra de las principales motivaciones para crear este tipo de tratado fue que el Estado comenzó a actuar como parte contratante en el concierto internacional, volviéndose un protagonista habitual en el comercio. A causa del mayor poder que detenta el Estado frente a un inversionista particular, es necesaria esta regulación como un contrapeso y control.

Los TBIs aumentaron exponencialmente su número en las últimas décadas y no durante los veinte años posteriores a su surgimiento. Esta situación se explica debido a que en dicho período no se concebía la realidad de interconexión que desde fines del siglo pasado ha venido imponiéndose en el contexto global. En Latinoamérica, otra razón para su tardía aparición es la incidencia que tuvo en la región, hasta hace poco tiempo, la doctrina Calvo, y la posterior cláusula Calvo, cuyos pormenores analizamos ya en §3.2.2. A nivel global, existían además serias divergencias respecto de los principios reguladores de la propiedad privada extranjera y sus regímenes de expropiación o nacionalización. Dichos tópicos, como veremos más abajo, fueron objeto de grandes debates en la Asamblea General de la ONU. Esta falta de acuerdo en el plano multilateral hizo de los TBIs una solución al alcance de aquellos gobiernos que deseaban mejorar su posición frente al inversor extranjero.

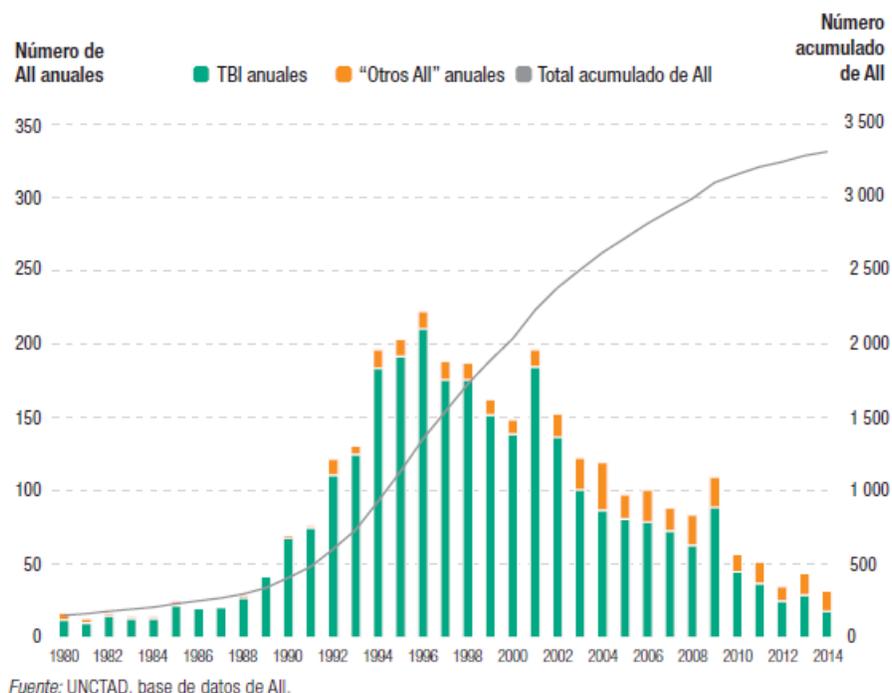
A comienzos de la década del '60, los países menos desarrollados eran reticentes a recibir inversión extranjera en sus economías, pues desconfiaban de los efectos que ésta pudiera tener en sus mercados. Los TBIs surgen entonces como una respuesta de los países desarrollados a esta problemática, pues para ellos venían a solucionar un vacío normativo que existía en el plano internacional, donde imperaba una disparidad en el trato que sus nacionales recibían al actuar como inversores en el extranjero. No obstante ello, su proliferación se vio retardada. Otra probable causa para la desconfianza es descrita por Enrique Aimone Gibson como “la tensión Norte – Sur, o económica”: se trata del enfrentamiento entre pobres y ricos, entre desarrollados y subdesarrollados, entre países productores y exportadores de materias primas y países productores y exportadores de artículos manufacturados, entre países que prestan y países que toman prestados capitales internacionales.¹²⁷

En 1964, la ONU decide crear UNCTAD. En la búsqueda del desarrollo sostenible, este ente surge para conciliar las políticas nacionales con la realidad internacional, monitoreando y proponiendo soluciones que lleven a la evolución de las relaciones económicas internacionales, y primordialmente sus principios informadores. Dentro de esta labor, entre muchas otras, UNCTAD ha supervisado activamente el aumento del número de TBIs. Desde su creación, ha sido el organismo por excelencia encargado de recopilar las estadísticas relativas al flujo de la IED y su regulación a través de los instrumentos internacionales. Entre los datos

¹²⁷ AIMONE GIBSON, Enrique, *Derecho Económico Internacional*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1980, p. 35.

recogidos por UNCTAD, destaca el hecho que el número de TBIs se incrementó dramáticamente durante los años '90. Su número se alzó de 385 en 1989 a un total de 2.265 en 2003. Hoy en día los TBIs involucran a 176 países.¹²⁸

Gráfico 5: Tendencia en el Número de AIIs 1980 - 2014.¹²⁹



En 1966, surge otro órgano importantísimo en la regulación de las relaciones internacionales, principalmente en materia de arbitraje comercial internacional. Se trata de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL – United Nations Commission on International Trade Law). La Asamblea General de la ONU, al establecer la Comisión, reconoció que las disparidades entre las leyes nacionales que regían el comercio internacional creaban obstáculos para ese comercio, y consideró que mediante ella podría desempeñar un papel más activo en la reducción o eliminación de esos obstáculos. La Asamblea General dio a la Comisión el mandato general de fomentar la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional. Desde entonces, la Comisión se ha convertido en el órgano jurídico central del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del derecho mercantil internacional.¹³⁰

¹²⁸ UNCTAD, Fuente: <http://www.unctad.org> La traducción es nuestra. UNCTAD ofrece en su sitio web una base de datos en línea que recopila los TBIs suscritos a nivel mundial. (Accedido en febrero de 2016).

¹²⁹ UNCTAD, *Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2015: Reformando la Gobernanza Internacional en Materia de Inversiones, Panorama General en Español*, p. 26. Disponible en el sitio web <http://www.unctad.org> (Accedido en enero de 2016).

¹³⁰ Fuente: <http://www.uncitral.org> (Accedido en febrero de 2016).

Mencionamos arriba la importancia de las Resoluciones de la Asamblea General de la ONU. Éstas tienen singular incidencia en la regulación de la propiedad extranjera en el derecho internacional, y han sido históricamente el balance o contrapunto respecto de la normativa contenida en los TBIs. Veamos una breve reseña cronológica de estas Resoluciones, desde la perspectiva de su relevancia para el tema en comento:

- 14 de diciembre de 1962, Resolución 1803 (XVII) Soberanía permanente sobre los recursos naturales: reconoce a cada nación el derecho a expropiar por razones de utilidad pública, seguridad o interés nacional, a cambio del pago de la expropiación correspondiente.

- 25 de noviembre de 1966, Resolución 2158 (XXI) Soberanía permanente sobre los recursos naturales: reafirma la anterior, y además reconoce a los Estados el derecho a fijar regulaciones sobre las labores de los inversionistas extranjeros, relativas a recursos naturales, propendiendo al desarrollo de las naciones anfitrionas.

- 17 de diciembre de 1973, Resolución 3171 (XXVIII) Soberanía permanente sobre los recursos naturales: reitera las dos anteriores y agrega que:

“la aplicación del principio de la nacionalización por los Estados, como expresión de su soberanía para salvaguardar sus recursos naturales, implica que cada Estado tiene derecho a determinar el monto de la posible indemnización y las modalidades de pago, y que toda controversia que pueda surgir deberá resolverse de conformidad con la legislación nacional de cada uno de los Estados que apliquen tales medidas”.

Además rechaza cualquier acto armado, coacción económica o medida ilegal que busque resolver los conflictos originados por las expropiaciones.

- 12 de diciembre de 1974, Resolución 3281 (XXIX) Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados. Se trata de una regulación detallada de las relaciones comerciales entre los Estados, fijando una serie de principios, deberes y derechos. Entre los más relevantes para nuestro trabajo, se destacan: el arreglo pacífico de controversias; el derecho de todo Estado a regular la actividad de las empresas transnacionales que operen dentro de sus fronteras; el derecho de todo Estado a expropiar bienes extranjeros a cambio de una compensación adecuada (de haber diferencias, éstas pueden someterse a la jurisdicción acordada por las partes).

Podemos constatar, entonces, que existe un claro contraste entre lo propuesto por estas resoluciones y lo que disponen los TBIs (que claramente representan la postura de los países desarrollados). Esta paradoja ha intentado ser resuelta por los autores, pues los mismos Estados que han acordado estas Resoluciones, han suscrito a su vez TBIs. Una de las explicaciones que nos parece mejor fundada es que, para alcanzar los beneficios del TBI, el Estado debe renunciar a un control significativo de su gobierno sobre la IED y el arreglo de diferencias entre los inversionistas y anfitriones. En este sentido, los Estados en desarrollo están intercambiando soberanía por credibilidad.¹³¹

¹³¹ ELKINS, Zachary, GUZMAN, Andrew T. y SIMMONS, Beth, *Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960-2000 (Competiendo por el Capital: La Difusión de los TBIs)*, Agosto de 2004, UC Berkeley Public Law Research. Paper No. 578961. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=578961> La traducción es nuestra. (Accedido en febrero de 2016).

Esta situación de contradicción encuentra una explicación adicional en el valor que tienen estas Resoluciones de la ONU. Aimone, luego de analizar la postura de diversos autores sobre el tema de la fuerza jurídica de estas Resoluciones, llega a la siguiente conclusión: No creemos en que estas Resoluciones puedan asimilarse a principios de derecho internacional. Sentar semejante criterio me parece peligroso para la vigencia de los Tratados. En efecto, vía resolución de las N.U. se podrían aprobar, por grupos de naciones, ‘principios de derecho internacional’ que mellaran la eficacia vinculatoria de Tratados vigentes. Tampoco nos parece jurídicamente atendible el uso excesivo del concepto de costumbre instantánea. Tiene ella el peligro de la manipulación. ¿Qué pasará si un grupo determinado de naciones ‘fabricara’ costumbres instantáneas que atentasen a la letra de Tratados o de otras fuentes indubitadas del derecho internacional? Por lo expresado, adherimos plenamente a los conceptos de Polanco Alcántara: la importancia y la relevancia de este texto no está al nivel de su vigencia jurídica. Ella está en otro plano; que es el de la ideología, plano que, en lo que concierne al derecho internacional, le confiere un determinado peso que, de todos modos, preciso es reconocerlo, no es el de la exigencia incondicional, atributo que sólo la norma jurídica posee.¹³²

Por su lado, el volumen 1 del Marco Legal para el Trato de la Inversión Extranjera señala que el estatus y la relevancia de las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas como fuente del derecho internacional son inciertos. No son una de las fuentes del derecho internacional listadas en el Art. 38 del Estatuto de la CIJ y carecen de la fuerza vinculante de las convenciones o decisiones del Consejo de Seguridad de la ONU. Pero la extensión con que estas resoluciones influyen las expectativas y conducta de las partes en materias como la compensación por expropiación, hace que participen del carácter de ‘ley’ dentro de una concepción amplia de la costumbre. Representan una parte importante del proceso de formación de las normas: aunque no son formalmente obligatorias, ejercen una influencia significativa en la creación de las normas internacionales. Y las resoluciones unánimemente adoptadas tienen autoridad sustancial en la práctica.¹³³

En estos textos, ambos autores destacan las falencias de estos instrumentos; entonces, vemos que la mayoría de los Estados encontraron en los TBIs una alternativa que sí posee la fuerza jurídica de una norma, que ante su incumplimiento genera responsabilidad internacional y que permite el acceso a la jurisdicción de un tercero imparcial, sustrayendo el conocimiento del asunto de los tribunales nacionales.

Los países en desarrollo, en general, han cambiado en los años recientes hacia posiciones que tienden en favor de la protección y garantía de la IED. En paralelo, dichos países han mostrado su voluntad o acuerdo para derribar ciertos requisitos que antes imponían

¹³² AIMONE GIBSON, Enrique, cit. (n. 127), p. 41.

¹³³ KHAIL, Mohamed, MARCHAIS, Bertrand, PARRA, Antonio, TSCHOFEN, Franziska, WESTBERG, John, *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment, Volume I: Survey of Existing Instruments (Marco Legal para el Trato de la Inversión Extranjera, Volumen I, Estudio de los Instrumentos Existentes)*, The World Bank Group, 1992, p. 68. Fuente: <http://www.worldbank.org> La traducción es nuestra. (Accedido en febrero de 2016).

a los inversores extranjeros, tales como la presencia de nacionales en los Directorios o en la repartición de dividendos de las empresas extranjeras, o la satisfacción de un desempeño requerido o cuotas de exportación.¹³⁴

En los últimos 20 años, el flujo de la IED a través de las fronteras ha excedido por mucho el flujo de bienes y, más genéricamente, el flujo del comercio internacional. La globalización de la economía mundial en los años más recientes ha enfatizado aún más una tendencia que ya había adquirido raíces firmes.¹³⁵ Esto explica que haya surgido esta intrincada red de tratados internacionales con el fin de regular a la IED, cuya fisonomía ya describimos en §3.2, a propósito de la multiplicidad de fuentes como una de las características de la etapa actual en el derecho internacional mundial. Este entramado va más allá de los propios TBIs; la unificación del contenido normativo se extiende a los acápites correspondientes en los Tratados de Libre Comercio y a otros instrumentos internacionales.

Sólo al asimilar la importancia que tiene para cada país el participar de esta red de RR.II., es que puede vislumbrarse la real dimensión del fenómeno de los TBIs. Este escenario actual de veloz crecimiento de la inversión extranjera no habría sido posible sin la aplicación extensiva de los AII, que hoy ocupan un lugar prioritario en la agenda político – económica global, como también en el ámbito jurídico.

¹³⁴ GRIGERA NAÓN, Horacio, *The Settlement of Investment Disputes between States and Private Parties, An Overview from the Perspective of the ICC (El Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Partes Privadas, un Panorama desde la Perspectiva de la CIC)*, The Journal of World Investment, Julio de 2000, Volumen 1, número 1, Werner Publishing Company Ltd., Ginebra, p.59. La traducción es nuestra.

¹³⁵ *Ibíd.*, la traducción es nuestra.

2. TBIs: Utilidad, Celebración y Cláusulas más Comunes.

a) Utilidad de los TBIs.

Cuando hablamos de la utilidad de un tratado, nos referimos a los efectos jurídicos que hacen útil su aplicación y que llevan a los Estados a buscar su suscripción. Los TBIs regulan 4 aspectos básicos respecto de la IED: Admisión, Trato, Expropiación o Nacionalización, y Arreglo de Diferencias. A continuación analizaremos la utilidad de los TBIs desde diversas perspectivas.

Los TBIs contienen una estructura de amparo a la inversión y al inversor extranjero. Su principal efecto jurídico, en la práctica, es que las obligaciones que en ellos constan, generan ante el incumplimiento, responsabilidad internacional para el Estado suscriptor del Acuerdo. Así, se sustraen del ámbito interno las obligaciones, para llevarlas al plano del DIP.

Estos tratados contienen un conjunto de normas destinadas a los Estados, pero cuyos beneficiarios directos son los inversores de uno u otro Estado Parte. En ese sentido, existe una especie de ‘reciprocidad negativa’ en las relaciones interestatales.¹³⁶ Este autor se refiere a la serie de deberes que contraen los Estados al suscribir el TBI, que implican hacer ciertas cosas, y abstenerse de hacer otras.

Como consecuencia de la suscripción del TBI, toda diferencia que emane de la IED genera un derecho de opción de foro para el inversor extranjero. Una vez efectuada la elección de la vía jurisdiccional, comienza a operar el denominado principio de “no hacer”, según el cual la justicia del Estado receptor de la inversión debe abstenerse de intervenir en cuestiones sujetas a arbitraje internacional.¹³⁷ Estos acuerdos elevan la relación que antes era entre privados, a un vínculo entre Estados primero, pero además entre un privado, el inversionista extranjero, y un Estado, el receptor de dicha inversión.

Otra utilidad es el resguardo de la propiedad privada del inversor, que da seguridad respecto de las condiciones en que podrá operar, eventualmente, la expropiación, fijándose a través del TBI un estándar de trato que debe ser cumplido por el Estado anfitrión.

Quizás el aspecto más relevante de la utilidad de esta clase de tratados, es su proliferación ante la ausencia de una regulación multilateral. Mientras que la promoción de la inversión extranjera privada es un objetivo común del Banco Mundial y sus afiliados, ninguna de estas agencias tiene el imperio para emitir reglas legales que rijan las actitudes de sus miembros en este (ni otros) campos. Es más, cualquier intento de su parte de preparar un

¹³⁶ TEMPONE, Rubén Eduardo, cit. (n. 53), p. 31.

¹³⁷ PÉREZ-RAGONE, Álvaro, *Jerarquía del Derecho Internacional y Funcionalidad de los Bilateral Investment Treaties en la Tutela Adecuada de Derechos: Jurisdicción Internacional*, Génesis, Revista de Direito Processual Civil, Año IV, Número 11, Curitiba, 1999, p. 129.

borrador de convención multilateral en la materia, que codifique costumbre internacional constitutiva de derecho, universalmente aceptada, y abierta a su firma por los países miembros; podría demostrar ser contraproducente. Los esfuerzos de otras agencias internacionales a este efecto han sido prolongados y han terminado en ausencia de acuerdo o acuerdos limitados, representando el más bajo común denominador de lo que los Estados involucrados aceptan como costumbre internacional indiscutida. Esto obviamente no representa una práctica deseable ni conduce a reglas que contribuyan a un clima de inversión más positivo.¹³⁸

En vista de esta dificultad que ha sido insalvable en el tiempo, la posibilidad de negociar bilateralmente la regulación de la IED, le entrega al Estado el poder necesario para mejorar su clima de inversión, su imagen país y aumentar la seguridad y certeza jurídicas respecto del inversionista extranjero.

Ahora procederemos a sistematizar los principales efectos jurídicos de un tratado bilateral de inversiones:

1. Fijan los requisitos que una inversión debe cumplir para ser admitida en el territorio del Estado anfitrión. A este respecto la sujetan generalmente al cumplimiento de las leyes internas de dicho Estado.
2. Establecen el trato y protección que el Estado receptor se compromete internacionalmente a garantizar.¹³⁹ Generalmente el estándar será el trato justo y equitativo, la no discriminación, la plena protección y seguridad, el trato nacional y la cláusula de la nación más favorecida. Al tratarse de un instrumento internacional, el Estado se obliga a cumplir lo estipulado, asegurando al inversor condiciones favorables para desarrollar su actividad.
3. Los TBIs contienen una regulación detallada de las circunstancias especiales en que puede efectuarse una expropiación de la propiedad privada del inversionista extranjero por parte del Estado anfitrión. Este tema lo veremos con mayor detalle a continuación a propósito de la cláusula de expropiación.
4. Los TBIs otorgan al inversor extranjero el derecho de someter una controversia con el Estado receptor a una instancia arbitral internacional. Esto significa que un sujeto privado

¹³⁸ SHIHATA, Ibrahim, *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment, Volume I: Survey of Existing Instruments (Marco Legal para el Trato de la Inversión Extranjera, Volumen I: Estudio de los Instrumentos Existentes)*, Grupo del Banco Mundial, 1992, p. 6. La traducción es nuestra.

¹³⁹ Veamos como ejemplo la cláusula protección y tratamiento en el Acuerdo entre la República de Chile y la Confederación Suiza sobre la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones, de fecha de Publicación 22 de Agosto de 2002: “*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 fuere 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. 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. (3) Si una Parte Contratante acuerda ventajas especiales a los inversionistas de un tercer Estado en virtud de un acuerdo estableciendo una zona de libre comercio, una unión aduanera o un mercado común, o en virtud de un acuerdo para evitar la doble tributación, no estará obligado a conceder las mismas ventajas a los inversionistas de la otra Parte Contratante.*”

puede exigir el cumplimiento de derechos emanados de un tratado, confiriéndosele un derecho de opción entre los tribunales nacionales, el arbitraje ad – hoc o el arbitraje institucional de CIADI.¹⁴⁰ Un número sustancial de los tratados bilaterales de inversión permite sólo al inversionista privado elegir el método de solución de diferencias al cual recurrir dentro de las alternativas que provee el tratado. Las opciones ofrecidas son normalmente las cortes del Estado anfitrión o el arbitraje internacional. Sin embargo, la última será usualmente recurrible sólo luego de completarse un período de enfriamiento.¹⁴¹ Lo señalado por el autor se reafirma en los TBI suscritos por Chile, en que la amplia mayoría otorga sólo al inversionista la opción de foro. A esto nos referiremos al analizar la cláusula de arreglo de controversias en los TBI a continuación. El período previo de consultas es de tres o seis meses, después de los cuales nace el derecho de opción para el inversionista extranjero. Este último es, entonces, un sujeto activo con capacidad para someter la controversia al foro de su elección, sin necesidad de intermediación del Estado de su nacionalidad. No se requiere, por regla general, de un agotamiento previo de los recursos internos, como sí ocurre en otros casos para recurrir a instancias internacionales.

5. Los tratados de inversión amparan los contratos celebrados por el inversionista con el Estado receptor. De este modo, el inversor puede evitarse los problemas que podría reportarle el ejercicio de acciones por incumplimiento de contrato ante los tribunales con jurisdicción nacional, tomando en cuenta que el Estado actúa como contraparte y juez en dicho caso. Habiéndose sobrepuesto a dicha circunstancia a través del TBI, el inversionista extranjero puede confiar en el cumplimiento de lo convenido, toda vez que la trasgresión de las obligaciones emanadas del mismo, pueden derivar en responsabilidad internacional para el Estado infractor, viéndose compelido a reparar el daño a través de una indemnización.

¹⁴⁰ Así se desprende, por ejemplo, de lo establecido en el Acuerdo entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República Helénica sobre la Promoción y Protección Recíprocas de las Inversiones, publicado el 7 de Marzo de 2003: “*Artículo 9. Arreglo de Diferencias entre un Inversionista y una Parte Contratante. 1. Las diferencias entre un inversionista de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante relativas a una obligación de esta última en virtud del presente Acuerdo, que se relacione con una inversión de la primera, deberán ser resueltas, si fuera posible, en forma amigable entre las partes en la diferencia. 2. Si tales diferencias no pudieren ser resueltas dentro de tres meses a contar de la fecha en que cualquiera de las partes haya solicitado un arreglo amigable, el inversionista afectado podrá someter la diferencia ya sea a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se haya realizado la inversión o a arbitraje internacional. 3. 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 al arbitraje internacional, la elección de uno u otro procedimiento será definitiva. 4. Cuando la diferencia sea sometida a arbitraje internacional, el inversionista en cuestión podrá presentar la diferencia: a) al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, creado por la Convención para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierta para la firma en Washington, D.C., el 18 de marzo de 1965, para arbitraje o conciliación; o b) a un tribunal de arbitraje ad hoc que se constituirá en virtud de las normas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Cada una de las Partes Contratantes por el presente acepta someter dicha diferencia a arbitraje internacional. 5. El tribunal arbitral decidirá la diferencia en conformidad con las disposiciones de este Acuerdo y las normas y principios aplicables del derecho internacional. Los laudos del arbitraje serán definitivos y vinculantes para ambas partes en la diferencia. Cada Parte Contratante cumplirá sin demora cualquiera de dichos laudos y éstos se ejecutarán en conformidad con la ley del país. 6. Durante el proceso de arbitraje o la ejecución de un laudo, la Parte Contratante comprometida en la diferencia no podrá formular la objeción de que el inversionista de la otra Parte Contratante ha recibido compensación en virtud de un contrato de seguro con respecto a la totalidad o parte de los daños y perjuicios. 7. Sobre la base de este Artículo, ninguna de las Partes Contratantes tramitará a través de canales diplomáticos ninguna materia sometida a arbitraje hasta que el proceso haya terminado y una de las Partes Contratantes no haya respetado o dado cumplimiento al laudo pronunciado por el tribunal arbitral.”*

¹⁴¹ GRIGERA NAÓN, Horacio, cit. (n. 134), p. 65. La traducción es nuestra.

b) Celebración de los TBIs.

La celebración de un TBI está sujeta a las respectivas normas del derecho internacional. Para este análisis recurriremos a la estructuración que utilizan en sus obras Fernando Gamboa Serazzi¹⁴² y Santiago Benadava¹⁴³. La conclusión de un tratado consta de dos partes principales, que son la elaboración y la ratificación. La elaboración, a su vez, se compone de tres fases: negociación, redacción y firma.

- Negociación: está constituida por la serie de tratativas previas conducentes al logro de un acuerdo entre Estados. Será distinta dependiendo de la clase de tratado. Si es un tratado bilateral, como en el caso de los TBIs, se lleva a cabo entre el Ministerio de Relaciones Exteriores y el diplomático o enviado especial para dicha negociación. Si es un tratado multilateral, generalmente será celebrado en una Conferencia o Congreso Internacional, mediante los representantes acreditados de cada país. Los órganos estatales internos competentes para negociar serán aquellos que determinen las respectivas Constituciones. En general, la negociación está a cargo de Diplomáticos o agentes técnicos premunidos de las facultades necesarias, contenidas en un título llamado patente, y que constituyen los plenos poderes. En la patente se enuncia la promesa del Estado que representan de que éste ratificará lo acordado en la negociación. Estas personas reciben también el nombre de plenipotenciarios.

- Redacción: es la escrituración del acuerdo alcanzado en la negociación. Se hace en una copia por Estado parte. El o los idiomas en que se redacta y suscribe el tratado se determina por los intervinientes, a menos que hablen la misma lengua, pues en dicho caso será ésta la utilizada en el tratado.

- Firma: una vez redactado el tratado, debe ser firmado por aquellos que han concurrido a su aprobación. La firma confiere al tratado el carácter de auténtico y expresa la intención de continuar los trámites posteriores de celebración del mismo. Sin embargo, la obligatoriedad del tratado surge de su ratificación por parte de los Estados signatarios y no por la firma.

La ratificación, por su parte, es un acto jurídico internacional a través del cual el tratado adquiere fuerza jurídica. Según la doctrina Positivista, es un acto unilateral del Estado que consiste en la aprobación dada al tratado por los órganos estatales internos susceptibles de comprometerlo internacionalmente. La autoridad competente para dar la ratificación es determinada por el derecho público interno del Estado signatario, y con ella se manifiesta el consentimiento en orden a obligarse por el tratado. El documento que se ratifica es una “letra o instrumento de ratificación”, otorgado en forma solemne, en el cual se reproduce íntegramente el texto del tratado y contiene además la promesa de ejecutarlo. Debemos destacar una vez más que la ratificación es un acto internacional.

¹⁴² GAMBOA SERAZZI, Fernando, *Derecho Internacional Público*, Editorial Universidad de Talca, Talca, 1998, p. 52 ss.

¹⁴³ BENADAVA, Santiago, cit. (n. 44), p. 42 ss.

El artículo 2.1.b) de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados señala que ratificación, aceptación, aprobación y adhesión son las formas en que un Estado manifiesta su consentimiento en obligarse por un tratado:

“Artículo 2. Términos empleados. 1. Para los efectos de la presente Convención: b) se entiende por "ratificación", "aceptación", "aprobación" y "adhesión", según el caso, el acto internacional así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado.”

Los artículos 11 al 17 de la Convención de Viena regulan en detalle estas formas de manifestar el consentimiento.¹⁴⁴ De acuerdo con los artículos citados, las formas de manifestar el consentimiento en obligarse por un tratado, son:

1. La firma, cuyos efectos ya analizamos.

¹⁴⁴ *“Artículo 11. Formas de manifestación del consentimiento en obligarse por un tratado. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado podrá manifestarse mediante la firma, el canje de instrumentos que constituyan un tratado, la ratificación, la aceptación, la aprobación o la adhesión, o en cualquier otra forma que se hubiere convenido.*

Artículo 12. Consentimiento en obligarse por un tratado manifestado mediante la firma. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la firma de su representante: a) cuando el tratado disponga que la firma tendrá ese efecto; b) cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que la firma tenga ese efecto; o c) cuando la intención del Estado de dar ese efecto a la firma se desprenda de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación. 2. Para los efectos del párrafo 1: a) la rúbrica de un texto equivaldrá a la firma del tratado cuando conste que los Estados negociadores así lo han convenido; b) la firma "ad referendum" de un tratado por un representante equivaldrá a la firma definitiva del tratado si su Estado la confirma.

Artículo 13. Consentimiento en obligarse por un tratado manifestado mediante el canje de instrumentos que constituyen un tratado. El consentimiento de los Estados en obligarse por un tratado constituido por instrumentos canjeados entre ellos se manifestará mediante este canje: a) cuando los instrumentos dispongan que su canje tendrá ese efecto; o b) cuando conste de otro modo que esos Estados han convenido que el canje de los instrumentos tenga ese efecto.

Artículo 14. Consentimiento en obligarse por un tratado manifestado mediante la ratificación, la aceptación o la aprobación. 1. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la ratificación: a) cuando el tratado disponga que tal consentimiento debe manifestarse mediante la ratificación; b) cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que se exija la ratificación; c) cuando el representante del Estado haya firmado el tratado a reserva de ratificación; o d) cuando la intención del Estado de firmar el tratado a reserva de ratificación se desprenda de los plenos poderes de su representante o se haya manifestado durante la negociación. 2. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la aceptación o la aprobación en condiciones semejantes a las que rigen para la ratificación.

Artículo 15. Consentimiento en obligarse por un tratado manifestado mediante la adhesión. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado se manifestará mediante la adhesión: a) cuando el tratado disponga que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión; b) cuando conste de otro modo que los Estados negociadores han convenido que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión; o c) cuando todas las partes hayan consentido ulteriormente que ese Estado puede manifestar tal consentimiento mediante la adhesión.

Artículo 16. Canje o depósito de los instrumentos de ratificación aceptación aprobación o adhesión. Salvo que el tratado disponga otra cosa los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión harán constar el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado al efectuarse: a) su canje entre los Estados contratantes; b) su depósito en poder del depositario; o c) su notificación a los Estados contratantes o al depositario si así se ha convenido.

Artículo 17. Consentimiento en obligarse respecto de parte de un tratado y opción entre disposiciones diferentes. 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 19 a 23, el consentimiento de un Estado en obligarse respecto de parte de un tratado solo surtirá efecto si el tratado lo permite o los demás Estados contratantes convienen en ello 2. El consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado que permita una opción entre disposiciones diferentes solo surtirá efecto si se indica claramente a que disposiciones se refiere el consentimiento.”

2. El canje de instrumentos que constituyan un tratado, que consiste en la entrega del instrumento de ratificación emanado de una parte, a la otra.
3. La ratificación, que también revisamos.
4. La aceptación y la aprobación, que rigen de igual forma que la ratificación.
5. La adhesión, que es el acto mediante el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado que no ha firmado.
6. Cualquier otra forma que se hubiere convenido.

Cualquiera de estas modalidades tendrá igual valor y, una vez manifestado el consentimiento en obligarse por las disposiciones del tratado, éste será válido para todos los efectos contemplados en el derecho internacional. De estos efectos, el principal está contenido en un principio fundamental que subyace a toda su regulación, consistente en que todo tratado vigente obliga a las partes contratantes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. Este principio se expresa en el adagio *pacta sunt servanda* (lo pactado obliga, como ya mencionamos en §3.2) y es la norma más importante del derecho internacional. A partir de él, un Estado debe adecuar su legislación interna en concordancia con las disposiciones del tratado y no podrá invocar el orden jurídico interno como un obstáculo para su cumplimiento.

En Chile, la Constitución Política de la República de 1980, que entró en vigencia el 11 de marzo de 1981, regula de manera específica la ratificación de un tratado.¹⁴⁵

¹⁴⁵ Veamos qué particularidades presenta esta normativa, para así comprender la forma en que se celebran los tratados en nuestro país. El artículo 32 N° 15 le otorga al Presidente de la República las siguientes atribuciones:

“Artículo 32. Son atribuciones especiales del Presidente de la República: 15°.- Conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 54 N° 1°. Las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretos si el Presidente de la República así lo exigiere;”

Corresponde al Presidente de la República firmar y ratificar los tratados, que deberán ser aprobados por el Congreso Nacional. Para ello, se les somete a la tramitación de una ley, conforme lo dispone el artículo 54 de la Constitución:

“Artículo 54. Son atribuciones del Congreso: 1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley.

El Presidente de la República informará al Congreso sobre el contenido y el alcance del tratado, así como de las reservas que pretenda confirmar o formularle.

El Congreso podrá sugerir la formulación de reservas y declaraciones interpretativas a un tratado internacional, en el curso del trámite de su aprobación, siempre que ellas procedan de conformidad a lo previsto en el propio tratado o en las normas generales de derecho internacional.

Las medidas que el Presidente de la República adopte o los acuerdos que celebre para el cumplimiento de un tratado en vigor no requerirán de nueva aprobación del Congreso, a menos que se trate de materias propias de ley. No requerirán de aprobación del Congreso los tratados celebrados por el Presidente de la República en el ejercicio de su potestad reglamentaria.

Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional.

Corresponde al Presidente de la República la facultad exclusiva para denunciar un tratado o retirarse de él, para lo cual pedirá la opinión de ambas Cámaras del Congreso, en el caso de tratados que hayan sido aprobados por éste. Una vez que la denuncia o el

Debido a la extensión de esta norma, debemos sintetizar su contenido, para poder detallar el proceso de celebración de un tratado de acuerdo con la legislación chilena. A continuación destacamos los aspectos de este proceso que nos parecen más relevantes:

1. El Congreso aprobará los tratados, previo a su ratificación y a partir del informe del Presidente de la República sobre su contenido y alcance. Para ello se requiere de la mayoría de los miembros presentes en la sala, tal y como lo establece el artículo 66 inciso 4° de la Constitución.
2. La derogación de un tratado sólo podrá realizarse de acuerdo con las disposiciones del mismo, o con las normas del derecho internacional que corresponda aplicar.
3. Corresponde al Presidente de la República, en los tratados que haya aprobado, la facultad exclusiva de denunciarlos, para lo cual puede pedir al Congreso su opinión.
4. La entrada en vigor de un tratado debe ser publicada, como asimismo todo acto de importancia que tenga relación con sus disposiciones.

El decreto del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 1173 de 8 de noviembre de 1990, dispone que la autoridad competente para representar al Estado en los actos relativos a la negociación, conclusión y firma de los tratados, es el Ministro de Relaciones Exteriores. Según este decreto, dicha autoridad está facultada para otorgar plenos poderes a otros funcionarios del Estado para los efectos arriba mencionados.

Ahora que ya conocemos la tramitación a que es sometido un TBI para tener vigencia dentro del territorio chileno, presentamos a continuación un ejemplo de la forma en que se ha establecido la ratificación en los TBIs suscritos por Chile:

-Tratado entre la República de Chile y la República Federal de Alemania sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones, de fecha de publicación 18 de Junio de 1999:

“Artículo 12. (1) El presente Tratado será ratificado; los instrumentos de ratificación serán canjeados lo antes posible en Bonn. (2) El presente Tratado entrará en vigor un mes después de la fecha en que se haya efectuado el canje de los instrumentos de ratificación. Su vigencia será de diez años y se prolongará después por tiempo

retiro produzca sus efectos en conformidad a lo establecido en el tratado internacional, éste dejará de tener efecto en el orden jurídico chileno.

En el caso de la denuncia o el retiro de un tratado que fue aprobado por el Congreso, el Presidente de la República deberá informar de ello a éste dentro de los quince días de efectuada la denuncia o el retiro.

El retiro de una reserva que haya formulado el Presidente de la República y que tuvo en consideración el Congreso Nacional al momento de aprobar un tratado, requerirá previo acuerdo de éste, de conformidad a lo establecido en la ley orgánica constitucional respectiva. El Congreso Nacional deberá pronunciarse dentro del plazo de treinta días contados desde la recepción del oficio en que se solicita el acuerdo pertinente. Si no se pronunciare dentro de este término, se tendrá por aprobado el retiro de la reserva.

De conformidad a lo establecido en la ley, deberá darse debida publicidad a hechos que digan relación con el tratado internacional, tales como su entrada en vigor, la formulación y retiro de reservas, las declaraciones interpretativas, las objeciones a una reserva y su retiro, la denuncia del tratado, el retiro, la suspensión, la terminación y la nulidad del mismo.

En el mismo acuerdo aprobatorio de un tratado podrá el Congreso autorizar al Presidente de la República a fin de que, durante la vigencia de aquél, dicte las disposiciones con fuerza de ley que estime necesarias para su cabal cumplimiento, siendo en tal caso aplicable lo dispuesto en los incisos segundo y siguientes del artículo 64 / .../”

indefinido, a menos que fuera denunciado por escrito por una de las Partes Contratantes doce meses antes de su expiración. Transcurrido diez años, el Tratado podrá denunciarse en cualquier momento con un preaviso de doce meses. /.../ Hecho en Santiago, a los veintiún días del mes de octubre de 1991, en dos ejemplares, en alemán y español cada uno, siendo ambos textos igualmente auténticos.”

Podemos constatar que, de acuerdo a lo visto, la celebración del TBI es un proceso que se desarrolla acorde con la normativa de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y cuya entrada en vigencia, en nuestro país, depende del cumplimiento de las exigencias constitucionales a tal efecto.

c) Cláusulas más Comunes de los TBIs.

Corresponde ahora examinar las principales estipulaciones que contienen los TBIs, a partir de la estructura que más comúnmente presentan estos instrumentos. Para este efecto, utilizaremos a modo ejemplar las cláusulas de los TBIs celebrados por Chile, como una muestra representativa de los avances que han experimentado y de la tendencia hacia la estandarización de sus cláusulas. Los objetivos de este apartado son: 1. Demostrar, a partir de la experiencia chilena, cómo estos acuerdos presentan cláusulas tipo con contenidos idénticos. 2. Explicar cuál es el fin y la utilidad que presta cada una de las disposiciones que componen estos tratados. 3. Por otro lado, nos parece relevante exponer una visión más global de las negociaciones que nuestro país ha llevado a cabo en materia de protección de la inversión extranjera. Veamos primero una tabla comparativa, de nuestra autoría, donde figuran todos los TBIs suscritos por Chile, para luego hacer un análisis de las cláusulas en él enunciadas y de su importancia. En esta tabla se tendrá en cuenta una cláusula cuando se haga una mención expresa del contenido tipo que éstas presentan –a través de una estructura que se repite en forma de modelo–. Por ello, el que se afirme que una cláusula no se encuentra señalada en uno de los TBIs analizados, admite, no obstante, la posibilidad que en determinados casos excepcionales se haya introducido dicha cláusula a través de una fórmula tácita, incompleta o sui generis, diversa de aquella estándar utilizada en la mayoría de estos instrumentos.¹⁴⁶ Lo que buscamos comprender y analizar es hasta qué punto se ha producido una estandarización de las cláusulas más comunes utilizadas en los TBIs.

TABLA 8: Cláusulas contempladas en los Tratados Bilaterales de Inversión Suscritos por Chile.

¹⁴⁶ A modo de ejemplo podemos señalar la cláusula de plena protección y seguridad. En el cuadro sólo reconoceremos que ha sido introducida si se utiliza la expresión completa “*las inversiones gozarán de plena protección y seguridad*” u otra análoga que incluya los tres términos. Sin embargo, en nuestro estudio constatamos que en la práctica muchos TBIs señalan simplemente que “*cada parte contratante protegerá las inversiones*”, situación que no implica la inclusión expresa de la cláusula, aun cuando podría llegar a entenderse a través de la interpretación extensiva que sí ha sido incluida.

Cláusula TBI Chile con / año:	Admisión de Inversiones	Trato Justo y Equitativo	Obligación de Plena Protección y Seguridad	No Discriminación	Trato Nacional	Cláusula de la Nación Más Favorecida	Cláusula de Preservación de Derechos	Umbrella Clause	Compensación por Pérdidas	Transferencias	Expropiación	Arreglo de Controversias	Subrogación
Alemania 1997	Art. 2 (1).	Art. 2 (3).	Art. 4 (1).	Art. 2 (3).	Art. 3 y Art. 4 (3).	Art. 4 (3) y (4).	Art. 7 (1).	Sí, Art. 7 (2).	Art. 4 (3).	Art. 5.	Art. 4 (2).	Artículos 9 y 10.	Art. 6.
Argentina 1991	Art. 2 n° 1.	Art. 2 n° 1.	Art. 2 n° 2 y Art. 4 n° 1.	Art. 2 n° 3.	Art. 3 y Art. 4 (3).	Art. 3 y Art. 4 (3).	Art. 7 n° 1.	Art. 7 n° 2.	Art. 4 n° 3.	Art. 5.	Art. 4.	Artículos 9 y 10.	Art. 6.
Australia 1996	Art. 3 inc. 1.	Art. 4 inc. 1.	No.	Art. 3 inc. 2.	Restringido a compensación por pérdidas en el Art. 7.	Art. 3 inc. 4; Art 4 inc. 2 y Art. 7.	Art. 4 inc. 2.	No.	Art. 7.	Art. 5.	Art. 6.	Artículos 10 y 11.	Art. 8.
Austria 1997	Art. 2 n° 1.	Art. 3 n° 1.	No.	Art. 2 n° 2.	Art. 3 n°s 2 y 3; y Art. 6 n° 1.	Art. 3 n°s 2 y 3; y Art. 6 n° 1.	Art. 8.	Art. 2 n° 4.	Art. 6.	Art. 4.	Art. 5.	Artículos 9 y 10.	Art. 7.
Bélgica 1992	Art. 2 n° 1.	Art. 3 n° 1.	Art. 3 n° 2.	Art. 3 n° 2.	Art. 3 n° 3 y Art. 4 n° 4.	Art. 3 n° 3; Art 4 n°s 4 y 5; y Art. 5 n° 5.	Art. 7 n° 1.	Art. 7 n°s 2 y 3.	Art. 4 n° 4.	Art. 5.	Art. 4.	Artículos 8 y 9.	Art. 6.
Bolivia 1994	Art. 3 n° 1.	Art. 4 n° 1.	No.	Art. 3 n° 2.	Art. 4 n° 2 y Art. 6 n° 4.	Art. 4 n° 2 y Art. 6 n° 4.	No.	No.	Art. 6 n° 4.	Art. 5.	Art. 6.	Artículos 9 y 10.	Art. 7.
China 1994	Art. 2 n° 1.	Art. 3 n° 1.	No.	No.	No.	Art. 3 n° 2 y Art. 5.	Art. 10**	No.	Art. 5.	Art. 6.	Art. 4.	Artículos 8 y 9.	Art. 7.
Corea 1996	Art. 3 n° 1.	Art. 3 n° 2 y Art. 4 n° 1 y 3.	Art. 3 n° 2.	Art. 3 n° 2.	Art. 4 n° 2 y 3; y Art. 5 n° 5.	Art. 4 n° 2 y 3; y Art. 5 n° 5.	Art. 11.	No.	Art. 5 n° 5.	Art. 6.	Art. 5.	Artículos 8 y 10.	Art. 7.
Costa Rica 1996	Art. 3 n° 1.	Art. 4 n° 1.	No.	Art. 3 n° 2.	Art. 4 n° 2 y art. 7.	Art. 4 n° 3 y Art. 7.	No.	No.	Art. 7.	Art. 5.	Art. 6.	Artículos 9 y 10.	Art. 8.
Croacia 1994	Art. 3 n° 1.	Art. 4 n° 1.	No.	Art. 3 n° 3.	Art. 4 n° 2 y Art. 6 n° 4.	Art. 4 n° 2 y Art. 6 n° 4.	No.	No.	Art. 6 n° 4.	Art. 5.	Art. 6.	Artículos 8 y 9.	Art. 7.
Cuba 1996	Art. 3 n° 1.	Art. 4 n° 1.	No.	Art. 3 n° 2.	Art. 4 n° 2 y Art. 6 n° 4.	Art. 4 n° 2 y Art. 6 n° 4.	No.	No.	Art. 6 n° 4.	Art. 5.	Art. 6.	Art. 8 y 9*	Art. 7.
Dinamarca 1993	Art. 2.	Art. 3 n° 2.	Art. 3 n° 1.	Art. 3 n° 1	Art. 3 n° 2 y Art. 6.	Art. 3 n° 2*** y Art. 6.	No.	Art. 3 n° 1.	Art. 6.	Art. 7.	Art. 5.	Artículos 9 y 10.	No.
Ecuador 1994	Art. 3.	Art. 4 n° 1.	Art. 4 n° 2.	Art. 4 n° 1.	Art. 4 n° 2 y Art. 5 n° 2.	Art. 4 n° 2 y Art. 5 n° 2.	Art. 8.	No.	Art. 5 n° 2.	Art. 6.	Art. 5 n° 1.	Artículos 9 y 10.	Art. 7.
El Salvador 1996	Art. 3 n° 1.	Art. 4 n° 1.	Art. 3 n° 2.	No.	Art. 4 n° 2 y Art. 6 n° 4.	Art. 4 n° 2 y Art. 6 n° 4.	No.	No.	Art. 6 n° 4.	Art. 5.	Art. 6.	Artículos 8 y 9.	Art. 7.

Cláusula TBI Chile con / año:	Admisión de Inversiones	Trato Justo y Equitativo	Obligación de Plena Protección y Seguridad	No Discriminación	Trato Nacional	Cláusula de la Nación Más Favorecida	Cláusula de Preservación de Derechos	Umbrella Clause	Compensación por Pérdidas	Transferencias	Expropiación	Arreglo de Controversias	Subrogación
España 1991	Art. 2 n° 1***	Art. 4 n° 1.	No.	Art. 3 n° 1.	Art. 4 n° 1.	Art. 4 n° 2.	Art. 7.	No.	No.	Art. 6.	Art. 5.	Artículos 9 y 10.	Art. 8.
Filipinas 1995	Art. 3 n° 1.	Art. 4 n° 1.	No.	Art. 3 n° 2.	Art. 4 n° 2 y Art. 6 n° 4.	Art. 4 n° 2 y Art. 6 n° 4.	No.	No.	Art. 6 n° 4.	Art. 5.	Art. 6.	Artículos 8 y 9.	Art. 7.
Finlandia 1993	Art. 2 n° 1.	Art. 3 n° 1.	No.	Art. 2 n° 2***	Art. 3 n° 1.	Art. 3 n° 1 y Art. 6 n° 1.	Art. 10 n° 1.	No.	Art. 6 n° 1.	Art. 4.	Art. 5.	Artículos 8 y 9.	Art. 7.
Francia 1992	Art. 2.	Art. 3.	Art. 5 n° 1.	Art. 5 n° 2, restringido a expropiación.	Art. 4.	Art. 4.	Art. 10.	No.	Art. 5 n° 3.	Art. 6.	Art. 5 n° 2.	Artículos 8 y 11.	Artículos 7 y 9.
Grecia 1996	Art. 3 n° 1.	Art. 4 n° 1.	Art. 3 n° 2.	Art. 3 n° 2.	Art. 4 n° 3.	Art. 4 n° 2 y 3; y Art. 7 n° 1.	Art. 11.	Art. 3 n° 3.	Art. 7.	Art. 5.	Art. 6.	Artículos 9 y 10.	Art. 8.
Guatemala 1996	Art. 3 n° 1.	Art. 4 n° 1.	No.	Art. 3 n° 2.	Art. 4 n° 2 y Art. 6 n° 4.	Art. 4 n° 2 y Art. 6 n° 4.	No.	No.	Art. 6 n° 4.	Art. 5.	Art. 6.	Art. 8 y 9.	Art. 7.
Honduras 1996	Art. 3 n° 1.	Art. 4 n° 1.	No.	Art. 3 n° 2.	Art. 4 n° 2 y Art. 6 n° 4.	Art. 4 n° 2 y Art. 6 n° 4.	No.	No.	Art. 6 n° 4.	Art. 5.	Art. 6.	Artículos 8 y 9.	Art. 7.
Islandia 2003	Art. 3 n° 1.	Art. 4 n° 1.	No.	Art. 3 n° 2.	Art. 4 n° 1 y Art. 5 n° 3.	Art. 4 n° 1 y Art. 5 n° 3.	No.	No.	Art. 5 n° 3.	Art. 6.	Art. 5.	Artículos 8 y 9.	Art. 7.
Italia 1993	Art 2 n° 1.	Art. 2 n° 2.	No.	Art. 2 n° 2; Art. 3 n° 2 y Art. 6 n° 2.	Art. 3 n° 1 y Art. 4 n° 2.	Art. 3 n° 1; Art. 4 n° 2 y Art. 6 n° 2.	Art. 12.	No.	Art. 4.	Art. 6 y Art. 8	Art. 5.	Art. 9 y 10.	Art. 7.
Malasia 1992	Art. 2 n° 1.	Art. 2 n° 2 y Art. 3 n° 1.	Art. 2 n° 2.	No.	No.	Art. 3 n° 1 y Art. 3 n° 2.	No.	No.	Art. 3 n° 2.	Art. 5.	Art. 4.	Artículos 6 y 7.	Art. 8.
Nicaragua 1996	Art. 3 n° 1.	Art. 4 n° 1.	No.	Art. 3 n° 2.	Art. 4 n° 2 y Art. 6 n° 4.	Art. 4 n° 2 y Art. 6 n° 4.	No.	No.	Art. 6 n° 4.	Art. 5.	Art. 6.	Artículos 8 y 9.	Art. 7.
Noruega 1993	Art. 3 n° 1.	Art. 4 n° 1.	No.	Art. 3 n° 2***	No.	Art. 4 n° 1 y Art. 6 n° 2.	No.	No.	Art. 6 n° 2.	Art. 5.	Art. 6.	Artículos 8 y 9.	Art. 7.
Panamá 1996+	Art. 3 n° 1.	Art. 4 n° 1.	No.	Art. 3 n° 2.	Art. 4 n° 2 y Art. 6 n° 4.	Art. 4 n° 2 y Art. 6 n° 4.	No.	No.	Art. 6 n° 4.	Art. 5.	Art. 6.	Artículos 8 y 9.	Art. 7.
Paraguay 1995	Art. 3 n° 1.	Art. 4 n° 1.	No.	Art. 3 n° 2.	Art. 4 n° 2 y Art. 6 n° 4.	Art. 4 n° 2 y Art. 6 n° 4.	No.	No.	Art. 6 n° 4.	Art. 5.	Art. 6.	Artículos 8 y 9.	Art. 7.

Cláusula TBI Chile con / año:	Admisión de Inversiones	Trato Justo y Equitativo	Obligación de Plena Protección y Seguridad	No Discriminación	Trato Nacional	Cláusula de la Nación Más Favorecida	Cláusula de Preservación de Derechos	Umbrella Clause	Compensación por Pérdidas	Transferencias	Expropiación	Arreglo de Controversias	Subrogación
Perú 2000	Art. 3 n° 1.	Art. 4 n° 1.	No.	Art. 3 n° 2.	Art. 4 n° 1 y Art. 6 n° 2.	Art. 4 n° 1 y Art. 6 n° 2.	No.	No.	Art. 6 n° 2.	Art. 5.	Art. 6.	Artículos 8 y 9.	Art. 7.
Polonia 1995	Art. 3 n° 1.	Art. 4 n° 1.	No.	Art. 3 n° 2.	Art. 4 n° 2 y Art. 6 n° 4.	Art. 4 n° 2 y Art. 6 n° 4.	No.	No.	Art. 6 n° 4.	Art. 5.	Art. 6.	Artículos 8 y 9.	Art. 7.
Portugal 1995	Art. 2 n° 1.	Art. 3 n° 1.	No.	Art. 2 n° 2 y Art. 3 n° 1.	Art. 3 n° 2 y Art. 5 n° 2.	Art. 3 n° 2 y Art. 5 n° 2.	Art. 10.	No.	Art. 5 n° 2.	Art. 4.	Art. 5.	Artículos 7 y 8.	Art. 6.
Reino Unido 1996	Art. 2 n° 1.	Art. 2 n° 2.	Art. 2 n° 2.	Art. 2 n° 2 inciso 2.	Art. 3- y Art. 5 n° 1.	Art. 3- y Art. 5 n° 1.	Art. 10.	Art. 2 n° 2 inciso 2.	Art. 5.	Art. 6.	Art. 4.	Artículos 7 y 8.	Art. 9.
República Checa 1995	Art. 3 n° 1.	Art. 3 n° 3.	No.	No.	Art. 3 números 2 y 3- Art. 6 n° 4.	Art. 3 números 2 y 3- Art. 6 n° 4.	Art. 11.	No.	Art. 6 números 4 y 5	Art. 5.	Art. 6.	Artículos 8 y 10.	Art. 7.
Rumania 1995	Art. 3 n° 1.	Art. 4 n° 1.	No.	Art. 3 n° 2.	Restringido a compensación por pérdidas en el Art. 6 n° 4.	Art. 4 n° 2 y Art. 6 n° 4.	No.	No.	Art. 6 n° 4.	Art. 5.	Art. 6.	Artículos 8 y 9.	Art. 7.
Suecia 1993	Art. 2 n° 1.	Art. 2 n° 2. ***	Art. 2 n° 5.	Art. 2 n° 2.	Art. 3 n° 1 y Art. 4 n° 4.	Art. 3 n° 1 y Art. 4 n° 4.	Art. 9 n° 2.	No.	Art. 4 n° 4.	Art. 5.	Art. 4.	Artículos 7 y 8.	Art. 6.
Suiza 1999	Art. 3 n° 1.	Art. 4 n° 2.	No.	Art. 4 n° 1.	Art. 4 n° 2.	Art. 4 n° 2.	Art. 7.	Art. 11.	Art. 6 n° 2.	Art. 5.	Art. 6 n° 1.	Artículos 9 y 10.	Art. 8.
Ucrania 1995	Art. 3 n° 1.	Art. 4 n° 1.	No.	Art. 3 n° 2.	Art. 4 n° 2 y Art. 6 n° 4.	Art. 4 n° 2 y Art. 6 n° 4.	No.	No.	Art. 6 n° 4.	Art. 5.	Art. 6.	Artículos 8 y 9.	Art. 7.
Uruguay 1995	Art. 3 n° 1.	Art. 4 n° 1.	No.	Art. 3 n° 2.	Art. 4 n° 2 y Art. 6 n° 4.	Art. 4 n° 2 y Art. 6 n° 4.	No.	No.	Art. 6 n° 4.	Art. 5.	Art. 6.	Artículos 8 y 9.	Art. 7.
Venezuela 1993	Art. 3 n° 1.	Art. 4 n° 2.	No.	Art. 4 n° 1.	Art. 4 n° 2 y Art. 6 n° 2.	Art. 4 n° 2 y Art. 6 n° 2.	No.	No.	Art. 6 n° 2.	Art. 5.	Art. 6 n° 1.	Artículos 8 y 9.	Art. 7.

* No menciona al CIADI.

** El texto se asimila al de la cláusula de la nación más favorecida.

*** Protección especial al leasing para que sea considerado como inversión.

+ Existe además un TLC firmado con Panamá en 2006, que será analizado en la sección correspondiente de este trabajo.

~ Presenta un texto particular en el que desglosa el trato nacional y la CNF en materia de tratamiento, retorno, administración, mantenimiento, uso, usufructo, o enajenación de sus inversiones.

Además, en el TBI Chile - Reino Unido el número 4 del artículo 3 extiende expresamente el trato nacional y la CNF a los artículos 1 al 10.

- **Análisis de la Tabla N° 8.**

En esta sección veremos en qué consisten cada una de las cláusulas enunciadas en la Tabla N° 8. De la misma manera, y a partir de los datos contenidos arriba en el cuadro comparativo, analizaremos la importancia de su inclusión o ausencia en un TBI y la tendencia que ha seguido Chile en sus negociaciones bilaterales:

- **Admisión de Inversiones:** en esta cláusula los Estados se comprometen a crear condiciones favorables para que los inversionistas de la contraparte desarrollen sus inversiones, comprometiéndose a admitirlas en su territorio, en tanto cumplan con la legislación local vigente. La obligación real que emana de esta disposición no es muy clara, puesto que el único deber que surge de ella es el de “promover” las inversiones. Por ello, se trataría más de una declaración de principios, ya que es difícil que el inversor se valga de esta cláusula para demandar el incumplimiento del TBI. Su inclusión es generalizada, pues no genera mayores controversias entre las partes contratantes. Así se refleja en el hecho que todos los TBIs suscritos por Chile la incluyen en su texto.

- **Normas de Trato:** el grupo de estipulaciones que siguen a continuación conforman lo que la doctrina ha llamado normas de trato o cláusulas de tratamiento. Como regla general, corresponden al régimen jurídico que se aplica a las inversiones por parte del Estado receptor. Se refieren, entonces, a las garantías básicas que persigue todo inversionista, y que en la mayoría de los APPIs comprenden los siguientes principios: tratamiento justo y equitativo, no discriminación, trato nacional y cláusula de la nación más favorecida.¹⁴⁷ A los principios mencionados por los autores, debemos agregar a este grupo la obligación de plena protección y seguridad.

Este conjunto de cláusulas es generalmente clasificado en dos grupos, el primero está conformado por las reglas de trato absolutas, es decir, aquellas que imponen un deber sin consideración a un ordenamiento jurídico que establezca su contenido. A este grupo pertenecen el trato justo y equitativo, la obligación de plena protección y seguridad y la no discriminación. El segundo grupo está compuesto por las reglas de trato relativas, es decir, aquellas cláusulas que establecen una obligación atendiendo a un ordenamiento específico para fijar su contenido. Dentro de él se encuentran los principios del trato nacional y de la nación más favorecida.

- **Trato Justo y Equitativo:** se trata de un principio de hermenéutica que debe ser considerado en el análisis de las disposiciones del TBI, como también en su ejecución. Se discute si se trata de la enunciación de una norma de Derecho Internacional Consuetudinario o si su fuente es el propio acuerdo en el cual consta. No obstante ello, su importancia práctica es exigua, asimilándose por regla general a la buena fe en materia de tratados. Debemos entender

¹⁴⁷ MAYORGA, Roberto, MORALES, Joaquín, POLANCO, Rodrigo, cit. (n. 38), p. 120.

entonces que es una aplicación del Art. 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que señala: “*Artículo 26. Pacta sunt servanda. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.*” En los hechos, no obstante su valor práctico es incierto, pues se trata de un principio ya recogido por la Convención de Viena, esta cláusula se encuentra presente en todos los TBIs suscritos por Chile.

- **Obligación de Plena Protección y Seguridad:** consiste en la adopción de medidas razonables tendientes a otorgar seguridad a las inversiones e inversionistas extranjeros. Configura un estándar básico que, más que estar orientado a los contratantes, es un parámetro que las partes deben respetar, pero por cuyo cumplimiento deben velar los jueces en último término. Su alcance no es el de impedir las limitaciones al derecho de propiedad, o las expropiaciones, sino que obliga a que la propiedad de los extranjeros sea protegida con la debida diligencia. Llama la atención el hecho que, no obstante se trata de una cláusula que no debiese generar mayor debate, en sólo 12 de los TBIs suscritos por Chile se encuentra presente. Un motivo que se puede enunciar para explicar esta situación es la reticencia de los países a que se entablen demandas por incumplimiento del tratado, basándose en la extensión que puede hacerse de la interpretación del término “plena” protección y seguridad, no quedando claro si ello debe ser determinado según el criterio del Estado o del inversionista.

- **No Discriminación:** discriminar implica dar a personas o situaciones iguales un trato distinto, o a personas o situaciones distintas un trato igual. En el caso de los TBIs, se establece que no puede haber un trato discriminatorio en razón de la nacionalidad del inversionista. Las partes se obligan a no aplicar medidas injustificadas o discriminatorias que perjudiquen en modo alguno la administración, mantenimiento, uso, usufructo o enajenación, de las inversiones efectuadas en su territorio, por inversionistas de la otra parte contratante. Sólo 4 TBIs suscritos por Chile no contemplan esta cláusula, pero su exclusión no tiene gran relevancia práctica, puesto que se trata de un estándar que ya existe en el derecho internacional que, a mayor abundamiento, se encuentra cubierto por otras cláusulas del TBI; como el trato justo y equitativo y la cláusula de la nación más favorecida.

- **Trato Nacional:** involucra una ampliación de las obligaciones recíprocas que las partes han fijado en el tratado, extendiéndolas a otras disposiciones contenidas en el ordenamiento interno, que establezcan derechos más beneficiosos para sus nacionales. Por ejemplo, leyes internas referentes al desarrollo exclusivo de ciertas actividades, a la adquisición de determinados bienes, o también al derecho a participar en materia de contratos de concesión. Busca, además, llenar lagunas que pudiesen existir en las disposiciones del acuerdo, de manera que el inversor extranjero queda en una posición optimizada, que debe ser igual o mejor que la de los nacionales, fijada a través de la expresión “/*.../ ninguna de las Partes Contratantes someterá a los inversionistas de la otra Parte Contratante a un tratamiento menos favorable que aquel que concede a sus propios inversionistas / .../*”.¹⁴⁸ Sólo en los TBIs suscritos por Chile con China, Malasia y Noruega

¹⁴⁸ TBI CHILE – REINO UNIDO, Art. 3 número 2.

no figura esta cláusula. Cabe preguntarse si estos países han establecido en sus TBIs con otros Estados esta obligación, la cual podría hacerse extensiva a Chile en virtud de la cláusula de la nación más favorecida, que en los 3 TBIs mencionados sí está presente.

- Cláusula de la Nación Más Favorecida (CNF): similar a la anterior, en este caso fija como estándar el trato que las partes han acordado para con los nacionales de terceros Estados. El texto más común es el siguiente: *“Ninguna de las Partes Contratantes someterá en su territorio a los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, en cuanto se refiere a sus actividades relacionadas con las inversiones, a un trato menos favorable que /.../ a los nacionales y sociedades de terceros Estados.”*¹⁴⁹ En este caso, la ampliación de las disposiciones del TBI es mayor, ya que hace aplicable toda normativa que conceda un mejor trato, conste ésta en tratados, contratos o leyes internas. Esta cláusula admite varias excepciones, que normalmente son enumeradas expresamente a continuación, estableciéndose que quedan excluidos del trato en cuestión los acuerdos comerciales que creen una zona de libre comercio, unión aduanera o asociación de otra especie; como también los acuerdos celebrados en materias tributarias. Esto quiere decir que el trato más favorable debe necesariamente circunscribirse a la materia del TBI, es decir, las inversiones extranjeras.

- Cláusula de Preservación de Derechos: el texto más común es el siguiente *“Si de las disposiciones legales de una de las Partes Contratantes o de las obligaciones emanadas del derecho internacional no contempladas en el presente Tratado, actuales o futuras, entre las Partes Contratantes, resultare una reglamentación general o especial en virtud de la cual deba concederse a las inversiones de los nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante un trato más favorable que el previsto en el presente Tratado, dicha reglamentación prevalecerá sobre el presente Tratado, en cuanto sea más favorable.”*¹⁵⁰ Esta disposición tiene como objetivo actualizar automáticamente la normativa aplicable a la inversión extranjera, si de ella se sigue un trato más favorable que aquel establecido en el TBI, conste ésta en derecho local, tratados suscritos con terceros Estados u otros instrumentos internacionales (como un acuerdo multilateral, por ejemplo). Con ello, se amplía la protección a las inversiones, pues incorpora toda regulación más beneficiosa que pueda surgir en el futuro. Sólo 18 TBIs suscritos por Chile la contienen, pero en virtud de la CNF se hace extensiva a todos los Estados que han firmado TBIs con nuestro país.

- “Umbrella clause”: es una estipulación que se encuentra en muchos TBIs, que impone un requerimiento a cada Estado Contratante de cumplir todas las obligaciones relativas a inversiones que haya contraído con inversionistas del otro Estado Contratante.¹⁵¹ Se trata de

¹⁴⁹ TBI CHILE – ARGENTINA, Art. 3 número 2.

¹⁵⁰ TBI CHILE – ARGENTINA, Art. 7 número 1.

¹⁵¹ WONG, JARROD, *Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide Between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes (Las Cláusulas Paraguas en los TBIs: sobre el Incumplimiento Contractual, las Violaciones de los Tratados, y la División entre los Países Desarrollados y en Desarrollo en las Diferencias Relativas a Inversiones Extranjeras)*, George Mason Law Review, Volumen 14, Otoño de 2006, Número 1, p. 136. Fuente: http://www.georgemasonlawreview.org/wp-content/uploads/2014/03/14-1_Wong.pdf (Accedido en febrero de 2016). La traducción es nuestra.

una estipulación que recoge cualquier otro acuerdo relativo a inversiones suscrito entre el Estado signatario del TBI y los nacionales de su contraparte, convirtiéndolo en parte del tratado mismo. Su texto más recurrente es el que sigue: “*Cada Parte Contratante cumplirá cualquier obligación que pudiere haber adquirido en relación con las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante.*”¹⁵² Si bien la presencia de esta cláusula importa el mayor nivel de protección que puede entregarse a la IED a través de un TBI, en los TBIs suscritos por Chile su figuración es mínima, constando en sólo 8 de ellos. Sin embargo, para los Estados que han contratado con Chile sí estaría disponible en virtud de la CNF. En cambio, sólo lo estaría para Chile si dichos Estados han pactado la “umbrella clause” con un tercer Estado, haciéndose extensiva por medio de la CNF.

- “Stabilization Clause”: las cláusulas de estabilización apuntan a fijar los términos y condiciones de un proyecto de inversión, contribuyendo de esa manera a manejar el riesgo no comercial (esto es, político o legal). Involucran un compromiso del gobierno anfitrión de no alterar el marco regulatorio que rige al proyecto, sea éste legal o de otra naturaleza, salvo en ciertas circunstancias específicas (por ejemplo si existe el consentimiento de la contraparte, o si se asegura la restauración del equilibrio económico y/o el pago de una compensación).¹⁵³ Su objetivo es congelar las normas aplicables a la inversión extranjera, vigentes al momento de la celebración del contrato o tratado que la ampara. Su fuente es generalmente contractual, pero en virtud de la umbrella clause, las disposiciones contractuales como la “stabilization clause” se vuelven parte del tratado, con lo cual su violación da lugar a responsabilidad internacional. Esta disposición normalmente consta en los contratos sobre inversión extranjera, y en nuestro estudio pudimos constatar que en los TBIs firmados por Chile no se encuentra presente, no obstante, no podemos descartar que sí haya sido pactada en determinados contratos suscritos por el Estado chileno.

- Compensación por Pérdidas: esta disposición fija un estándar de resarcimiento mínimo, establecido a partir de las condiciones vigentes respecto de los propios nacionales o los nacionales de terceros Estados, cualquiera que sea el más favorable. Se trata de una concreción específica, en materia de indemnización, de los principios de la nación más favorecida y trato nacional, como asimismo de la plena protección y seguridad. Las circunstancias que resguarda esta disposición son las pérdidas que los inversionistas extranjeros sufran como consecuencia de una guerra u otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional, rebelión, insurrección o disturbios. Esta cláusula se encuentra presente en todos los TBIs firmados por Chile, y ello se explica por el contexto histórico que llevó al surgimiento de estos instrumentos,

¹⁵² TBI CHILE – REINO UNIDO, Art. 2 número 2.

¹⁵³ COTULA, Lorenzo, *Regulatory Takings, Stabilization Clauses and Sustainable Development (Expropiaciones Regulatorias, Cláusulas de Estabilización y Desarrollo Sustentable)*, VII Global Forum on International Investment (VII Foro Global sobre Inversión Extranjera), Sesión 2.2, OCDE, 2008, p. 5. Fuente: <http://www.oecd.org/investment/globalforum/40311122.pdf> La traducción es nuestra. (Accedido en febrero de 2016).

donde la indefensión ante hechos como los enunciados era uno de los principales fundamentos de la reticencia de los inversores extranjeros a ingresar a economías en desarrollo.

- Transferencias: esta cláusula aborda uno de los temas más relevantes del TBI, se trata de la repatriación de las ganancias obtenidas a partir de la inversión extranjera. El principio que reina en esta materia es el de la libertad de transferencia, en moneda de libre convertibilidad.¹⁵⁴ Se aplica respecto del capital y de las sumas adicionales para el mantenimiento o ampliación de la inversión de capital; de las ganancias o rentas; de la amortización de los préstamos cubiertos por el TBI; del producto de la venta o liquidación total o parcial de la inversión; de las indemnizaciones por expropiación; de los montos obtenidos producto del arreglo de una controversia; y de las compensaciones por guerra o catástrofe. Pero existen limitaciones a esta libertad y en nuestro estudio constatamos que dichas restricciones están presentes en los TBIs suscritos por Chile. Consisten principalmente en someter la transferencia a los procedimientos establecidos en la legislación vigente en el Estado receptor.¹⁵⁵ La cláusula de libre transferencia se encuentra en todos los acuerdos firmados por nuestro país.

- Expropiación: el objetivo de esta estipulación es evitar la ocurrencia de las expropiaciones, excepto en el caso que éstas cumplan con tres criterios o requisitos: primero, que las medidas de expropiación sean adoptadas por causa de utilidad pública o interés nacional¹⁵⁶; o en favor del bien común¹⁵⁷; y en conformidad con la ley. Segundo, que no sean discriminatorias. Tercero, que vayan acompañadas de disposiciones para el pago de una compensación o indemnización, previo a la materialización o publicación de la medida expropiatoria. Las disposiciones contenidas en los TBIs –y también en los instrumentos multilaterales– cubren explícitamente no sólo las expropiaciones propiamente tales, sino también medidas tales como las excesivas o repetitivas regulaciones o impuestos, que tienen un efecto confiscatorio de facto, de manera que combinadas resultan en que el inversor queda privado, en los hechos, de su propiedad, control o beneficios sustanciales sobre su empresa. Esto, incluso cuando cada medida por separado, no tiene este efecto (llamado expropiación progresiva).¹⁵⁸

El punto de desacuerdo significativo sobre las condiciones de una expropiación permitida, se refiere a la medida de compensación de dicha expropiación. La mayoría de los TBIs y muchos autores occidentales han adoptado la bien conocida fórmula que exige una compensación "pronta, adecuada y efectiva". Las leyes nacionales e instrumentos multilaterales,

¹⁵⁴ Las cinco monedas de libre uso reconocidas por el Fondo Monetario Internacional son el dólar estadounidense, el marco alemán, el yen japonés, la libra esterlina y el franco francés.

¹⁵⁵ Esta restricción no está presente en los TBIs suscritos con: Alemania, Dinamarca, Ecuador, Finlandia, Francia, Grecia, Islandia, Italia, Noruega, Perú, Portugal, Reino Unido, República Checa, Suecia, Suiza y Venezuela.

¹⁵⁶ Así lo estipulan los TBIs de Chile con Argentina, Australia, Bélgica, Bolivia, China, Corea, Costa Rica, Croacia, Cuba, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, España, Filipinas, Finlandia, Grecia, Guatemala, Honduras, Islandia, Italia, Nicaragua, Noruega, Panamá, Paraguay, Polonia, Portugal, Rumania, Suecia, Ucrania y Uruguay.

¹⁵⁷ Es el caso de los TBIs entre Chile y: Argentina, Alemania, Australia, Francia, Reino Unido y Suiza.

¹⁵⁸ MARCHAIS, Bertrand, PARRA, Antonio, SHIHATA, Ibrahim, *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment, Volume II: Guidelines (Marco Legal para el Trato de la Inversión Extranjera, Volumen II: Guías)*, The World Bank Group, 1992, p. 24. y 25. Fuente: <http://www.worldbank.org> (Accedido en febrero de 2016). La traducción es nuestra.

por su parte, utilizan términos más genéricos al requerir una compensación "justa" o "adecuada". Pero ambas terminologías no son excluyentes una de la otra. Como lo indican los laudos arbitrales, deben tenerse en cuenta las circunstancias del caso.¹⁵⁹

Los términos en que debe ser cumplido el pago de la indemnización difieren dependiendo del TBI, y podemos encontrarlos principalmente con dos tipos:

i. Pronta (oportuna o inmediata), adecuada y efectiva.¹⁶⁰ Este criterio fue formulado por el Secretario de Estado de E.E.U.U. Cordell Hull, quien señaló el 21 de julio de 1938, en correspondencia dirigida al Gobierno de México, que *"de acuerdo a todas las normas legales y de equidad, ningún gobierno tiene derecho a expropiar bienes privados, sea cual fuere la finalidad, sin que se disponga un pago pronto, adecuado y efectivo por ese concepto."*¹⁶¹

ii. Sin demora, efectivamente realizable y libremente transferible. Si bien los TBIs que adoptan la fórmula Hull incorporan además esta frase, los TBIs de Chile con Alemania (Art. 4); Argentina, (Art. 4); China (Art. 4); España (Art. 5); y Venezuela (Art. 6), sólo contemplan este enunciado.

¿Qué diferencia hay entre estos dos estándares? En el "Marco Legal para el Tratamiento de la Inversión Extranjera", elaborado por el Banco Mundial en 1992, se hace un análisis profundo de este y otros temas relacionados con la IED y se determina en qué consisten estos criterios que hemos enunciado arriba. El Marco tiene como objetivo sintetizar de manera clara y simple la regulación de la IED, para con ello contribuir a la unificación de la normativa contenida en los TBIs, Tratados Multilaterales y Códigos Nacionales. Se establece en este texto que, de acuerdo con los instrumentos de derecho internacional, la jurisprudencia y la doctrina, la compensación por la expropiación debe ser apropiada¹⁶², y lo será si es adecuada, efectiva y pronta.¹⁶³

i. La compensación será considerada "adecuada" si está basada en el justo valor de mercado del activo expropiado, si dicho valor es determinado inmediatamente antes de la época en que la expropiación ocurrió o la decisión de expropiar fue hecha pública.¹⁶⁴

¹⁵⁹ *Ibíd.*, p. 25. La traducción es nuestra.

¹⁶⁰ Ésta es la llamada fórmula Hull, que en inglés corresponde a "prompt, adequate and effective", y que encontramos en la gran mayoría de los TBIs suscritos por Chile: con Australia, Art. 6; Austria, Art. 5; Bélgica, Art. 4; Bolivia, Art. 6; Corea, Art. 5; Costa Rica, Art. 6; Croacia, Art. 6; Cuba, Art. 6; Dinamarca, Art. 5; Ecuador, Art. 5; El Salvador, Art. 6; Filipinas, Art. 6; Finlandia, Art. 5; Francia, Art. 5; Grecia, Art. 6; Guatemala, Art. 6; Honduras, Art. 6; Islandia, Art. 6; Italia, Art. 5; Malasia, Art. 4; Nicaragua, Art. 6; Noruega, Art. 6; Panamá, Art. 6; Paraguay, Art. 6; Perú, Art. 6; Polonia, Art. 6; Portugal, Art. 5; Reino Unido, Art. 4; República Checa, Art. 6; Rumania, Art. 6; Suecia, Art. 4; Suiza, Art. 6; Ucrania, Art. 6; Uruguay, Art. 6.

¹⁶¹ ALCA, *Acuerdos sobre Inversión en el Hemisferio Occidental: un Compendio*, Octubre de 1999. Fuente: <http://www.ftaa-alca.org/ngroups/ngin/publications/spanish99/intro99.asp> (Accedido en febrero de 2016).

¹⁶² También se utiliza como sinónimo en otros textos el concepto de indemnización "plena", que tiene el mismo significado que "apropiada", y que es recogido en varios fallos CIADI como AGIP c. Congo, Benvenuti & Bonfant c. Congo, Amco Asia c. Indonesia y LETCO c. Liberia.

¹⁶³ MARCHAIS, Bertrand, PARRA, Antonio, SHIHATA, Ibrahim, cit (n. 158), p. 41. La traducción es nuestra.

¹⁶⁴ *Ibíd.* La traducción es nuestra.

- ii. Será “efectiva”, si es pagada en la divisa en que fue internada por el inversionista, si ésta permanece convertible; o en otra divisa designada como de libre convertibilidad por el FMI, o en otra divisa aceptada por el inversionista.¹⁶⁵
- iii. Por último, será “pronta” si es pagada sin demora indebida.¹⁶⁶

Un tópico que debe ser tratado aparte son los casos de excepción en que se acepta una indemnización parcial. Deben ser claramente distinguidas de las expropiaciones de inversiones específicas, las nacionalizaciones amplias y no discriminatorias, como aquellas que tienen lugar en el contexto de reformas sociales de gran escala, posteriores a circunstancias excepcionales como revoluciones, guerra u otras similares. Numerosos escritores de doctrina de derecho internacional reconocen que en tal contexto les será exigible a los Estados el pago de una compensación parcial solamente. Expropiaciones de este tipo pueden típicamente tener importantes consecuencias en la política doméstica e internacional. En vista de esto, generalmente la negociación de los términos de estas expropiaciones es realizada entre el Estado anfitrión y el Estado del cual es nacional el inversionista, resolviéndose en la práctica por medio de una compensación parcial.¹⁶⁷

En el derecho internacional no existe una sola regla para regular la compensación por expropiación o ruptura del contrato. Sino que deben tenerse en cuenta todas las circunstancias del caso incluyendo las prácticas contables y financieras. En definitiva, como se advierte, tanto en los tratados bilaterales de inversiones como en la jurisprudencia internacional, inclusive del CIADI, se entiende que el ‘standard’ de la compensación por expropiación debe ser ‘prompt, adequate and effective’ o ‘full’, que es lo mismo, y que tienen su fuente en el derecho internacional.¹⁶⁸ Vemos, por lo tanto, que no hay una diferencia sustancial entre los estándares citados más arriba, sino que uno –la fórmula Hull–, representa claramente la posición de los países industrializados, motivo por el cual algunos TBIs contemplan la frase “sin demora, efectivamente realizable y libremente transferible”, que sería una versión morigerada, pero muy similar en cuanto a sus efectos. La práctica chilena a este respecto es mixta, dependiendo claramente de la contraparte con la cual se negoció el tratado, más que de una postura jurídica. Por último, dentro del análisis de la cláusula sobre expropiación, importa resaltar que los TBIs incluyen una mención específica del trato nacional y la CNF en esta materia, con lo cual se evitan posibles discusiones acerca de la aplicabilidad o no de dichas cláusulas.

¹⁶⁵ *Ibíd.*, p. 43. La traducción es nuestra.

¹⁶⁶ *Ibíd.* La traducción es nuestra.

¹⁶⁷ *Ibíd.*, p. 28. La traducción es nuestra.

¹⁶⁸ YMAZ VIDELA, *cit.* (n. 54), p. 46.

- Arreglo de Controversias: los TBIs contemplan mecanismos para la solución de las divergencias que puedan surgir en dos ámbitos distintos:

i. Entre las partes contratantes: las controversias entre los Estados pertenecen a la esfera del Derecho Internacional Público, y versan sobre la aplicación e interpretación del tratado, ya sea debido a lo que una parte estima como un incumplimiento de las disposiciones del TBI, o por diferencias en la interpretación del contenido de las cláusulas del mismo. Lo usual es que se establezcan dos etapas: la primera es de consultas o canales diplomáticos para lograr un arreglo, cuya duración es de 6 o 12 meses.¹⁶⁹ En caso que fracase esta primera etapa, se contempla el recurso al arbitraje ad – hoc, en el cual un panel de tres árbitros adopta una decisión definitiva y obligatoria sobre la materia en disputa. Cada parte designa un árbitro y de común acuerdo éstos nombran a un nacional de un tercer Estado para que sea el presidente del tribunal.¹⁷⁰

ii. Entre un inversionista y una parte contratante: se trata de una diferencia de naturaleza privada (el Estado actúa como contratante desprovisto de su facultad de imperio), que hasta antes del surgimiento de los TBIs no ofrecía alternativa distinta del recurso a los tribunales nacionales del Estado anfitrión. Hoy, en cambio, estos instrumentos ofrecen una elección entre la jurisdicción interna o la de un tribunal arbitral internacional. Contemplan dos etapas: una previa de consultas, cuya duración será de 3, 5 o 6 meses¹⁷¹, con el objetivo de lograr un arreglo amistoso. De fracasar estas negociaciones, se abre la puerta al derecho de opción¹⁷²: podrá someterse la materia, ya sea ante el tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión; o al arbitraje internacional, sea éste CIADI, ad – hoc, o ad – hoc bajo las reglas fijadas por la CNUDMI. 24 de los 39 TBIs suscritos por Chile ofrecen como alternativa de arbitraje únicamente al CIADI. La elección de uno u otro foro es definitiva.

¹⁶⁹ Es de 6 meses en la gran mayoría de los TBIs suscritos por Chile, excepto con Venezuela y Suiza, en que es de 12 meses; y Alemania, Argentina, Bélgica, Malasia y Reino Unido, que no fijan un plazo.

¹⁷⁰ Generalmente se sigue este modelo: *“El Tribunal Arbitral estará compuesto de tres miembros y será constituido de la siguiente manera: dentro del plazo de dos meses contado desde la fecha de notificación por escrito de la solicitud de arbitraje por una Parte Contratante a la otra, cada Parte Contratante designará a un árbitro. Estos dos árbitros, dentro del plazo de treinta días contado desde la designación del último de ellos, elegirán a un tercer miembro que deberá ser un nacional de un tercer país, quien presidirá el Tribunal. Las Partes Contratantes designarán al Presidente dentro de treinta días a contar de la fecha de su nominación.”* Art. 9 n° 3 TBI Chile – Croacia.

¹⁷¹ 3 meses en los TBIs de Chile con Australia, Austria, Corea, Croacia, Cuba, El Salvador, Filipinas, Grecia, Guatemala, Honduras, Malasia, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Polonia, Reino Unido, República Checa, Rumania, Ucrania y Uruguay.

5 meses en el TBI con Costa Rica.

6 meses en los TBIs de Chile con Alemania, Argentina, Bélgica, Bolivia, China, Dinamarca, Ecuador, España, Finlandia, Francia, Islandia, Italia, Noruega, Perú, Portugal, Suecia y Suiza.

En el TBI con Venezuela no se fija plazo para las negociaciones.

¹⁷² ¿De quién es la opción? Sólo en los TBIs de Chile con Alemania y China puede cualquiera de las partes decidir a qué foro somete la controversia. En el resto de los acuerdos esta elección es del inversionista, quien a su discreción puede determinar cuál será el tribunal competente para conocer de sus demandas.

TABLA 9: Alternativas de Arbitraje Internacional en los TBIs suscritos por Chile.

Solamente CIADI	CIADI o Ad – hoc bajo reglas CNUDMI	CIADI, Ad – hoc bajo reglas CNUDMI o Ad – hoc	Ad – hoc bajo reglas CNUDMI o Ad – hoc
Bélgica, Bolivia#, Corea, Costa Rica, Croacia, Dinamarca, Ecuador#, El Salvador, Filipinas, Finlandia, Francia, Guatemala, Honduras, Malasia, Nicaragua, Noruega, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, Reino Unido, Rumania, Suecia, Ucrania, Venezuela#.	Islandia, Polonia, República Checa, Suiza, Uruguay	Argentina, Australia, Austria, España, Grecia, Italia	Cuba

CIADI recibió una notificación por escrito de la denuncia de la Convención por parte de estos tres Estados Sudamericanos. Veremos este tema en detalle en §9.2.

Existen dos casos particulares, no incluidos en la Tabla (que es de nuestra autoría), que quisimos mencionar por separado:

El primero es el TBI Chile – Alemania, en el cual se exige el agotamiento previo de los medios locales. En el artículo 10 N° 1, 2 y 3 señala:

“Artículo 10 (1) Las divergencias que surgieren entre una de las Partes Contratantes y un nacional o una sociedad de la otra Parte Contratante en relación con una inversión conforme al presente Tratado deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas por los litigantes.

(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.

(3) A instancia de una de las partes litigantes la divergencia será sometida a un Tribunal arbitral internacional: a) cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso judicial previsto por el párrafo segundo del presente Artículo o b) cuando, existiendo tal decisión, una de las partes litigantes entienda que la misma infringe las disposiciones del presente Tratado; el procedimiento arbitral deberá iniciarse dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación de la resolución por escrito.”

El tribunal arbitral puede o no ser CIADI. Si bien en doctrina esta posibilidad de exigir el agotamiento previo está contemplada, ella no se condice con uno de los objetivos primordiales de los TBIs, que es ofrecer al inversionista una alternativa rápida y despolitizada de solución. En este tratado en particular el plazo mínimo que deberá esperar el inversionista, para poder acceder al Centro, es de 18 meses desde la iniciación del procedimiento ante los tribunales locales.

El segundo caso es el del TBI Chile – China, en el cual la jurisdicción CIADI está limitada. El artículo 9 número 3 señala:

“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), creado por la Convención para el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, abierta para la firma en Washington el 18 de marzo de 1965. 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 [a los tribunales nacionales].”

Se trata del único caso de limitación de la jurisdicción del Centro en los TBIs suscritos por Chile, en que se circunscribe exclusivamente al monto de la indemnización por expropiación. Un acuerdo entre las partes concerniente a la jurisdicción objetiva del Centro puede ser más restringido que lo establecido en el Convenio. Por ejemplo, un tratado puede ofrecer el consentimiento a la jurisdicción sólo para proyectos aprobados. Algunos TBIs disponen el arreglo de diferencias ante CIADI sólo para ciertas categorías de diferencias relativas a inversiones, como cuestiones referentes al monto de las compensaciones en caso de una expropiación.¹⁷³ Esta situación está en plena concordancia con lo que China notificó a CIADI el 7 de enero de 1993: *“De acuerdo con el artículo 25(4) del Convenio, el gobierno chino considerará someter a la jurisdicción de CIADI sólo diferencias sobre las compensaciones resultantes de la expropiación y nacionalización.”*¹⁷⁴ En tanto el TBI Chile – China fue suscrito en 1994, se entiende que la única forma que quedaba de incluir la opción de recurrir al Centro en el texto del tratado, era respetando la limitación impuesta por el gobierno chino.

Otro aspecto importante a resaltar de esta cláusula sobre arreglo de diferencias es que, en 22 TBIs suscritos por Chile, las partes se comprometen a no tratar mediante canales diplomáticos, cualquier materia sometida a arbitraje, hasta que el proceso haya terminado y una Parte Contratante no haya acatado o cumplido el fallo pronunciado por el Tribunal de Arbitraje.¹⁷⁵ Si bien en los restantes 17 TBIs no se señala expresamente, el Convenio lo establece expresamente en su artículo 27:

“(1) Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.

(2) A los efectos de este Artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia.”

¹⁷³ ESCOBAR, Alejandro A., cit (n. 50), módulo 2.5, p. 16. La traducción es nuestra.

¹⁷⁴ CIADI, *Contracting States and Measures Taken by Them for the Purpose of the Convention*, April 2008, (Estados Contratantes y Medidas Tomadas por Ellos para el Propósito del Convenio). ICSID/8 – D, p. 1. Disponible en www.worldbank.org/icsid La traducción es nuestra. (Accedido en febrero de 2016).

¹⁷⁵ Así lo señalan los TBI de Chile con: Argentina Art. 10 n° 6; Austria Art. 9 n° 7; China Art. 9 n° 10; Costa Rica Art. 10 n° 6; Cuba Art. 8 n° 6; El Salvador Art. 8 n° 6; Filipinas Art. 8 n° 6; Grecia Art. 9 n° 7; Guatemala Art. 8 n° 6; Honduras Art. 8 n° 6; Nicaragua Art. 8 n° 6; Panamá Art. 8 n° 5; Paraguay Art. 8 n° 6; Polonia Art. 8 n° 6; Portugal Art. 7 n° 6; Reino Unido Art. 7 n° 6; República Checa Art. 8 n° 6; Rumania Art. 8 n° 6; Suiza Art. 9 n° 6; Ucrania Art. 8 n° 6; Uruguay Art. 8 n° 7; Venezuela Art. 8 n° 6.

Por lo tanto, de todos modos se aplicaría esta prohibición si el tribunal arbitral es el CIADI.

- Subrogación: el fundamento de esta institución es una relación que surge a partir de un contrato de seguro. La cláusula consiste en la manifestación de aceptación de la subrogación en los derechos del asegurado (el inversionista extranjero), por parte del asegurador. Así, el inversionista extranjero ve cubierta su pérdida con mayor rapidez e independiente del resultado que pueda tener el procedimiento arbitral. Se trata de un mecanismo que ofrece mayor seguridad al inversionista frente a los riesgos a que se ve expuesta su aventura de negocios, léase: restricciones a las transferencias de divisas, expropiación, guerra o estados de emergencia, terrorismo o sabotaje, e inclusive el incumplimiento contractual.

Existen varios tipos de actores en materia de aseguradoras de inversiones extranjeras: las agencias privadas, las agencias estatales (sea el propio Estado o un organismo público dependiente de éste); y los sistemas multilaterales, entre los cuales destaca MIGA¹⁷⁶ (Multilateral Investment Guarantee Agency u Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones). Dentro de las primeras se destacan las pertenecientes a Alemania, Japón y Estados Unidos. Por su parte, MIGA, perteneciente al Banco Mundial, es una agencia con soporte institucional que provee 3 servicios clave:¹⁷⁷

- i. seguro contra riesgos políticos para inversionistas extranjeros en países en desarrollo.
- ii. asistencia técnica para mejorar el clima de inversión y promover oportunidades de inversión en países en desarrollo.
- iii. servicios de mediación para remover posibles obstáculos a futuras inversiones.

La característica esencial de MIGA es que como institución asegura sólo inversiones en países miembros¹⁷⁸, por lo tanto, luego de indemnizado el inversionista, el arreglo de la diferencia debe darse entre el organismo y un miembro del mismo, con lo cual las posibilidades de acuerdo son más altas, minimizando los conflictos.

Una vez analizado el Cuadro N° 6 y el contenido de las cláusulas más comunes de los TBIs, resta destacar la importancia de una cláusula en particular: la cláusula de la nación más favorecida, que juega un singular papel respecto de todas las demás disposiciones del TBI. Su presencia asegura que el mejor trato ofrecido a un Estado en un documento bilateral específico, se multilateraliza y hace extensivo a todos los países que han contratado con una de las partes de dicho TBI. Es decir, en el caso chileno, puesto que la CNF está presente en todos los TBIs firmados por el país, la totalidad de los países pueden beneficiarse de las estipulaciones más favorables contenidas en cualquiera de ellos, con lo cual disponen de una “carta o menú” de cláusulas para invocar y exigir su cumplimiento.

¹⁷⁶ Desde su aparición en 1988, MIGA ha emitido garantías por un valor superior a USD\$28 billones en seguros contra riesgo político para proyectos en una amplia variedad de sectores, en todas las regiones del globo. Fuente: <http://www.miga.org> La traducción es nuestra. (Accedido en febrero de 2016).

¹⁷⁷ *Ibíd.*

¹⁷⁸ MIGA tiene 181 países miembros, incluyendo Chile. El listado completo está disponible en su sitio web oficial.

La reciprocidad en esta materia es cuestionable, ya que sólo en la medida que los otros países que han contratado con Chile fijen en sus tratados con otros países condiciones más favorables, podrán invocarse éstas a través de la CNF. De otro modo y si, por ejemplo, un país excluye determinadas cláusulas de sus TBIs como política general; dicha disposición será inasequible para Chile. De ahí que es de suma relevancia conocer el contenido de todos los TBIs que ha firmado un país a la hora de reclamar el incumplimiento de las disposiciones del tratado, jugando la CNF en ello un rol preponderante.

Por otra parte, y para finalizar este punto, podemos mencionar que sólo los TBIs entre Chile y: Alemania, Argentina, Bélgica, Ecuador, Grecia y el Reino Unido; contienen en su texto todas las cláusulas analizadas. Los instrumentos analizados en el Cuadro n° 6 fueron suscritos entre 1991 y 2003.¹⁷⁹

2.1 Ámbito Material, Personal, Territorial y Temporal de Aplicación.

El ámbito del TBI es la delimitación de las situaciones y sujetos que se encuentran comprendidos dentro de su regulación, a los cuales se les aplica lo estipulado por las partes contratantes. Sobre el particular, es necesario distinguir la materia, las personas, el territorio y el espacio de tiempo a los cuales se aplican las disposiciones contenidas en el mismo. De esta manera, se circunscriben los efectos del tratado únicamente a los destinatarios que las partes han tenido en consideración al momento de celebrar el TBI. Para poder determinar el ámbito de aplicación del TBI debe realizarse una labor de interpretación de las disposiciones del mismo, estableciendo con claridad cuáles son los conceptos en él utilizados.

Por ejemplo, el ámbito de aplicación puede ser analizado desde la perspectiva del arreglo de de eventuales diferencias que puedan surgir. Así lo describe Grigera: Las definiciones sustanciales permiten la caracterización de quién puede ser considerado inversor y por consiguiente demandante y quién puede ser considerado Estado anfitrión y por lo tanto potencial demandado para los propósitos procesales, además tiene una obvia influencia en la determinación de la esfera de aplicación de los mecanismos de resolución de diferencias disponibles bajo el tratado relevante como asimismo en el tipo de opción de resolución de diferencias al que se recurriré.¹⁸⁰ Como vemos, el ámbito del TBI define sus efectos respecto de las cuatro áreas básicas que éste regula respecto de la IED: Admisión, Trato, Expropiación o Nacionalización, y Arreglo de Diferencias.

¹⁷⁹ Podemos constatar el influjo que tuvo el “Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment”, publicado en 1992 por el Banco Mundial, en los acuerdos suscritos con posterioridad a su edición. Ello, puesto que gran parte de la regulación de los TBIs recoge las directrices establecidas en dicho documento, que se plasman principalmente en la estructura tipo que comparten. Ahondaremos en esta influencia en §3.7.

¹⁸⁰ GRIGERA NAÓN, Horacio, cit. (n. 134), p. 67. La traducción es nuestra.

a) **Ámbito Material.**

Corresponde a la determinación de la materia a la cual se aplica el tratado que, en el caso de los TBIs, es la inversión que un nacional de un Estado contratante desarrolla en el territorio del otro Estado contratante. Como se busca una aplicación extensiva de la normativa contenida en el tratado, la definición de inversión para los efectos del TBI es amplia. Así lo reconoce Esteban Ymaz: Estos tratados tienen una definición sumamente amplia de inversión, pues la protección está dirigida al inversor, con lo que se busca cubrir todos los activos que forman parte del patrimonio de aquél.¹⁸¹

Para establecer este ámbito de aplicación material, es usual que se utilice una enumeración no taxativa de activos que constituyen inversión. Normalmente, éste –el ámbito de aplicación material– se determina mediante un concepto específico de inversión extranjera, el que de manera general se asocia a la idea de transferencia de capitales o cualquier activo, de un Estado a otro, otorgándosele a su destino u objeto la máxima amplitud que permitan las respectivas legislaciones internas.¹⁸² En §3.1 vimos el concepto de IED y su importancia, destacando en ese momento las razones que motivan la existencia de un concepto amplio. Nos remitimos entonces a lo señalado en dicho acápite, teniendo en consideración que seguidamente profundizaremos en este tema.

b) **Ámbito Personal.**

Por medio de la definición de inversor, se establece quiénes son los beneficiarios de la protección que entrega el tratado, y a contrario sensu, se fijan los límites de exclusión del acuerdo, es decir quiénes quedan fuera de su amparo. El TBI rige respecto de los nacionales de las partes contratantes. Este concepto de “nacional” de un Estado es fundamental para saber con certeza a quién se aplica el Acuerdo. Cada Estado tiene libertad para establecer a través de su derecho público quiénes son sus nacionales, y por lo tanto lo normal en un TBI es que dicha determinación sea entregada a la legislación interna de cada Estado. Dentro del concepto de “nacional”, cabe también diferenciar las personas naturales que son nacionales de una parte contratante, de las sociedades o personas jurídicas que tienen la nacionalidad de una parte contratante. Un ejemplo representativo es el TBI Chile – Guatemala, que dispone:

“Artículo I. Definiciones. Para los efectos del presente Acuerdo: 1. El término "inversionista" designa a los siguientes sujetos que hayan efectuado inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante conforme al presente Acuerdo: a) las personas naturales o individuales que, de acuerdo con la legislación de esa Parte Contratante, son consideradas nacionales de la misma; b) las entidades o personas jurídicas, incluyendo sociedades, corporaciones, asociaciones comerciales o cualesquiera otras, constituidas o debidamente organizadas de otra manera según la legislación de esa Parte Contratante, que tengan su sede, así como sus actividades económicas efectivas, en el territorio de dicha Parte Contratante.”

¹⁸¹ YMAZ VIDELA, cit. (n. 54), p. 18.

¹⁸² MAYORGA, Roberto, MORALES, Joaquín, POLANCO, Rodrigo, cit. (n. 38), p. 118.

Vemos que, como habíamos adelantado, tratándose de personas naturales, se entrega la definición del concepto de nacionalidad a la legislación interna de cada parte contratante. Así lo disponen la totalidad de los TBIs suscritos por Chile.

Ahora, en lo que respecta a las personas jurídicas, es necesario efectuar ciertas precisiones: el texto arriba citado, se repite en 20 de los 39 TBIs suscritos por Chile¹⁸³, en que el criterio determinante de la nacionalidad es compuesto por tres elementos: la persona jurídica debe haber sido constituida, tener su sede y desarrollar sus actividades económicas efectivas o reales en el territorio de una parte contratante para gozar de la nacionalidad de ésta.

Existe un segundo criterio, también compuesto, que requiere que la constitución, domicilio y actividades económicas efectivas o reales se realicen dentro del territorio de la parte contratante.¹⁸⁴

Hay además un tercer criterio que se utiliza para determinar la nacionalidad de una persona jurídica, y es el control de la misma. El TBI entre Chile y Francia señala lo siguiente: *“Artículo 1. N° 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.”*

Vemos que la primera parte contiene el criterio de la sede, mientras que la segunda se refiere a la nacionalidad que tengan las personas naturales o jurídicas que controlan, directa o indirectamente, a la persona jurídica en cuestión.¹⁸⁵ Otros TBIs utilizan un criterio único, como los de Chile con Alemania y Argentina que se refieren sólo a la sede; o un criterio compuesto sólo por dos elementos: el lugar de constitución y la sede¹⁸⁶; domicilio y actividades económicas efectivas¹⁸⁷; constitución y domicilio¹⁸⁸; constitución y actividades económicas efectivas¹⁸⁹; o por tres elementos distintos de los expuestos anteriormente, como la constitución, sede y operaciones comerciales¹⁹⁰; o la constitución, domicilio principal o administración principal.¹⁹¹

¹⁸³ TBIs de Chile con: Bélgica, Bolivia, Croacia, Cuba, Ecuador, El Salvador, Filipinas, Finlandia, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Rumania, Ucrania, Uruguay, Venezuela.

¹⁸⁴ Así lo señalan los TBIs de Chile con: Austria, Corea, Islandia, Noruega y República Checa.

¹⁸⁵ Este criterio está presente también en los TBIs de Chile con: Australia, Bolivia, Perú, Suecia y Suiza.

¹⁸⁶ TBIs de Chile con: China, España, Italia y Suecia.

¹⁸⁷ TBI Chile – Costa Rica.

¹⁸⁸ TBI Chile – Dinamarca.

¹⁸⁹ TBI Chile – Grecia.

¹⁹⁰ TBI Chile – Malasia.

¹⁹¹ TBI Chile – Reino Unido.

Todos estos distintos criterios, sin embargo, se ven matizados por el hecho que, un país que ha firmado un TBI con Chile podrá acogerse a cualquiera de ellos indistintamente en virtud de la CNF; pero no así Chile respecto de ese país, puesto que deberá analizar los TBIs de dicho Estado con terceros Estados para acogerse al más favorable.

c) **Ámbito Territorial.**

A través de la definición de territorio que los TBIs entregan, se delimita el espacio físico dentro del cual se aplica la protección de las inversiones. El ámbito territorial se refiere a la extensión espacial del acuerdo. Es decir, si se aplica a las inversiones realizadas en todo el territorio de los Estados Parte o si se excluye algún área o zona.¹⁹² En varios convenios, se hace referencia a que lo que se entiende por territorio del Estado receptor abarca también a la zona adyacente al mar territorial, la Zona Económica Exclusiva definida por la Convención de las Naciones Unidas sobre derecho del Mar, donde si bien el Estado no mantiene su plena soberanía, tiene derechos soberanos referidos sobre todo a la explotación de recursos naturales.¹⁹³

La cláusula que contiene la definición de territorio en los TBIs suscritos por Chile no presenta la uniformidad que hemos visto en el resto de los apartados de nuestro análisis. Dos textos son los que se repiten, con pequeñas variaciones entre cada tratado:

- *“Territorio’ comprende, además del espacio terrestre, marítimo y aéreo bajo la soberanía de cada Parte Contratante, las zonas marinas y submarinas, sobre las cuales éstas ejercen derechos soberanos y jurisdicción, conforme a sus respectivas legislaciones y al derecho internacional.”* (artículo 1 N° 3 del TBI Chile – Paraguay). Este texto lo encontramos en 15 TBIs¹⁹⁴.

- *“El término “Territorio” comprende todo el espacio sujeto a la soberanía y jurisdicción de cada Parte Contratante, conforme a sus respectivas legislaciones y al derecho internacional.”* (artículo 1 N° 3 del TBI Chile – Bolivia). Este texto lo encontramos en 19 TBIs¹⁹⁵.

Si bien estos conceptos amplios parecieran ser suficientes para abarcar todo el territorio de un Estado, en los distintos TBIs se incluyen variadas fórmulas de designación expresa de determinados espacios territoriales, a saber: espacio terrestre, espacio marítimo, zona económica exclusiva y plataforma continental. El claro objetivo de estas inclusiones es evitar posibles objeciones respecto de la aplicación del TBI a un área económicamente aprovechable. Los TBIs de Chile con Alemania y Bélgica no contienen cláusula relativa al territorio. Los TBIs de Chile con Noruega, España y Corea presentan un concepto con referencia expresa a sólo una de las áreas descritas arriba.

¹⁹² TEMPONE, Rubén Eduardo, cit. (n. 53), p. 49.

¹⁹³ YMAZ VIDELA, cit. (n. 54), p. 26.

¹⁹⁴ TBIs de Chile con: Argentina, Austria, Costa Rica, Cuba, El Salvador, Guatemala, Honduras, Malasia, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Rumania, Ucrania y Uruguay.

¹⁹⁵ TBIs de Chile con: Australia, Bolivia, China, Croacia, Dinamarca, Ecuador, Filipinas, Finlandia, Francia, Grecia, Islandia, Italia, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Suecia, Suiza y Venezuela.

d) **Ámbito Temporal.**

La aplicación en el tiempo del TBI, va desde un plazo de 5 años, hasta los veinte años; estableciéndose por lo general la vigencia por tiempo indefinido si las partes no se pronuncian con 12 meses de antelación al vencimiento del plazo fijado. Posterior a dicho vencimiento, las partes pueden poner término al tratado mediante un aviso con una anticipación de un año.

En los TBIs suscritos por Chile nos encontramos con varias posibilidades en cuanto a su plazo de vigencia. No obstante ello, el texto en todos los casos es bastante similar, variando sólo el período de tiempo. Encontramos cuatro posibilidades:

- 20 TBIs establecen una vigencia de 15 años, mediante el siguiente texto: *“El Acuerdo entrará en vigencia treinta días después de la fecha de la última notificación. Este Acuerdo permanecerá en vigor por un período de quince años. Posteriormente, se prolongará por tiempo indefinido, a menos que una de las Partes Contratantes lo diere por terminado mediante un aviso por escrito comunicado por vía diplomática con una anticipación de un año.”*¹⁹⁶;
- 16 TBIs fijan un plazo de 10 años, en términos similares al anterior¹⁹⁷;
- 2 TBIs señalan un plazo de 5 años¹⁹⁸;
- El TBI entre Chile y Suecia fija el plazo más extenso, de 20 años de vigencia.

En relación a su vigencia, normalmente se establece el momento de aplicación del convenio, señalándose que el tratado protege a inversiones anteriores a su entrada en vigencia, siempre que se refieran a controversias surgidas a partir del inicio de su período de aplicación temporal.¹⁹⁹ Lo más usual es que se determine que el TBI rige además respecto de las inversiones iniciadas con anterioridad a su suscripción, con excepción de las controversias surgidas o que emanen de hechos acaecidos en dicho período. Es decir, para que una divergencia o diferencia pueda ser cubierta por las disposiciones del TBI, se requiere que ésta haya nacido con posterioridad a la suscripción del acuerdo.

¹⁹⁶ TBI de Chile con: Australia, Bolivia, Croacia, Cuba, Dinamarca, El Salvador, Filipinas, Finlandia, Grecia, Honduras, Nicaragua, Noruega, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, República Checa, Rumania, Ucrania y Uruguay.

¹⁹⁷ TBI de Chile con: Alemania, Argentina, Austria, Bélgica, Costa Rica, Ecuador, España, Francia, Guatemala, Islandia, Italia, Malasia, Portugal, Reino Unido, Suiza y Venezuela

¹⁹⁸ TBI de Chile con China y Corea.

¹⁹⁹ MAYORGA, Roberto, MORALES, Joaquín, POLANCO, Rodrigo, cit. (n. 38), p. 119.

2.2 Distinción entre la Relación Inversor Extranjero – Estado Anfitrión y la Relación entre los Estados Signatarios de un TBI: la “Umbrella Clause”.

Como ya señalamos anteriormente, la “umbrella clause”²⁰⁰ es una estipulación que tiene como fin principal generar que el incumplimiento de normas contractuales acordadas entre un inversor y el Estado, implique una violación de las disposiciones del TBI. El primer TBI suscrito (entre Alemania y Pakistán en 1959) ya contenía esta cláusula en su Art. 7. Surgida a partir de un borrador de arreglo entre el Reino Unido (representando a la Anglo-Iranian Oil Company) e Irán, denominado como “umbrella treaty”, consistía en sus orígenes en el compromiso y garantía pactado entre los Estados de cumplir las obligaciones suscritas con inversionistas particulares. Si bien este acuerdo nunca se materializó, en 1959 el Borrador de Convenio sobre Inversiones en el Extranjero, elaborado por las firmas de abogados Abs y Shawcross, recogió esta estipulación en su artículo II. Este borrador influenció a su vez el contenido del primer TBI, como asimismo el artículo 2 del Borrador de Convenio sobre la Protección de la Propiedad Extranjera, creado por la OCDE, que posteriormente se volvería un modelo de estructura de los TBIs suscritos por sus miembros, expandiéndose así su aplicación, que hoy es recogida a nivel mundial.²⁰¹

Un ejemplo de esta cláusula lo encontramos en el artículo 7.2 del Tratado entre la República de Chile y la República Federal de Alemania sobre Fomento y Recíproca Protección de Inversiones, que dispone:

“Artículo 7. (2) Cada Parte Contratante cumplirá cualquier otro compromiso que haya contraído respecto a las inversiones de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante en su territorio.”

La idea detrás de la metáfora (“cláusula paraguas”) es que la umbrella clause atrae acuerdos entre un Estado Contratante y un nacional del otro Estado Contratante que, de otro modo, serían independientes; bajo el “paraguas de protección” del tratado.²⁰²

Contrario a lo que podría deducirse en una primera aproximación, el hecho que una cláusula contractual se convierta en una obligación emanada de un tratado internacional, no significa que el contrato adquiera jerarquía internacional. Lo que realmente ocurre es que el TBI recoge el contrato como parte de su normativa; empero, ambas regulaciones siguen corriendo por cuerda separada. La explicación de esta situación se encuentra en las características de cada uno de estos instrumentos: mientras el TBI constituye una regulación de tipo genérico, que establece fundamentalmente principios y tiene una aplicación extensiva; el contrato entre inversionista y Estado, es un convenio de tipo específico y de aplicación restrictiva, destinado a normar el detalle de la relación entre ambas partes contratantes.

²⁰⁰ La traducción literal al español es “cláusula paraguas”.

²⁰¹ WONG, Jarrod, cit. (n. 151), p. 142 a 150.

²⁰² *Ibíd.*, p. 142 y 143.

Por lo tanto, las disposiciones contractuales no se vuelven Derecho Internacional. De ahí que es relevante para el inversionista contar con una fórmula que le permita, ante el incumplimiento de las disposiciones contractuales, activar los mecanismos de solución de controversias contenidos en el TBI, escapando así a la obligación de someter cualquier diferencia a la jurisdicción interna del Estado receptor. Ese es el propósito de la “umbrella clause”: crear una obligación interestatal de cumplir los acuerdos relativos a inversiones, cuyo cumplimiento podrán exigir los inversionistas en un foro internacional, en los casos en que el TBI confiera un derecho a recurrir al arbitraje.

Esta diferenciación, pero a la vez interconexión, entre los efectos de los acuerdos internacionales interestatales y las obligaciones contractuales regidas por el derecho interno del Estado anfitrión de la inversión, hacen necesario distinguir dos tipos de relaciones: la que existe entre el inversionista extranjero y el Estado anfitrión; de aquella que existe entre los Estados signatarios de un TBI.

a) Relación Inversor Extranjero – Estado Anfitrión.

Al analizar en §3.2 la regulación de la IED en el Derecho Internacional Público y Privado, hicimos referencia a la relación que existe entre el inversor extranjero y el Estado anfitrión. En aquella ocasión, destacamos que se trata de una relación que se mantiene en el ámbito privado. Consecuentemente, las normas a las cuales se sujeta la actividad del inversor son aquellas vigentes en el derecho interno para los particulares, a menos que exista una legislación especial para los inversores extranjeros, en cuyo caso será esta última la que se aplique.²⁰³ Sin embargo, el inversor extranjero posee un derecho especial, que surge de la “umbrella clause”, cuya naturaleza jurídica escapa al ámbito interno o privado. Se trata de un derecho que emana directamente del TBI, y le permite al inversor someter la controversia al conocimiento de un tribunal arbitral internacional. Así, el inversionista extranjero se convierte en un sujeto activo capaz de ejercer derechos establecidos en dicho acuerdo internacional.

¿Qué pasa entonces con la cláusula de elección de foro contenida en el contrato inversionista – Estado? Si bien la jurisprudencia no es uniforme en este punto, la mejor interpretación es que una “umbrella clause” permite a un tribunal surgido bajo el amparo del TBI, ejercer jurisdicción sobre demandas relativas a incumplimientos contractuales que son, a su vez, violaciones del TBI de acuerdo con dicha cláusula. Esto es, faculta al tribunal para hacerlo aun cuando exista una cláusula de elección de foro en el contrato.²⁰⁴

Pero este derecho no implica que la relación entre inversor y Estado se eleve al plano internacional. A modo de ilustración: si existe un contrato regulado por el derecho

²⁰³ Con respecto al tema de la regulación de la inversión extranjera en el Derecho chileno, recomendamos acudir al sitio de la Agencia de Promoción de la Inversión Extranjera, <http://www.ciechile.gob.cl/es> (Accedido en febrero de 2016).

²⁰⁴ WONG, JARROD, cit. (n. 151), p. 137.

administrativo entre ambos, se regirá por la normativa interna aplicable a éste en todo ámbito, incluyendo su incumplimiento. Ahora bien, si al transgredirse las disposiciones de dicho contrato, se vulneran a su vez las disposiciones del TBI, por ejemplo en materia de expropiación, entonces sí se generará responsabilidad internacional por el incumplimiento, pero esto a causa de la violación de la normativa del tratado. Se trata, entonces, de dos regulaciones distintas y distinguibles. Sin embargo, ambas están interconectadas porque versan sobre una misma materia: la inversión extranjera.

La transformación de la relación desigual (administrativa) en una relación de equilibrio, dependerá de los beneficios reconocidos al inversor en el tratado. En efecto, en un acuerdo internacional de naturaleza restrictiva, los beneficios ofrecidos al inversor extranjero, probablemente, no alcanzarán a equilibrar la relación con el Estado, ya que se trata de un ente soberano. En efecto, si bien el tratado obliga al Estado receptor a observar las normas de tratamiento y protección en sus relaciones contractuales con el inversor, no todo incumplimiento contractual puede ser asimilado sin más a una violación del tratado.²⁰⁵

Debemos destacar, por consiguiente, que los efectos de una y otra regulación, son disímiles:

- El contrato genera responsabilidad contractual por el incumplimiento.
- El TBI genera responsabilidad internacional por su incumplimiento.

b) Relación entre los Estados Signatarios de un TBI.

Entre los Estados, existe una relación de Derecho Internacional Público de cumplir lo pactado. El principio *pacta sunt servanda*, en virtud de la “umbrella clause”, asume un efecto extensivo, que se proyecta desde el tratado hacia los contratos sobre IED. Como ya sabemos, el incumplimiento de las disposiciones del TBI genera responsabilidad internacional del infractor, debiendo resarcir, de ser necesario, los perjuicios causados mediante una indemnización. La importancia de la “umbrella clause”, en este caso, es que atrae bajo su cobertura de protección a todos los contratos inversionista – Estado, en los términos que contempla el propio tratado. Es decir, según lo que generalmente se establece en este tipo de instrumentos, se trata de evitar todo acto ilegal o que contenga una discriminación arbitraria o sin fundamento. El incumplimiento de cualquiera de estos contratos amparados que signifique, a su vez, una infracción de los principios expuestos en el TBI, acarreará responsabilidad como si fueran cláusulas estipuladas en el tratado mismo.

La interpretación de la “umbrella clause”, de acuerdo con lo arriba señalado, sería producto de la conjunción de dos normas de derecho internacional en materia de tratados: la aplicación extensiva del principio *pacta sunt servanda*; y el artículo 31 N° 1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que dispone: “31. Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.”

²⁰⁵ TEMPONE, Rubén Eduardo, cit. (n. 53), p. 66.

Así, la “umbrella clause” debe ser interpretada de manera tal que su presencia en el TBI se justifique en virtud del efecto práctico emanado de ella, puesto que su fin principal es permitir al inversionista que ha contratado con el Estado receptor, tener acceso a un tribunal arbitral para reclamar de los incumplimientos contractuales. Si no se respeta esta interpretación, la “umbrella clause” carecería de efectos y su inclusión sería injustificada. Profundizando lo anterior, si se trata de analizar la relación que existe entre el incumplimiento contractual y la violación del TBI a la luz de la “umbrella clause”, debemos señalar que, mientras que las demandas basadas en dicha cláusula son definidas haciendo referencia a los términos del contrato, este acto de incorporación del contrato no altera el hecho que las demandas son, en último término, entabladas respecto del TBI. Por lo tanto, su naturaleza jurídica es completamente la de una demanda interpuesta en virtud del tratado. Lo importante, en todo caso, para que opere la “umbrella clause”, es verificar si el incumplimiento contractual constituye o no una violación de normas de derecho internacional contenidas en el TBI.

Un último punto a tratar con respecto a esta cláusula es la conexión que presenta con los mecanismos de solución de controversias contenidos en el TBI, y en particular con el arreglo de diferencias llevado a cabo ante un tribunal arbitral. La “umbrella clause” busca asegurar el equilibrio entre las partes –ya que una es un particular y otra un Estado– a través de la imparcialidad del árbitro. En este mismo sentido y, con el objeto de mejorar la posición del inversionista extranjero, la “umbrella clause” fue diseñada para eliminar la presunción de que un incumplimiento contractual no acarrea responsabilidad internacional.

2.3 Las Nociones de “Inversión” e “Inversor Extranjero”.

Los conceptos de inversión e inversor extranjero utilizados en los TBIs son fundamentales. A través de ellos se determina el ámbito de aplicación material y personal del tratado, respectivamente. Ambos conceptos juegan un rol esencial para determinar el alcance de los mecanismos de arreglo de diferencias relativas a inversiones extranjeras en los TBIs. Obviamente, los inversionistas y las inversiones no incluidas en dichas definiciones serán excluidos del respectivo mecanismo de resolución de diferencias.²⁰⁶ Por ello, la forma en que son definidos busca evitar toda posibilidad de lagunas que permitan la sustracción de la controversia de un eventual arbitraje, para ser sometida al conocimiento de un tribunal ordinario con jurisdicción interna.

²⁰⁶ GRIGERA NAÓN, Horacio, cit. (n. 134), p. 67. La traducción es nuestra.

a) El Concepto de “Inversión”.

En los TBI, “inversión” es definida generalmente comprendiendo un amplio rango de activos. El objetivo es ampliar al máximo el espectro de protección del tratado. Por lo general nos encontramos con que el concepto está contenido en el artículo 1 del TBI, seguido de una enumeración no taxativa. Para los efectos de nuestro análisis, veamos el modelo de concepto que se reitera en 25 TBIs suscritos por Chile²⁰⁷, cuyo texto reproducimos a modo de ejemplo, puesto que ilustra de buena manera la tendencia que se da en el concierto internacional en esta materia:

“El término ‘inversión’ se refiere a toda clase de bienes o derechos relacionados con ella, siempre que se haya efectuado de conformidad con las leyes y reglamentos de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó y comprenderá, en particular, aunque no exclusivamente:

a) derechos de propiedad sobre bienes muebles e inmuebles, así como todos los demás derechos reales, tales como servidumbres, hipotecas, usufructos, prendas;

b) acciones, cuotas sociales y cualquier otro tipo de participación económica en sociedades;

c) derechos de crédito o cualquier otra prestación que tenga valor económico;

d) derechos de propiedad intelectual, incluidos derechos de autor y derechos de propiedad industrial, tales como patentes, procesos técnicos, marcas de fábrica o marcas comerciales, nombres comerciales, diseños industriales, conocimientos técnicos (know how), razón social y derecho de llave;

e) concesiones otorgadas por la ley, por un acto administrativo o en virtud de un contrato, incluidas concesiones para explorar, cultivar, extraer o explotar recursos naturales.”

Podemos constatar que la estructura base del concepto está en su primera frase “toda clase de bienes o derechos relacionados con la inversión”, que en otros TBIs es formulada de manera diversa, pero con el mismo sentido:

- “toda clase de activos” (TBI Chile - Austria);

- “toda clase de haberes, tales como bienes y derechos” (TBI Chile - España);

- “todo tipo de bienes” (TBI Chile - Argentina);

- “todo elemento de cualquier activo y todo aporte directo o indirecto en dinero, en especie o en servicios, invertido o reinvertido en un sector cualquiera de la actividad económica” (TBI Chile - Bélgica);

- “todo tipo de haberes, tales como bienes y derechos de toda naturaleza, adquiridos de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión” (TBI Chile - España);

- “como ‘inversión’, se comprende, independientemente de la forma jurídica elegida y del ordenamiento jurídico de la referencia, cualquier tipo de bien invertido antes o después de la entrada en vigor del presente Acuerdo, de acuerdo a las leyes y reglamentos de esta última” (TBI Chile - Italia); o

- “todas las categorías de activos” (TBI Chile - Suiza).

²⁰⁷ Texto que está contenido de forma casi idéntica en los TBIs de Chile con: Australia, Bolivia, China, Corea, Costa Rica, Croacia, Cuba, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, Filipinas, Finlandia, Guatemala, Honduras, Islandia, Malasia, Nicaragua, Noruega, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, Reino Unido, Suecia, Uruguay.

Lo principal es que estos activos no necesariamente deben constituir la inversión para ser amparados por el tratado, sino que basta con que guarden relación con la inversión. Se trata de una concepción abierta e inclusiva, pero que deja mucho margen a la interpretación.

A continuación de esta frase inicial, sigue un listado no taxativo que sirve para ilustrar qué clase de activos son incluidos dentro del concepto. El contenido del listado es esencialmente igual en todos los TBIs. La idea central del mismo es abarcar todo tipo de activos y cualquier clase de inversión. Esta definición basada en activos presenta una ventaja particular, y es que no requiere que el inversor tenga el control de la empresa para que se entienda que está realizando una inversión. A partir de esta idea, contempla bonos, acciones, inversiones de portafolio, IED, derechos de propiedad, derechos industriales, entre muchos otros. Se trata entonces, de un término más amplio que “capital”, que usualmente hace referencia sólo a la capacidad productiva.²⁰⁸

Atendiendo a lo visto anteriormente en este trabajo, es menester hacer un distingo entre el concepto de IED que entregamos en §3.1 y este concepto de inversión en los TBIs. Mientras que el concepto de inversión extranjera directa está basado en la operación de transacción, tal como lo recogen el FMI y la OCDE (así lo analizamos en el acápite arriba mencionado); el concepto contenido en los TBIs es más amplio, centrado en los activos, abarcando también la inversión indirecta o de portafolio.

No obstante se trata de un concepto amplio, ello no impide que, con el objeto de circunscribir los límites de aplicación del acuerdo, se fijen ciertas restricciones respecto del mismo. Estos límites podemos reunirlos en 4 grupos²⁰⁹:

- 1- Aprobación o registro de la inversión de acuerdo con la ley interna del Estado anfitrión.
- 2- Limitación referente a la naturaleza de la inversión. Por ejemplo, exclusión de determinados tipos de inversión como los seguros de deudas o préstamos a empresas estatales.
- 3- Restricción de la inversión a un determinado sector de la economía, como servicios públicos, obras de infraestructura, concesiones específicas, por ejemplo.
- 4- Exclusión de las inversiones previas a la firma del acuerdo (es poco frecuente).

Resulta clave resaltar, tal como lo señala la primera parte del concepto en todos los TBIs suscritos por Chile, que todas las posibilidades de inversión comprendidas en el concepto, deben cumplir con la legislación del Estado receptor para encontrarse amparadas por el TBI. Esto es, deben respetar las normas de derecho interno que regulan su desarrollo o ejercicio.

²⁰⁸ UNCTAD, cit. (n. 115), p. 94. La traducción es nuestra.

²⁰⁹ *Ibíd.*, p. 95 y 96. La traducción es nuestra.

b) El concepto de “inversionista” o “inversor extranjero”:

En este acápite debemos necesariamente remitirnos al análisis que hicimos en §7.2.1, a propósito del ámbito personal de aplicación y, a la distinción que allí efectuamos entre las personas naturales y jurídicas, para determinar si son o no inversionistas a la luz del TBI. Luego de esta referencia a lo ya visto más arriba, a continuación, ahondaremos en la importancia que tiene el concepto de inversionista contenido en los TBIs.

La definición de inversionista es importante, puesto que va a servir para determinar qué persona natural o jurídica estará protegida por el TBI. Internacionalmente, existe una gran variedad de formulaciones, tanto para definir el tipo de empresa (diferentes formas de organización) como la nacionalidad de ésta. Generalmente los países exportadores de capital, tratan que las empresas controladas por nacionales o empresas de su país, y constituidas según las leyes del país receptor o de un tercer país, estén dentro del ámbito del tratado. En los derechos nacionales de los países, se utilizan tres criterios para determinar la “nacionalidad” de las compañías: a) el lugar de su sede, b) el del lugar de “incorporación” o el del país en que según sus leyes se constituyó, c) el del control de la empresa. En los tratados bilaterales, internacionalmente, se utilizan los tres criterios, en forma pura o combinada.²¹⁰ En nuestro estudio de los TBIs suscritos por Chile constatamos que esta afirmación es acertada.

Con respecto a las personas naturales, lo normal es que se considere inversionista al nacional de la otra parte contratante. Ello según los requisitos que la legislación de cada parte establezca para otorgar la nacionalidad.

Tratándose de personas jurídicas, se usa la combinación de diferentes criterios, dependiendo de si los Estados tienen o no interés en restringir los beneficios del acuerdo a las entidades legales que efectivamente mantienen vínculos con el país de origen.²¹¹ Aun cuando la intención de estos tratados es adaptarse a la realidad económica actual, resulta complicado, en la práctica, aplicar estos criterios de determinación de la nacionalidad de la personalidad jurídica, al fenómeno corporativo transnacional imperante hoy en día. Las múltiples nacionalidades que pueden converger en la propiedad de una empresa, llevan a pensar que tales situaciones también debieran estar comprendidas, por cuanto no se hace referencia a porcentajes de control, manejo o propiedad; como tampoco se excluyen expresamente situaciones de inversión indirecta, por lo que debería concluirse que sí están incluidas. Será labor del tribunal a cuyo conocimiento sea sometida una controversia el determinar si se trata o no de un inversionista amparado por el TBI. Dicha labor de llevar el análisis abstracto a la práctica, a priori, se avizora bastante compleja.

²¹⁰ TEMPONE, cit. (n. 53), p. 23.

²¹¹ MAYORGA, Roberto, MORALES, Joaquín, POLANCO, Rodrigo, cit. (n. 38), p. 119.

Al respecto, debe tomarse en consideración que la protección de los derechos contractuales es uno de los aspectos centrales en los AII. Además, es uno de los principales efectos jurídicos sobre las relaciones del Estado con el inversor extranjero. Ello adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que las diferencias derivadas de un contrato entre el Estado y el inversor extranjero pueden quedar sujetas al sistema de solución de controversias previsto en el propio acuerdo, sustrayéndola de la jurisdicción nacional.²¹² En definitiva, la extensión del concepto de inversor extranjero, podría determinar que exista o deje de existir la opción del arbitraje para un inversionista determinado. Esta situación se hace patente en los casos en que, por ejemplo, una empresa constituida en el país anfitrión, con sede principal en el mismo, sea controlada mayoritariamente por extranjeros. Quedará al arbitrio del tribunal arbitral la determinación de su calidad de sujeto activo capaz de impetrar una demanda ante dicho foro.

Por último, en un tema que no es pacífico en la doctrina consultada para elaborar este trabajo, cobra especial importancia la CNF. Para algunos autores, entre ellos Ymaz Videla, la definición de inversionista constituye una condición esencial de aplicación del tratado, que no es susceptible de ser multilateralizada, sino que debe considerarse aisladamente respecto de cada TBI. Este autor nos señala lo siguiente: Con relación a los TBIs, se ha afirmado que los destinatarios finales de la protección son en realidad los inversores, y no tanto las inversiones, siendo la definición de inversor condición de aplicación del tratado –integra el plexo de presupuestos para su funcionamiento–, por lo que es un acto personalísimo del Estado que integra su soberanía; y en consecuencia no se le puede aplicar la cláusula de la nación más favorecida para ‘multelateralizarlo’ en este aspecto. Sin embargo, y ésta es la idea que se quiere rescatar, se entiende que sí se puede aplicar esa cláusula a la definición de inversión, para multelateralizarla.²¹³ Si bien los fundamentos de Ymaz son plausibles; otros autores, incluida la doctrina nacional, no hacen una excepción en materia de la definición de inversionista al exponer la CNF. Ello implica, a nuestro entender, que la CNF sí se aplicaría al concepto de inversionista y, por lo tanto, estaría definido –tal como lo expusimos al analizar esta cláusula en §7.2–, a partir de una elaboración compleja que comprende todos los conceptos contenidos en los TBIs conjuntamente.

²¹² TEMPONE, Rubén Eduardo, cit. (n. 53), p. 45 y 46.

²¹³ YMAZ VIDELA, Esteban M., cit. (n. 54), p. 17.

3. Obligaciones Internacionales que Asume el Estado Anfitrión de la Inversión.

La jerarquía normativa de un tratado internacional es, una vez cumplidos los trámites de ratificación analizados en §7.2, la misma de una ley interna. No obstante ello, no cabe la modificación unilateral del contenido del tratado, ni su derogación a través de una ley posterior. Para que se ponga fin a un tratado se requiere del consentimiento de las partes que concurren a su celebración, y una declaración de voluntad de ambas en tal sentido. De no mediar dicho consentimiento, el TBI tendrá la duración que se establece en su ámbito de aplicación temporal (así lo expusimos en §7.2.1). Ésta es una particularidad de los tratados cuyo alcance no es menor, pues es otra de las razones que llevan al inversor a confiar en las condiciones en que desarrollará su empresa, bajo la protección que le entrega el TBI, con la certeza que mientras esté vigente el tratado, el Estado anfitrión no podrá modificar lo estipulado.

Ahora, desde la perspectiva del Estado receptor de la inversión, la relación obligacional que emana del tratado tiene una doble dimensión:

- Es una obligación internacional de cumplir con lo pactado respecto del otro Estado contratante. Un Estado no puede invocar su legislación ni las deficiencias de ella para dejar de cumplir las obligaciones que le impone un tratado. Es el orden jurídico interno el que debe adaptarse al tratado y no el tratado al orden jurídico interno.²¹⁴ Es deber esencial de todo Estado cumplir de buena fe sus obligaciones internacionales.²¹⁵
- Es una obligación internacional respecto del inversor extranjero. En este caso, implica la realización de determinadas prestaciones, pero también un deber de no hacer respecto de ciertas conductas enumeradas en el TBI. Por ejemplo, el Estado anfitrión se obliga a promover y generar condiciones favorables para la inversión, a proteger las inversiones efectuadas conforme a sus leyes y a garantizar un tratamiento justo y equitativo al inversor. Desde la óptica de las abstenciones, el Estado se obliga a no adoptar medidas que priven directa o indirectamente de su inversión al inversionista extranjero, salvo ciertas excepciones en materia de expropiación; y a no discriminar al inversionista en razón de su nacionalidad.

Estas obligaciones internacionales del Estado anfitrión respecto del inversor, tienen como principal consecuencia que su incumplimiento genera responsabilidad internacional para el infractor. Las razones por las cuales se produce este efecto han sido discutidas en la Doctrina: nos encontramos con quienes sostienen que el TBI eleva la relación contractual entre inversor y Estado al plano internacional (posición sustentada principalmente por los autores de los países desarrollados); mientras que, para otros –opinión que compartimos–, dicha relación se mantiene en el plano privado, pudiendo eventualmente generar

²¹⁴ BENADAVA, Santiago, cit. (n. 44), p. 54.

²¹⁵ *Ibíd.*, p. 180.

responsabilidad internacional en tanto del incumplimiento de lo estipulado en ese contrato se siga una infracción a las estipulaciones del TBI.

Adicionalmente, existe en el derecho internacional el principio fundamental de que todo acto o comportamiento de un Estado, contrario a sus obligaciones internacionales (hecho ilícito), hace incurrir a dicho Estado en responsabilidad y lo obliga a reparar las consecuencias perjudiciales derivadas de tal hecho.²¹⁶ He ahí la importancia del TBI, puesto que genera una regulación supraestatal de la inversión extranjera, a través de la cual se facilita una mejora de las condiciones jurídicas que la regulan. Este perfeccionamiento del marco regulador de la IED, es una de las principales innovaciones introducidas por los TBIs y una de las razones más fuertes que sustentan la utilidad de su celebración. En la práctica, el inversor se ve respaldado por un instrumento que le permite actuar directamente en el ámbito internacional, interponiendo una demanda ante un tribunal arbitral internacional, donde el CIADI es el de mayor uso.

Desde un punto de vista genérico, estas obligaciones internacionales imponen límites a la potestad regulatoria del Estado sobre los bienes, la operación de la inversión y, en general, sobre la actividad económica. Esta potestad soberana del Estado, de manera tradicional, ha sido asociada a la idea de un poder político exclusivo y excluyente para ordenar y orientar las actividades mismas del Estado. Los tratados restringen esa capacidad, ya que condicionan el libre ejercicio de su función de legislación o regulación con la amplitud que se las concebía tradicionalmente.²¹⁷ No debe perderse de vista que al suscribir un TBI, los Estados renuncian al ejercicio pleno de la jurisdicción por parte de sus tribunales, en tanto se le entrega al inversor el derecho de decidir si recurrirá al arbitraje internacional o a un tribunal competente del Estado anfitrión. Asimismo, incorporan a su ordenamiento jurídico interno una serie de deberes que deben cumplir respecto del inversionista, pero que han sido contraídos en un acuerdo entre Estados. Veamos a continuación estos deberes.

3.1 Deberes del Estado anfitrión:

Tal como estudiamos en §7.2, los TBIs contienen un catálogo de deberes que el Estado anfitrión debe cumplir respecto del inversionista extranjero. Éstos se incluyen en el articulado del tratado, en una enumeración expresa. Se trata de cláusulas que históricamente han sido incluidas en los TBIs, elaboradas a partir de principios creados por la doctrina. A continuación analizaremos en detalle cada uno de estos deberes: el trato justo y equitativo, el trato nacional, la plena protección y seguridad, el trato no discriminatorio, la cláusula de la nación más favorecida, la cláusula de estabilización y la cláusula de protección arbitral.

En este apartado complementaremos lo ya expuesto anteriormente a propósito de estas cláusulas, ahora desde la perspectiva de las obligaciones que surgen para el Estado anfitrión de

²¹⁶ *Ibíd.*, p. 157.

²¹⁷ TEMPONE, Rubén Eduardo, cit. (n. 53), p. 68.

la inversión, de manera tal que completemos nuestra visión del TBI como instrumento de derecho internacional. En el contenido de estos deberes, y principalmente en la difusión de la utilización de las cláusulas de sometimiento a los procedimientos tutelados por CIADI, ha tenido un influjo preponderante la elaboración de las Guías para el Tratamiento de la IED (en adelante, las Guías), que proporcionan estándares para el trato de las inversiones extranjeras por parte de los Estados receptores, y sirven de modelo para la legislación nacional y los Tratados sobre inversiones. Muchas de las disposiciones y principios que analizaremos son fruto de dicho texto y de la intención que tuvo el Comité de Gobernadores del Banco Mundial de expandir la aplicación territorial del Centro, al elaborarlas en 1992.

a) Trato Justo y Equitativo. Trato Nacional.

Esta cláusula contiene una garantía o estándar de trato. Cada Parte Contratante garantiza un tratamiento justo y equitativo dentro de su territorio a las inversiones realizadas por inversionistas de la otra Parte Contratante. Si bien es común que se establezca esta cláusula, los TBIs no definen en qué consiste el derecho que ella consagra ni la obligación correlativa. Para algunos autores, se trata de una estipulación que expresamente consagra un principio del derecho internacional que por sí solo es exigible, el del estándar internacional mínimo de trato y que, como cláusula, por lo tanto, no tiene mayores efectos prácticos. Sin embargo, otros autores consideran que su inclusión se debe a que es uno de los parámetros de interpretación de toda la normativa contenida en el TBI, con lo cual sí se justificaría su consagración expresa.

Algunos tribunales arbitrales han interpretado este requerimiento del tratado como una obligación del Estado anfitrión de ejercer la debida diligencia al proveer seguridad y una protección plena y constante a la persona y propiedad del inversor extranjero.²¹⁸ Esta aproximación cobra sentido al tomarse en consideración que el TBI funciona como un sistema de normas coordinadas y complementarias.

Un fundamento importante de la inclusión de esta cláusula es que la experiencia indica que, en tanto que las circunstancias de los inversionistas locales y extranjeros sean esencialmente similares, su trato equitativo y, por lo tanto, su competencia en un pie de igualdad, son factores importantes en la creación de un clima de inversión seguro y confiable.²¹⁹ Con ello se explicaría en gran medida la amplia utilización de esta cláusula en los TBIs, puesto que contiene una promesa de mantención de las condiciones adecuadas para la inversión.

En las Guías para el Tratamiento de la IED, encontramos en III.1. el ámbito de aplicación de esta cláusula:

²¹⁸ WESTBERG, John, MARCHAIS, Bertrand, cit. (n. 133), p. 154. La traducción es nuestra.

²¹⁹ MARCHAIS, Bertrand, PARRA, Antonio, SHIHATA, Ibrahim, cit. (n. 158), p. 17. La traducción es nuestra.

“III. Trato. 1. Para la promoción de la cooperación económica internacional, por medio de la inversión extranjera privada, el establecimiento, operación, administración, control, y ejercicio de los derechos emanados de tal inversión, como también toda otra actividad asociada, necesaria o incidental a ella, deberá ser consistente con los estándares aquí expuestos.”²²⁰

Por lo tanto, el trato justo y equitativo debe extenderse a todas las aristas de la IED:

- Establecimiento. Algunos autores incluyen también las tratativas previas y estudios anteriores a la materialización de la inversión.
- Operación. Es decir la eliminación de obstáculos en el desarrollo de la actividad del inversionista.
- Administración.
- Control.
- Ejercicio de los derechos emanados de ella.
- Toda actividad asociada, necesaria para su desarrollo o incidental a ella.

Las Guías señalan luego:

“III.2. Cada Estado extenderá a las inversiones establecidas en su territorio por nacionales de cualquier otro Estado, un trato justo y equitativo, de acuerdo con los estándares recomendados en estas Guías.”

Seguidamente, en III.3.(a) primera parte, pasan a enunciar una serie detallada de aspectos que deben considerarse en el trato justo y equitativo, relacionándolo con las normas de admisión de la IED y el trato nacional. Así, el Banco Mundial, en su objetivo de promover el desarrollo a través de la inversión extranjera, recoge el entramado de normas del TBI y plantea un funcionamiento conjunto de sus cláusulas, en el que no importa distinguir claramente el contenido de cada una, sino que debe tenerse en cuenta su estructura global:

“III.3.(a) Con respecto a la protección y seguridad de la persona, derechos de propiedad e intereses, y la concesión de permisos, licencias para importar y exportar y la autorización para trabajar, la emisión de visas de entrada y residencia a su personal extranjero, y otras materias legales relevantes para el trato del inversor extranjero, dicho trato será, sujeto a los requerimientos de justicia y equidad mencionados arriba, tan favorable como aquel concedido por el Estado a sus inversionistas nacionales en similares circunstancias.”

Vemos que el trato justo y equitativo, y el trato nacional, operan conjuntamente para fijar el estándar según el cual debe regirse la regulación de la actividad del inversor extranjero por parte del Estado anfitrión, se establece así una base o piso mínimo de derechos concedidos, que deberán ser como mínimo los mismos que concede el Estado anfitrión a sus propios inversionistas nacionales, en condiciones idénticas o similares.

Ahondando en la relación entre ambas cláusulas, es dable destacar que el trato nacional y el trato justo y equitativo se complementan uno a otro, de la siguiente manera: los inversionistas extranjeros no deben carecer de la protección y seguridad otorgada a los nacionales, por ejemplo con respecto al amparo de su persona o propiedad. Otra implicación importante de este estándar es que los inversionistas extranjeros no deben, en comparación con los nacionales, ser puestos en una desventaja competitiva con respecto al acceso a los

²²⁰ BANCO MUNDIAL, *Guías para el Tratamiento de la Inversión Extranjera Directa*, Banco Mundial, 1992. La traducción es nuestra.

permisos o autorizaciones necesarios para conducir operaciones de negocios en el país de que se trate.²²¹

La aplicación del estándar de trato justo y equitativo a casos particulares, en la práctica involucra una medida significativa de juicio subjetivo, ya que este estándar es menos dócil a la especificación técnica que las reglas del trato nacional y la CNF. Es más, ha habido muy poca práctica judicial o arbitral internacional que pueda proveer una guía respecto de la interpretación de este concepto.²²² Se reafirma, entonces, el carácter indefinido de este deber del Estado, pero no por ello disminuye su importancia, puesto que significa que el inversionista está protegido frente a toda actuación estatal que pueda suponer desprotección de sus intereses infundada o arbitraria, o que menoscabe su posición respecto de otros inversionistas en iguales condiciones. Con ello, se convierte en un arma poderosa para impetrar reclamaciones en virtud del TBI, que probará su efectividad, dependiendo del criterio del tribunal.

b) Plena Protección y Seguridad. Trato No Discriminatorio.

La plena protección y seguridad es tratada en la mayoría de los TBIs en conjunto con el deber de no discriminación en razón de la nacionalidad. Las Guías en III.3.(a) parte final disponen:

“En todos los casos, será concedida plena protección y seguridad a los derechos de dominio, al control y a los beneficios sustantivos del inversionista respecto de su propiedad, incluyendo la propiedad intelectual.”

Luego, en III.3.(b) señalan:

“El trato bajo la legislación y reglamentos del Estado no discriminará a los inversionistas extranjeros en razón de la nacionalidad.”

Estas obligaciones se desglosan en ciertas garantías para el inversor:

- 1- Cada Parte protegerá, dentro de su territorio, las inversiones efectuadas, en conformidad con sus leyes y reglamentos, por inversionistas de la otra Parte Contratante y no perjudicará con medidas injustificadas o discriminatorias la administración, mantenimiento, uso, usufructo, prórroga, venta y liquidación de dichas inversiones.
- 2- Respecto de la expropiación, las Partes se obligan a que ninguna de ellas adoptará medidas a través de las cuales se prive, directa o indirectamente, de una inversión a un inversionista de la otra Parte Contratante. Ésta es la garantía de protección del derecho de propiedad del inversor, que a su vez involucra una abstención para el Estado anfitrión. Se establece la expropiación o nacionalización procederá únicamente si las medidas son adoptadas por motivos de bien común relacionados con las necesidades internas del Estado receptor, de manera no discriminatoria, con la autorización de una ley formal y contra el pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva.

²²¹ MARCHAIS, Bertrand, PARRA, Antonio, SHIHATA, Ibrahim, cit. (n. 158), p. 20. La traducción es nuestra.

²²² UNCTAD, cit. (n. 115), p. 80. La traducción es nuestra.

Debe existir una disposición legal que otorgue al inversionista interesado un derecho a revisión oportuna de la legalidad de la medida adoptada en contra de la inversión y de su valorización, mediante el debido procedimiento legal en el territorio de la Parte Contratante que realice la expropiación.

En §7.2 ya mencionábamos el problema que se genera con esta cláusula, producto de la escasa especificación que se hace en el TBI de su contenido. Debido a esto y relacionándolo con el anterior deber que analizamos, una vez más queda entregada la determinación de su contenido al juez. A nuestro parecer, el deber que emana de esta disposición es de suma trascendencia, puesto que se trata de principios que rigen el actuar del Estado en relación al inversionista extranjero, de modo tal que, cualquier transgresión, como por ejemplo no proporcionar medidas de amparo adecuadas, o dejar al inversionista en una posición desmejorada en razón de su nacionalidad, significarán una violación del TBI.

c) Cláusula de la Nación más Favorecida.

Esta disposición suele incluirse conjuntamente con el trato justo y equitativo, y es también agregada a las cláusulas de expropiación y de compensación por pérdidas de manera específica. Su contenido es generalmente redactado de la siguiente manera: 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 inversiones efectuadas dentro de su territorio por sus propios inversionistas o por inversionistas de la nación más favorecida.

Existen dos excepciones a la CNF, se trata de casos en que un acuerdo más favorable con un extranjero no se aplica a otros Estados:

- 1- El tratamiento otorgado no se extenderá a ninguna ventaja concedida a inversionistas de un tercer estado por la otra Parte Contratante, sobre la base de una unión económica o aduanera existente o futura o convenio de libre comercio del cual forme o llegue a formar parte cualquiera de las Partes Contratantes.
- 2- Tampoco dicho tratamiento se relacionará con alguna ventaja que cualquiera de las Partes Contratantes conceda a inversionistas de un tercer estado, en virtud de un convenio de doble tributación u otros acuerdos relativos a materias de tributación o cualquier legislación nacional relativa a tributación.

Debe tenerse en consideración que el trato de nación más favorecida se aplica respecto de inversiones o inversionistas que se encuentran en situaciones o circunstancias similares, aun cuando no en todos los TBIs se especifica esto.²²³ El deber contenido en la CNF consiste en que el Estado anfitrión, debe dar a los nacionales del Estado suscriptor del TBI, un trato no menos favorable que aquel concedido a los nacionales de un tercer Estado. Esto significa que

²²³ UNCTAD, cit. (n. 115), p. 120. La traducción es nuestra.

las disposiciones más beneficiosas contenidas en otros instrumentos, pactadas respecto de otro Estado, se aplican también a todos los países que han suscrito TBIs que contengan la CNF.

d) La Cláusula de Estabilización o “Stabilization Clause”.

Se trata de una estipulación que aparece normalmente en los contratos, pero que es incluida en ocasiones en los TBIs.²²⁴ En virtud de ésta, se establece el compromiso del Estado receptor, de no modificar la legislación vigente al momento de suscribirse el TBI con una normativa posterior menos favorable. Si las circunstancias varían en el futuro, el Estado anfitrión deberá resarcir los perjuicios que este hecho cause al inversionista.

Las primeras cláusulas de estabilización comprometían al Estado a no expropiar, y/o requerían el consentimiento de ambas partes contratantes para modificar el contrato (éstas eran las cláusulas de intangibilidad). Las cláusulas más recientes han evolucionado hacia herramientas más diversas y sofisticadas, para el manejo del riesgo no comercial asociado a los proyectos de inversión. Su ámbito ha tendido a ampliarse, de manera tal que incluyan los cambios en el marco regulatorio que no alcanzan a constituir una expropiación o modificación del contrato. Esto incluye la estabilización de aspectos específicos del proyecto de inversión, como el régimen fiscal o la estructura tarifaria; y compromisos mucho más amplios, como la estabilización del marco regulatorio que gobierna el proyecto de inversión.²²⁵

Encontramos distintos tipos de cláusulas de estabilización: las de “intangibilidad” que enunciamos arriba; las de “congelación”, que establecen que el derecho doméstico aplicable es aquel vigente al momento de celebración del contrato, excluyendo la legislación subsecuente; las de “consistencia o coherencia”, en que la legislación doméstica del Estado anfitrión se aplica al proyecto de inversión, sólo si es consistente con las disposiciones del contrato de inversión; y las de “equilibrio económico”, en que las alteraciones de los términos del contrato obligan a la renegociación del contrato en orden a restaurar su equilibrio económico original, o, de no ser ello posible, al pago de una compensación.²²⁶

El rasgo común entre todas estas clases de cláusulas es que sólo podrán efectuarse cambios en el marco regulatorio de la inversión, si de ello no resulta una alteración en perjuicio del inversor, o si dicho perjuicio es resarcido a través de una compensación económica. El deber que surge para el Estado anfitrión es doble: primero, debe actuar de buena fe al modificar sus normas, tomando en consideración la existencia de la cláusula de estabilización. Segundo, debe indemnizar al inversionista en caso que la modificación del ordenamiento perjudique la inversión.

²²⁴ Pudimos constatar en nuestro estudio de los TBIs suscritos por Chile que la stabilization clause no figura en los acuerdos firmados por nuestro país.

²²⁵ COTULA, Lorenzo, cit. (n. 153), p. 6. La traducción es nuestra.

²²⁶ *Ibíd.*

La stabilization clause es normalmente pactada en los contratos, pero si llega a ser incluida en un TBI, se convierte en una obligación internacional. Así, por ejemplo, ocurre en el TBI suscrito entre Argentina y Panamá en 1996, que en su artículo 3 contiene una cláusula de intangibilidad, que dispone:

“Ninguna de las Partes Contratantes tomará directa o indirectamente medidas de expropiación o de nacionalización, ni ninguna otra medida similar, incluyendo la modificación o derogación de las leyes que tenga el mismo efecto contra inversiones que se encuentran en su territorio y que pertenezcan a inversores de la otra Parte Contratante, a menos que dichas medidas sean tomadas por razones de utilidad pública o de interés social, definidas en la legislación del Estado receptor, sobre una base no discriminatoria y bajo el debido proceso legal. Las medidas serán acompañadas de disposiciones para el pago de una compensación pronta, adecuada y efectiva.”

Ahora, al ser una estipulación contractual, surge de inmediato la cuestión acerca de la relevancia de la “umbrella clause” respecto de la “stabilization clause”: si aquella está presente en un TBI, la cláusula de estabilización se convertirá en una obligación internacional. Así lo reafirma el laudo arbitral CIADI de CMS Gas Transmission Company c. La República Argentina²²⁷, cuyo origen es el TBI suscrito entre E.E.U.U. y Argentina, que señala:

“299. [...] en cuanto se refiere al fondo del argumento, el Tribunal considera que el Demandado está en lo cierto al argumentar que no todos los incumplimientos contractuales constituyen violaciones del Tratado. El estándar de protección del Tratado entrará en funcionamiento únicamente cuando exista un incumplimiento específico de los derechos y obligaciones estipulados en el Tratado o una violación de los derechos contractuales protegidos por el mismo. En algunas situaciones, los aspectos puramente comerciales de un contrato podrían no estar protegidos por el Tratado, pero probablemente se dispondrá de esa protección cuando exista una importante interferencia de los Gobiernos u organismos públicos con los derechos del inversionista.

*300. Las decisiones adoptadas recientemente por tribunales arbitrales con respecto a reclamaciones en el marco de contratos y tratados han permitido aclarar varios aspectos de este debate. Entre otros, ello ha ocurrido en los casos *Lauder c. República Checa*, *Genin c. Estonia*, *Aguas del Aconquija c. Argentina*, *Azurix c. Argentina*, *SGS c. Pakistán*, *SGS c. Filipinas* y *Joy Mining c. Egipto*. En esas decisiones se ha hecho la distinción entre las controversias comerciales originadas en un contrato y las controversias suscitadas por la violación de los estándares de un tratado y sus respectivas causas de acción.*

301. Ninguna de las medidas reclamadas en este caso puede ser descrita como una cuestión comercial pues todas están vinculadas con decisiones gubernamentales que han tenido el efecto de producir las interferencias y contravenciones señaladas.

302. Aún cuando muchas de esas interferencias, sino todas, están estrechamente relacionadas con otros estándares del Tratado en materia de protección, la Licencia contiene en particular dos cláusulas de estabilización que tienen un importante efecto en cuanto concierne a la protección que les otorga la cláusula general. La primera de ellas es la obligación asumida de no congelar el régimen tarifario ni someterlo a controles de precio. La segunda es la obligación de no modificar las reglas básicas que regulan la Licencia sin el consentimiento escrito de TGN.

²²⁷ ICSID ARB/01/8, 12 de Mayo de 2005.

303. *El Tribunal debe por consiguiente concluir que el Demandado no ha dado cumplimiento a la obligación contenida en la cláusula general del Artículo II (2)(c) [que dispone que cada parte “cumplirá los compromisos que hubiera contraído con respecto a las inversiones.”] del Tratado en cuanto se han contravenido las obligaciones legales y contractuales pertinentes a la inversión llevando a la violación de los estándares de protección estipulados del Tratado.”*

De este modo, la actuación del gobierno argentino, que modificó el régimen tarifario, en circunstancias que la licencia contenía una cláusula de estabilización, se convirtió en una violación del TBI, en virtud de la umbrella clause.

Sobre la legalidad de la stabilization clause, se discute respecto de la imposibilidad del Estado de legislar, en virtud de una cláusula de “congelación” y de “consistencia”. Ello ya que sería una vulneración del principio de la separación de los poderes del Estado, pues el ejecutivo contraería una obligación que impide actuar al legislativo, convirtiéndose en un problema de constitucionalidad. Sin embargo, si un Estado cita la inconstitucionalidad como fundamento para no cumplir con una cláusula de estabilización, sería una vulneración del principio de derecho internacional según el cual ningún Estado puede invocar normas de su derecho interno como pretexto para incumplir una obligación internacional. No obstante ello, el artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, señala:

“46. Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.”

La separación de poderes, contenida en la Constitución, bien puede ser considerada una norma de importancia fundamental. Una violación manifiesta de dicha norma bien podría ser invocada para alegar la nulidad de la cláusula de estabilización.

Un tema clave que debemos analizar es qué ocurre ante una violación de esta cláusula, ya sea en la forma de medidas expropiatorias o de un cambio en la regulación que haga más oneroso el proyecto de inversión. La posición mayoritaria en doctrina y en los pocos laudos existentes al respecto, concluye que el pago de una compensación económica es el principal efecto legal del incumplimiento de lo dispuesto en la stabilization clause.²²⁸ El monto de dicha indemnización dependerá de un amplio rango de factores y será determinado casuísticamente. En todo caso, debido a la formulación que presenta esta disposición, el umbral a partir del cual se considera incumplida es muchísimo más bajo que aquel necesario para considerar que ha acontecido una expropiación. Aun cuando los montos de indemnización no son tan altos comparativamente, sí se trata de una realidad que merma el campo de acción del Estado receptor.

²²⁸ COTULA, Lorenzo, cit. (n. 153), p. 9. La traducción es nuestra.

Debido a la trascendencia social y económica de los grandes proyectos de inversión, relacionados con la infraestructura pública o el suministro de servicios básicos, las cláusulas de estabilización son objeto de un fuerte debate, pues impiden que los Estados más pobres, que las han pactado, puedan actualizar sus legislaciones en materias como el desarrollo sustentable, la mejora de los derechos laborales o la protección ambiental, que encarecen la inversión respecto de sus condiciones iniciales. Ante la imposibilidad de pagar altas sumas por concepto de indemnización al inversor extranjero, los países prefieren tomar medidas más drásticas como la expropiación, o simplemente desisten de modificar sus legislaciones. Por este motivo, son muchos los autores que propugnan por la utilización de cláusulas de estabilización más flexibles y proclives hacia el desarrollo sustentable.

e) La Cláusula de Protección Arbitral y su Importancia.

A propósito del apartado que veremos a continuación, debe tenerse en cuenta lo examinado en §7.2 al analizar el arreglo de controversias en el TBI, ya que en esta sección recapitularemos algunas ideas y complementaremos lo ya expuesto, ahora desde la óptica de la protección que provee y la importancia de esta cláusula. La solución de las diferencias está regulada en el TBI en dos ámbitos: el primero, entre las partes contratantes, por las diferencias que surjan de la interpretación o aplicación del TBI; el segundo, entre un inversionista y una parte contratante, por las diferencias que surjan de una inversión en el territorio del Estado anfitrión. En ambos casos, se entrega la decisión del asunto a un tribunal arbitral. Si la controversia es entre un inversionista extranjero y un particular, que sea nacional del Estado anfitrión, deberá recurrir a los tribunales con jurisdicción interna de dicho Estado, según lo establecido en su derecho interno.

Sobre el arreglo de diferencias, las Guías disponen en su punto V. que:

“deberán llevarse a cabo negociaciones previas; de fallar éstas, podrá acudir a las cortes nacionales u otros mecanismos acordados, incluyendo la conciliación y el arbitraje. Si se trata de un arbitraje, será un arbitraje ad hoc o institucional respecto del cual exista un compromiso por escrito entre los Estados, o entre el inversionista y el Estado, y en el que la mayoría de los árbitros no son elegidos por una sola de las partes. Se sugiere a las partes que, de haber acuerdo respecto del arbitraje como mecanismo de solución, éste sea conducido ante el CIADI.”

Veremos a continuación que la cláusula de protección arbitral está elaborada en estos términos, pues está estructurada en dos partes, materializadas muchas veces en dos artículos o disposiciones distintas en el tratado, orientadas a las controversias:

1- Entre las Partes Contratantes: se trata de diferencias relativas a la interpretación o aplicación de las disposiciones del TBI. Se establece que serán resueltas primero mediante canales diplomáticos. Si la disputa no pudiere ser solucionada dentro un determinado período (usualmente de seis meses después de iniciada la negociación entre ellas, pero puede ser también de tres o doce meses), ésta, a solicitud de cualquiera de las Partes Contratantes, será

sometida a un tribunal de arbitraje conformado por tres miembros. Cada Parte Contratante designará a un árbitro y estos dos árbitros designarán a un presidente, que deberá ser nacional de un tercer Estado. Luego se establece el procedimiento al que se sujetarán y la ley aplicable. Se estipula también que las decisiones del tribunal serán definitivas y obligatorias para cada Parte Contratante.

2- Entre un Inversionista y una Parte Contratante: debe tratarse de una diferencia que emane directamente de una inversión, realizada en el territorio de la otra Parte Contratante. Se acuerda que serán, en lo posible, resueltas en términos amigables, mediante consultas entre el inversionista y el Estado receptor. A esta primera etapa se le denomina período de enfriamiento de la controversia, que consiste en que si de esas consultas previas no surgiere una solución en un plazo determinado (3, 5 o 6 meses), contado desde la fecha en que se sometió la materia a consultas, el inversionista es titular de un derecho de opción, que le permite recurrir o al arbitraje internacional, o a los tribunales nacionales del Estado anfitrión. La elección de uno u otro procedimiento será definitiva.

Las opciones de arbitraje que normalmente se entregan en el TBI son cuatro:

1. El tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se hubiere efectuado la inversión;
2. Arbitraje conforme al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, si se dispusiere de este Convenio y siempre que el Estado parte en la controversia diere su consentimiento conforme al artículo 25 del Convenio del CIADI respecto de esa diferencia específica;²²⁹
3. Arbitraje ad – hoc conforme al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), siempre que el Estado parte en la controversia otorgare su consentimiento.
4. Arbitraje ad – hoc.

²²⁹ El Artículo 25 del Convenio establece lo siguiente:

“(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

(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 prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, 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.

(3) El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que éste notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria.

(4) Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior.”

El arbitraje internacional puede ser institucional o ad – hoc. El arbitraje institucional es conducido bajo las reglas de una institución especializada en arbitraje, la que si bien no resuelve por sí misma las disputas (ello es responsabilidad de los tribunales arbitrales constituidos de acuerdo con las reglas de ese organismo para cada caso), asiste en la iniciación del proceso, en el establecimiento del tribunal y provee apoyo administrativo para los procedimientos subsecuentes. A diferencia de lo anterior, tratándose de un arbitraje ad – hoc, no existe una institución administradora del procedimiento arbitral.²³⁰

A través del acuerdo entre Estados, se introduce el arbitraje, sea éste ad – hoc o institucional, como un mecanismo jurídico de solución de controversias, ya sea entre ellos, o entre uno de ellos y un nacional de la contraparte. En concreto, hay en el TBI una oferta de arbitraje que el inversionista puede aceptar, acordando voluntariamente que un tribunal imparcial emita una decisión de forma definitiva y vinculante. El propio TBI garantiza el cumplimiento del laudo, ya que se conviene que todo laudo arbitral pronunciado en virtud del TBI es definitivo y vinculante para las Partes en disputa, y se ejecutará sin demora, de acuerdo con la legislación nacional de la Parte Contratante en cuestión. El arbitraje privado ofrece a las partes mayor seguridad que la jurisdicción nacional interna, y una mayor libertad, ya que pueden elegir el procedimiento y el derecho aplicables. Además, ambas partes perciben al tribunal arbitral como un foro neutral, cuya jurisdicción nace de la manifestación de voluntad de las partes en orden a someterse al procedimiento arbitral.

El arbitraje es una institución jurídica que tiene su origen en la autonomía de la voluntad de las partes que se someten a él y que constituye una alternativa a la jurisdicción, como forma heterocompositiva de resolución de conflictos. Por tanto, es una estructura alternativa, voluntaria y excluyente de la jurisdicción ordinaria establecida por el Estado para la coyuntural resolución heterocompositiva y vinculante de litigios predeterminados. El arbitraje, como estructura, engloba tanto el aspecto contractual del pacto arbitral como el aspecto jurisdiccional del procedimiento y del laudo arbitral. Es una estructura estática integrada por un sistema convencional y voluntario con tutela declarativa heterocompositiva, alternativo a la jurisdicción del Estado.²³¹ Por medio del acuerdo plasmado en el TBI, los Estados consienten en sustraer de su jurisdicción interna toda controversia relativa a inversiones, concediendo al inversionista la posibilidad de someterse al arbitraje para llegar a un arreglo, pudiendo acordar además el procedimiento y el derecho aplicables.

El inversionista, como vimos en §7.2, es el titular del derecho de opción, de modo tal que adquiere mayor libertad, a la vez que se consigue un doble objetivo con el tratado, puesto que se mejora el clima de inversión del Estado anfitrión, a la vez que se satisfacen las pretensiones de acceso a una justicia imparcial por parte del inversor extranjero.

²³⁰ MAYORGA, Roberto, MORALES, Joaquín, POLANCO, Rodrigo, cit. (n. 38), p. 176.

²³¹ MUNNÉ CATARINA, Frederic, *La Administración del Arbitraje. Instituciones arbitrales y procedimiento prearbitral*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2002, p. 19.

La afirmación de que existe una protección arbitral se fundamenta en el hecho que el TBI contiene una serie de derechos y obligaciones orientadas a salvaguardar los intereses del inversionista extranjero, pero este catálogo sólo se hace exigible a través de la posibilidad de impetrar una demanda ante un tribunal arbitral internacional. El arbitraje pasa a ser una instancia en la que se vela por el cumplimiento de lo pactado en el tratado, gracias a una serie de características particulares que lo hacen más efectivo que un proceso sustanciado ante un tribunal nacional con jurisdicción interna:

- El inversionista será siempre proclive hacia el arbitraje, en comparación con la jurisdicción de los tribunales nacionales del Estado anfitrión.
- Los procedimientos arbitrales son generalmente más rápidos que los tribunales nacionales en obtener una decisión definitiva, generando idealmente menores costos.
- El laudo arbitral es una decisión obligatoria y vinculante para las partes.
- Los jueces árbitros son especializados en diferencias relativas a inversiones y tienen mayor experiencia en derecho internacional.
- Hay mayor facilidad para ejecutar un laudo arbitral que una sentencia de un tribunal nacional extranjero.

Todas estas consideraciones entran en juego al momento de comentar sobre la importancia de la cláusula arbitral: se funda en esta disposición la confianza del inversor para instalarse en el territorio del Estado receptor, con la garantía que le proporciona la legitimación activa para incoar una demanda internacional en caso de incumplimiento de los principios y normas contenidos en el TBI. Detrás del correcto funcionamiento de la justicia arbitral internacional, está la explicación de la proliferación de las inversiones extranjeras por montos cuantiosos, como asimismo se constituye en uno de los pilares del comercio internacional actual, toda vez que es el cimiento sobre el cual se edifica el entramado normativo que ampara y cobija a la IED en el derecho internacional.

Ahora, si nos concentramos en la protección que entrega la cláusula arbitral que deriva a CIADI, encontramos ciertas ventajas: el inversor gana acceso directo a un foro internacional efectivo. La posibilidad de recurrir al arbitraje es un elemento importante de la seguridad legal que se requiere para una decisión de inversión. La ventaja para el Estado anfitrión es doble, al ofrecer el arbitraje mejora su clima de inversión. Además, al consentir al arbitraje CIADI se protege contra otras formas de litigación foránea o internacional. Por último, se garantiza efectivamente del ejercicio de la protección diplomática por parte del Estado de la nacionalidad del inversor.²³² El Tribunal arbitral CIADI, explicó en *Amco c. Indonesia*, que el arbitraje CIADI interesa no sólo a los inversionistas sino también a los Estados anfitriones. Concluyó que: *"Por lo tanto, la Convención está orientada a proteger, del mismo modo y con el mismo vigor al inversor y al Estado anfitrión, sin olvidar que proteger las inversiones implica proteger el interés general del desarrollo y de los países en vías de desarrollo"*.²³³

²³² SCHREUER, Christoph, cit. (n. 69), Módulo 2.1., p. 12. La traducción es nuestra.

²³³ *Ibid.*, p. 11. La traducción es nuestra.

Por otra parte, si un acuerdo de inversión entre un Estado anfitrión y un inversionista, que contiene la cláusula que provee para la jurisdicción de CIADI, es alegado como inválido o es terminado, podría reclamarse que la cláusula relativa al consentimiento también es inválida o deja de operar. Pero una invocación unilateral de invalidez o terminación del acuerdo de inversión no elimina la cláusula de consentimiento. Un tribunal debe tener el poder para decidir sobre las diferencias relativas a la invalidez alegada respecto de los acuerdos de inversión, incluso si la existencia del propio tribunal depende de la validez de dichos acuerdos. Bajo la doctrina de la separación o independencia de la cláusula compromisoria, el acuerdo de someterse al arbitraje asume una existencia separada, que es autónoma y legalmente independiente del acuerdo que la contiene. Este principio de independencia de la cláusula compromisoria es respaldado por el peso de las codificaciones arbitrales internacionales (por ejemplo el Art. 16 de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI), como también por la práctica del arbitraje nacional e internacional.²³⁴ De esta manera, la protección que entrega la cláusula arbitral es reforzada al no depender de la validez del acuerdo que la contiene.

Por último, el sistema de resolución de diferencias bajo el Convenio CIADI puede ser efectivo incluso sin ser utilizado. La sola disponibilidad de un remedio eficaz tiende a afectar el comportamiento de las partes de potenciales diferencias. Es probable que tenga una influencia restrictiva en los inversores como también en los Estados anfitriones. Ambos lados intentarán evitar actuaciones que puedan implicarlos en un arbitraje que podrían perder. Además, la perspectiva de un litigio fortalecerá el deseo de las partes de alcanzar un arreglo amigable.²³⁵ Éste es el efecto preventivo que se asocia a la firma del Convenio. La propia inclusión de una cláusula compromisoria que dispone el procedimiento arbitral ante el CIADI, actúa como un elemento de disuasión de las posibles acciones que puedan dar lugar a la iniciación de un procedimiento y son un incentivo para el logro de un arreglo amistoso de la controversia a través de las negociaciones de las partes implicadas.²³⁶

Se avizora una funcionalidad especial de la cláusula arbitral, pues protege a su vez al Estado anfitrión, al permitir precaver eventuales litigios ante otros foros, como asimismo excluye la posibilidad de que el Estado del cual es nacional el inversionista adopte la diferencia como suya a través del amparo diplomático, situación que quedaría impedida al haber el propio Estado elegido en el TBI el foro más adecuado para el arreglo de diferencias, que será el que se escoja en conformidad con la cláusula arbitral del tratado.

²³⁴ SCHREUER, Christoph, *Curso sobre Arreglo de Diferencias, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Módulo 2.3: El Consentimiento al Arbitraje*, p. 38 y 39. La traducción es nuestra.

²³⁵ SCHREUER, Christoph, cit. (n. 69), Módulo 2.1, p. 19. La traducción es nuestra.

²³⁶ FERNÁNDEZ MASÍÁ, Enrique, cit. (n. 61), p. 32.

4. Obligaciones que Asume el Inversionista Extranjero.

Hemos descrito latamente la serie de obligaciones que el Estado asume respecto de la IED que extranjeros realizan en su territorio, cuando se ha suscrito un TBI con el Estado del cual son nacionales dichos inversionistas. Quizás esto podría llevarnos a inferir que existe un catálogo de igual entidad que regule los deberes del inversor extranjero, pero ello no ocurre. En los hechos, las exigencias a que se somete una empresa al instalarse en otro país son aquellas que la legislación interna de ese Estado haya fijado. Como podrá colegirse, los estándares de las normativas internas no son el producto de una evolución de rango internacional, sino la respuesta a procesos internos de creación de leyes, generando tantas leyes como países existan y disposiciones legales de diversa calidad.

No obstante lo anterior, el tema de las obligaciones que “debiese” asumir el inversor extranjero es una de las claves en el futuro de la regulación de la IED. Si bien nuestro trabajo apunta a observar qué ocurre en Sudamérica en la materia, el diagnóstico sobre la necesidad de reformar el Régimen Internacional de Inversiones es aplicable a escala mundial. En efecto, UNCTAD ha dedicado su Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2015 a esta materia, donde propone una serie de medidas para que los instrumentos actuales cumplan criterios de sustentabilidad y respeto de las garantías fundamentales que protegen a las personas en un Estado de Derecho.

Por lo tanto, en este acápite hemos querido recoger las propuestas de UNCTAD, puesto que nos servirán más adelante como un fundamento para nuestro análisis. En base a ellas, queremos construir un piso de requerimientos mínimos exigibles respecto del inversor extranjero:

- UNCTAD: Reforma del Régimen Internacional de Inversiones.²³⁷

El régimen de AIIs se encuentra en una encrucijada; hay una apremiante necesidad de reforma. La creciente inquietud con respecto al funcionamiento del régimen mundial de AIIs en la actualidad, sumada al imperativo actual del desarrollo sostenible, a la mayor intervención de los gobiernos en la economía y a la evolución del panorama de las inversiones, han desencadenado un movimiento hacia la reforma de la regulación internacional de la inversión para adaptarla mejor a los retos normativos actuales. Ello ha hecho que se abra un período de reflexión, examen y revisión con respecto al régimen de AIIs.

Como se puso de manifiesto en el Foro Mundial de Inversiones de la UNCTAD celebrado en octubre de 2014, en los acalorados debates públicos en muchos países y los diversos procesos parlamentarios, incluso a nivel regional, está surgiendo una idea común

²³⁷ UNCTAD, cit. (n. 129), p. 29 – 31.

acerca de la necesidad de reformar el régimen de AII para que beneficie a todos los interesados. La cuestión no es si procede o no reformar, sino qué, cómo y cuánto reformar.

El World Investment Report 2015 responde a esa petición de reforma ofreciendo un menú de medidas. Sobre la base de la experiencia adquirida, señala problemas relacionados con la reforma, analiza opciones de política y ofrece directrices y sugerencias para la adopción de medidas a diferentes niveles de la formulación de políticas.

La reforma de los AII puede beneficiarse de seis decenios de experiencia en la elaboración de dichos acuerdos. Entre las principales lecciones aprendidas cabe citar que:

- i) los AII “muerden” (es un juego de palabras con la sigla en inglés BIT y la palabra bite, “morder”) y pueden tener riesgos imprevistos, por lo que es preciso establecer salvaguardias;
- ii) los AII tienen limitaciones como instrumentos de promoción y facilitación de las inversiones, pero también están desaprovechados; y
- iii) los AII tienen implicaciones más amplias para la coherencia normativa y sistémica, así como para el fomento de la capacidad.

La reforma de los AII debe abordar cinco retos principales:

1. Salvaguardar el derecho a regular para el logro de los objetivos de desarrollo sostenible. Los AII pueden limitar la soberanía de las partes contratantes en la formulación de las políticas nacionales. Por consiguiente, la reforma de los AII debe velar por que esos límites no restrinjan indebidamente la formulación legítima de las políticas públicas ni el logro de los objetivos de desarrollo sostenible. Algunas opciones de reforma de los AII son aclarar y limitar los estándares de protección de los AII (por ejemplo, sobre el trato justo y equitativo, la expropiación indirecta, el trato NMF) y reforzar las “válvulas de escape” (por ejemplo, las excepciones relacionadas con las políticas públicas, la seguridad nacional, las crisis de la balanza de pagos).

2. Reformar la solución de controversias sobre inversiones. El actual sistema de arbitraje entre inversores y Estados sufre una crisis de legitimidad. Algunas opciones de reforma son mejorar el sistema actual de arbitraje sobre inversiones (perfeccionando el proceso de arbitraje, limitando el acceso a la SCIE –Solución de Controversias entre Inversores y Estados–), añadir nuevos elementos al sistema actual (por ejemplo, un sistema de apelación, un mecanismo de prevención de controversias) o sustituirlo (por ejemplo, por un tribunal internacional permanente, una solución de controversias entre Estados y/o procedimientos judiciales nacionales).

3. Promover y facilitar las inversiones. La mayoría de los AII carecen de disposiciones de promoción y facilitación eficaces, y solo promueven la inversión de manera indirecta, a través de la protección que ofrecen. Algunas opciones de reforma son potenciar la dimensión de

promoción y facilitación de las inversiones de los AII junto a instrumentos de política nacionales, y orientar las medidas de promoción al logro de los objetivos de desarrollo sostenible. Estas opciones se refieren a medidas en los países de origen y receptores, la cooperación entre ellos y las iniciativas regionales.

4. Garantizar una inversión responsable. La inversión extranjera puede tener diversas repercusiones positivas para el desarrollo de un país receptor, pero también puede tener efectos negativos en el medio ambiente, la salud, los derechos laborales, los derechos humanos u otros intereses públicos. Por lo general, los AII no exigen responsabilidades a los inversores a cambio de la protección que reciben. Algunas opciones de reforma son añadir cláusulas que impidan suavizar las normas ambientales o sociales, que estipulen que los inversores deben cumplir la legislación interna y que refuercen la responsabilidad social de las empresas.

5. Aumentar la coherencia sistémica. A falta de normas de inversión multilaterales, el carácter atomizado, polifacético y multidimensional del régimen de AII propicia la existencia de deficiencias, duplicaciones e incoherencias entre los AII, entre los AII y otros instrumentos de derecho internacional, y entre los AII y las políticas nacionales. Las opciones de reforma de los AII tienen por objeto gestionar mejor la interacción entre los AII y otros sistemas jurídicos, así como las interacciones dentro del régimen de los AII, con miras a consolidarlo y simplificarlo. También tienen por objeto vincular la reforma de los AII al programa de políticas nacional y a su aplicación.

A modo de síntesis, uno de los párrafos de este Panorama General de UNCTAD engloba las ideas aplicables a las obligaciones del inversor extranjero, como asimismo a la reforma del sistema completo: A falta de un sistema multilateral, y habida cuenta de la enorme cantidad de AII existentes, para que el régimen de AII contribuya al desarrollo sostenible, lo mejor es reformarlo de manera colectiva en el marco de una estructura de apoyo mundial. Una estructura de apoyo mundial de ese tipo puede proporcionar el respaldo necesario para la reforma de los AII gracias a una labor de análisis de políticas, coordinación, gestión de la interacción con otros entes jurídicos, asistencia técnica y búsqueda de consenso. La UNCTAD desempeña un papel fundamental en este sentido. Solo con un enfoque común se logrará un régimen de AII cuya estabilidad, claridad y previsibilidad ayuden a cumplir los objetivos de todas las partes interesadas: aprovechar de manera eficaz las relaciones internacionales de inversión para el logro del desarrollo sostenible.²³⁸

Nos hace sentido esta propuesta de “estructuras de apoyo multilaterales” capaces de perfeccionar los mecanismos acordados de manera bilateral. En congruencia, abordaremos en §11 la factibilidad de una solución de diferencias inversor – Estado en el marco de UNASUR. Además, queda establecido que la necesidad de reforma es algo indiscutible para UNCTAD, en

²³⁸ *Ibíd.*, p. 33.

circunstancias que su objetivo actual es precisamente determinar la forma que dichos cambios asumirán.

Un buen ejemplo de cómo incluir estas propuestas lo encontraremos en el TPP, acuerdo que ha recogido algunas de estas sugerencias y las ha incorporado, algo que comprobaremos en §7.6.

5. Modelo Chileno de TBI y la Cláusula Arbitral en los TBI's celebrados por Chile.

A lo largo de nuestro estudio la cláusula arbitral ha sido un objeto central de análisis y, por lo tanto, los contenidos que exhibiremos en este acápite son un complemento de todo lo ya dicho más arriba. A pesar de que su nombre nos llevaría a pensar que esta cláusula tiene como objetivo únicamente establecer el compromiso que permite acceder al arbitraje, el mecanismo de solución de controversias que contienen los TBIs apunta en primer término a las consultas amistosas. En caso que no se pudiera llegar a un arreglo a través de este método inicial, surge para el inversionista el derecho de recurrir a la jurisdicción nacional del Estado receptor de la inversión o bien a un arbitraje internacional, según su libre elección, siendo esta opción jurisdiccional definitiva.

Por otro lado, ya que las disposiciones de un tratado dependen de los fines que las partes persiguen en su negociación, y que su texto se ve influenciado sustancialmente por diversos factores dentro de los ámbitos político, jurídico y económico; no encontraremos una cláusula idéntica en todos los TBIs, sino que podremos avizorar modelos o patrones estructurales similares, que llevan a su vez a consecuencias jurídicas semejantes.

Atendiendo a estos antecedentes, nos corresponde en este apartado hacer una revisión de las cláusulas arbitrales contenidas en los TBIs celebrados por Chile, buscando desentrañar el modelo de cláusula chileno más común, como asimismo las alternativas de métodos de solución con que cuentan las partes. Si bien esta exploración de los acuerdos celebrados por nuestro país apunta a entender el funcionamiento de esta cláusula en nuestra realidad jurídica, como asimismo su estructura y características, no debe perderse de vista que gracias a la CNF queda a disposición del inversionista extranjero el abanico completo de posibilidades contempladas en todos los TBIs, y que basta invocar el trato más favorable para acceder a cualquiera de las disposiciones contenidas en un tratado celebrado entre Chile y un tercer Estado.

Como sabemos, en Chile, la conducción de las relaciones internacionales del país es una atribución exclusiva del Presidente de la República. El rol que se le asigna al Congreso Nacional en esta materia es aprobar o rechazar los tratados internacionales que el Presidente de la República ha negociado y suscrito. Para que un tratado sea obligatorio en el país, requiere de la aprobación del Congreso Nacional. La tramitación a que se somete un tratado internacional

en Chile es la misma que la que se aplica a los proyectos de ley.²³⁹ Consecuentemente, los Tratados Internacionales suscritos por Chile sólo entran en vigencia en el país una vez que son ratificados por el Congreso Nacional y publicados en el Diario Oficial (registro oficial de Leyes y Decretos). En 1991, nuestro Gobierno, considerando la internacionalización de nuestra economía y los cambios legislativos que estaban implementándose en otros países de la región a fin de atraer capitales extranjeros, evaluó la necesidad de negociar APPIs. Como consecuencia inicial de este análisis, Chile suscribió el 25 de enero de 1991 el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, conocido como el Convenio de Washington, el cual aprobado por nuestro Congreso se publicó en el Diario Oficial del 9 de enero de 1992. Así surge la posibilidad de someter controversias jurídicas relativas a inversiones a arbitraje internacional, combinando la calidad de Chile como suscriptor de este Convenio y signatario de tratados bilaterales en materia de inversiones.²⁴⁰

Al destacar nuevamente estos antecedentes buscamos reforzar la idea de que los tratados que Chile ha celebrado en materia de protección de inversiones extranjeras han sido producto de una iniciativa gubernamental, pero su vigencia en nuestro territorio contó con la aprobación del Congreso, de modo tal que existió y existe acuerdo a nivel nacional en torno al contenido y alcance de los TBIs. Así, se reconoce la posición del CIADI como un garante de las condiciones en que se invierte en nuestro país, tal y como veremos en la tabla comparativa de las cláusulas arbitrales presentes en los TBIs suscritos por Chile, que es de nuestra autoría, y que expondremos a continuación:

TABLA 10: Comparativa de las Cláusulas Arbitrales en los TBIs celebrados por Chile.

TBI Chile con	Arbitraje entre Estados Contratantes	Consultas	Arbitraje Ad – hoc	Arbitraje Inversionista - Parte Contratante	Consultas	Opción de Foro	Quién Opta
Alemania	Sí	Plazo adecuado	Sí, cada parte nombra un árbitro	Sí	6 meses	1. tribunal nacional Eº anfitrión (agotamiento previo) 2. tribunal arbitral (puede ser CIADI)	Cualquiera
Argentina	Sí	No fija	Sí, cada parte nombra un árbitro	Sí	6 meses	1. tribunal nacional parte implicada en la controversia 2. tribunal arbitral (CIADI, CNUDMI o ad - hoc)	Inversionista
Australia	Sí	6 meses	Sí, cada parte nombra un árbitro	Sí	3 meses	1. tribunal nacional Eº anfitrión 2. tribunal arbitral (CIADI, CNUDMI o ad - hoc)	Inversionista
Austria	Sí	6 meses	Sí, cada parte nombra un árbitro	Sí	3 meses	1. tribunal nacional Eº anfitrión 2. tribunal arbitral (CIADI, CNUDMI o ad - hoc)	Inversionista
Bélgica	Sí	Comisión Mixta, sin plazo	Sí, cada parte nombra un árbitro	Sí	6 meses	1. tribunal nacional Eº anfitrión 2. tribunal arbitral CIADI	Inversionista
Bolivia	Sí	6 meses	Sí, cada parte nombra un árbitro	Sí	6 meses	1. tribunal nacional Eº anfitrión 2. tribunal arbitral CIADI	Inversionista

²³⁹ Fuente: <http://www.bcn.cl/tratados/glosario> (Accedido en febrero de 2016).

²⁴⁰ MAYORGA, Roberto, MORALES, Joaquín, POLANCO, Rodrigo, cit. (n. 38), p. 179.

TBI Chile con	Arbitraje entre Estados Contratantes	Consultas	Arbitraje Ad - hoc	Arbitraje Inversionista - Parte Contratante	Consultas	Opción de Foro	Quién Opta
China	Sí	6 meses	Sí, cada parte nombra un árbitro	Sí	6 meses	1. tribunal nacional Eº anfitrión 2. indemnización por expropiación CIADI 3. otra controversia ad hoc	Cualquiera
Corea	Sí	6 meses	Sí, cada parte nombra un árbitro	Sí	3 meses	1. tribunal nacional Eº anfitrión 2. tribunal arbitral CIADI	Inversionista
Costa Rica	Sí	6 meses	Sí, cada parte nombra un árbitro	Sí	5 meses	1. tribunal nacional Eº anfitrión 2. tribunal arbitral CIADI	Inversionista
Croacia	Sí	6 meses	Sí, cada parte nombra un árbitro	Sí	3 meses	1. tribunal nacional Eº anfitrión 2. tribunal arbitral CIADI	Inversionista
Cuba	Sí	6 meses	Sí, cada parte nombra un árbitro	Sí	3 meses	1. tribunal nacional Eº anfitrión 2. tribunal arbitral CNUDMI 3. tribunal ad - hoc.	Inversionista
Dinamarca	Sí	6 meses	Sí, cada parte nombra un árbitro	Sí	6 meses	1. tribunal nacional Eº anfitrión 2. tribunal arbitral CIADI	Inversionista
Ecuador	Sí	6 meses	Sí, cada parte nombra un árbitro	Sí	6 meses	1. tribunal nacional Eº anfitrión 2. tribunal arbitral CIADI	Inversionista
El Salvador	Sí	6 meses	Sí, cada parte nombra un árbitro	Sí	3 meses	1. tribunal nacional Eº anfitrión 2. tribunal arbitral CIADI	Inversionista
España	Sí	6 meses	Sí, cada parte nombra un árbitro	Sí	6 meses	1. tribunal nacional parte implicada en la controversia 2. tribunal arbitral (CIADI, CNUDMI o ad - hoc)	Inversionista
Filipinas	Sí	6 meses	Sí, cada parte nombra un árbitro	Sí	3 meses	1. tribunal nacional Eº anfitrión 2. tribunal arbitral CIADI	Inversionista
Finlandia	Sí	6 meses	Sí, cada parte nombra un árbitro	Sí	6 meses	1. tribunal nacional Eº anfitrión 2. tribunal arbitral CIADI	Inversionista
Francia	Sí	6 meses	Sí, cada parte nombra un árbitro	Sí	6 meses	1. tribunal nacional Eº anfitrión 2. tribunal arbitral CIADI	Inversionista
Grecia	Sí	6 meses	Sí, cada parte nombra un árbitro	Sí	3 meses	1. tribunal nacional Eº anfitrión 2. tribunal arbitral (CIADI, CNUDMI o ad - hoc)	Inversionista
Guatemala	Sí	6 meses	Sí, cada parte nombra un árbitro	Sí	3 meses	1. tribunal nacional Eº anfitrión 2. tribunal arbitral CIADI	Inversionista
Honduras	Sí	6 meses	Sí, cada parte nombra un árbitro	Sí	3 meses	1. tribunal nacional Eº anfitrión 2. tribunal arbitral CIADI	Inversionista
Islandia	Sí	6 meses	Sí, cada parte nombra un árbitro	Sí	6 meses	1. tribunal nacional Eº anfitrión 2. tribunal arbitral (CIADI, CNUDMI)	Inversionista
Italia	Sí	6 meses	Sí, cada parte nombra un árbitro	Sí	6 meses	1. tribunal nacional Eº anfitrión 2. tribunal arbitral (CIADI, CNUDMI o ad - hoc)	Inversionista
Malasia	Sí	No fija	Sí, cada parte nombra un árbitro	Sí	3 meses	1. tribunales o agencias adm. de la Parte Contratante que es parte en la controversia 2. tribunal arbitral CIADI	Inversionista
Nicaragua	Sí	6 meses	Sí, cada parte nombra un árbitro	Sí	3 meses	1. tribunal nacional Eº anfitrión 2. tribunal arbitral CIADI	Inversionista
Noruega	Sí	6 meses	Sí, cada parte nombra un árbitro	Sí	6 meses	1. tribunal nacional Eº anfitrión 2. tribunal arbitral CIADI	Inversionista
Panamá	Sí	6 meses	Sí, cada parte nombra un árbitro	Sí	3 meses	1. tribunal nacional Eº anfitrión 2. tribunal arbitral CIADI	Inversionista
Paraguay	Sí	6 meses	Sí, cada parte nombra un árbitro	Sí	3 meses	1. tribunal nacional Eº anfitrión 2. tribunal arbitral CIADI	Inversionista
Perú	Sí	6 meses	Sí, cada parte nombra un árbitro	Sí	6 meses	1. tribunal nacional Eº anfitrión 2. tribunal arbitral CIADI	Inversionista

TBI Chile con	Arbitraje entre Estados Contratantes	Consultas	Arbitraje Ad - hoc	Arbitraje Inversionista - Parte Contratante	Consultas	Opción de Foro	Quién Opta
Polonia	Sí	6 meses	Sí, cada parte nombra un árbitro	Sí	3 meses	1. tribunal nacional Eº anfitrión 2. tribunal arbitral (CIADI, CNUDMI)	Inversionista
Portugal	Sí	6 meses	Sí, cada parte nombra un árbitro	Sí	6 meses	1. tribunal nacional Eº anfitrión 2. tribunal arbitral CIADI	Inversionista
Reino Unido	Sí	No fija	Sí, cada parte nombra un árbitro	Sí	3 meses	1. tribunal de la Parte Contratante que sea parte en la diferencia 2. tribunal arbitral CIADI	Inversionista
República Checa	Sí	6 meses	Sí, cada parte nombra un árbitro	Sí	3 meses	1. tribunal nacional Eº anfitrión 2. tribunal arbitral (CIADI, ad hoc CNUDMI)	Inversionista
Rumania	Sí	6 meses	Sí, cada parte nombra un árbitro	Sí	3 meses	1. tribunal nacional Eº anfitrión 2. tribunal arbitral CIADI	Inversionista
Suecia	Sí	6 meses	Sí, cada parte nombra un árbitro	Sí	6 meses	1. tribunal nacional Eº anfitrión 2. tribunal arbitral CIADI	Inversionista
Suiza	Sí	12 meses	Sí, cada parte nombra un árbitro	Sí	6 meses	1. tribunal nacional Eº anfitrión 2. tribunal arbitral (CIADI, ad hoc CNUDMI)	Inversionista
Ucrania	Sí	6 meses	Sí, cada parte nombra un árbitro	Sí	3 meses	1. tribunal nacional Eº anfitrión 2. tribunal arbitral CIADI	Inversionista
Uruguay	Sí	6 meses	Sí, cada parte nombra un árbitro	Sí	3 meses	1. tribunal nacional Eº anfitrión 2. tribunal arbitral (CIADI, ad hoc CNUDMI)	Inversionista
Venezuela	Sí	12 meses	Sí, cada parte nombra un árbitro	Sí	No señala	1. tribunal nacional Eº anfitrión 2. tribunal arbitral CIADI	Inversionista

- Análisis de la Tabla N° 10.

En lo referido al arbitraje entre Estados contratantes, que se circunscribe a la aplicación e interpretación del tratado, existe homogeneidad entre las cláusulas de los TBIs, presentando la estructura base de consultas previas, seguidas de un arbitraje ad – hoc en que cada parte designa a un árbitro y el tercer miembro es designado por ambas de común acuerdo. Encontramos una variación únicamente en cuanto al plazo (salvo en los TBIs con Alemania, Argentina, Bélgica, Malasia y Reino Unido, que no establecen uno), que varía entre los 6 y los 12 meses.

Luego, en el arbitraje Estado – inversor extranjero, nos enfrentamos a una mayor diversidad, pero podemos igualmente constatar que la alternativa que más se repite es la siguiente: Consultas previas obligatorias (salvo en el TBI con Venezuela) de entre 3 y 6 meses, luego, en caso que no haya acuerdo, se permite al inversionista (excepto en los TBIs con Alemania y China que no distinguen quién tiene el derecho de opción) escoger entre los tribunales nacionales de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión (Estado anfitrión), o el arbitraje ante el CIADI, opción de jurisdicción que es definitiva.

Existen ciertos tratados que nos parece indispensable destacar, ya sea por su distanciamiento del modelo arriba descrito o por ciertas problemáticas que sus disposiciones pueden generar:

1- TBIs con Bolivia, Ecuador y Venezuela: si bien contemplan la posibilidad de acudir al CIADI, ya no son Partes Contratantes del Convenio (profundizaremos esto en §9.2) y, por lo tanto, no es posible hacer efectiva hoy en día esta cláusula arbitral. Queda abierta la posibilidad de demandar a estos Estados por responsabilidad internacional, por incumplimiento de las obligaciones contenidas en el tratado; ya que estos gobiernos debieron, conjuntamente con la denuncia del Convenio, renegociar las cláusulas arbitrales de todos sus TBIs, situación que a la fecha no se ha producido.

2- TBI con China: de acuerdo con el N° 3 del artículo 9, circunscribe la jurisdicción CIADI sólo a controversias que involucren el monto de indemnización por una expropiación, excluyendo toda otra materia del recurso al Centro. Ello, en concordancia con la notificación que, como vimos en §7.2, hizo este país en su momento al propio CIADI.

3- TBI con Cuba: es el único que no considera al CIADI dentro de las alternativas de arreglo de diferencias entre inversionista – Estado. Podemos acotar que en el caso de este país tendría especial relevancia la ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional, disponible a través de la opción por el arbitraje ad – hoc que este tratado sí contiene.

Además de poder recurrir al Centro, existen otras alternativas para el inversor, como el arbitraje ad – hoc, o el arbitraje ad – hoc establecido de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), al cual ya hemos hecho referencia anteriormente en nuestro estudio. Adicionalmente, vale la pena resaltar que ante la eventualidad de un arbitraje ad – hoc, las partes pueden acogerse a las normas de la ley N° 19.971.

La elección de foro es solamente uno de los aspectos que involucra el arbitraje como método de arreglo de diferencias, ya que existe otro ámbito de suma importancia práctica. Se trata del derecho que aplicarán los jueces árbitros en su decisión sobre el asunto controvertido. Sin embargo, como podremos constatar a continuación, 26 de los 39 TBIs suscritos por Chile no hacen referencia al derecho aplicable. Veamos primero el cuadro comparativo del derecho aplicable en las cláusulas arbitrales, que es de nuestra autoría, para posteriormente proceder a su análisis y exponer algunas breves conclusiones al respecto:

TABLA 11: Comparación del Derecho Aplicable en las Cláusulas Arbitrales de los TBIs Suscritos por Chile.

TBI Chile con	Derecho Aplicable
Alemania	El Tribunal arbitral decidirá sobre la base del presente Tratado y, en su caso, sobre la base de otros tratados vigentes entre las Partes, del derecho interno de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y de los principios generales del Derecho Internacional.
Argentina	El órgano arbitral decidirá en base a las disposiciones del presente Tratado, al derecho de la Parte Contratante que sea parte en la controversia - incluidas las normas relativas a conflictos de leyes - y a los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión como así también a los principios del derecho internacional en la materia.
Australia	No señala

TBI Chile con	Derecho Aplicable
Austria	No señala
Bélgica	El tribunal arbitral resolverá sobre la base del derecho nacional de la Parte Contratante en la cual la inversión se ha efectuado, incluyendo las reglas relativas a los conflictos de leyes, disposiciones del presente Acuerdo, términos de acuerdos particulares que existieren respecto de la inversión así como los principios del derecho internacional.
Bolivia	No señala
China	El tribunal de arbitraje ad – hoc decidirá en conformidad con la legislación de la Parte Contratante en la controversia que acepta la inversión, incluidas sus normas sobre el derecho internacional privado, las disposiciones de este Convenio, como también los principios generalmente reconocidos en el derecho internacional.
Corea	No señala
Costa Rica	a) Las disposiciones del presente Acuerdo y las de otros Acuerdos concluidos entre las Partes Contratantes; b) el derecho nacional de la Parte Contratante en cuyo territorio se ha realizado la inversión, incluidas las reglas relativas a los conflictos de leyes y a los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión y c) las reglas y los principios universalmente reconocidos de Derecho Internacional.
Croacia	No señala
Cuba	No señala
Dinamarca	No señala
Ecuador	El órgano arbitral decidirá en base a las disposiciones del presente Convenio; al derecho de la Parte Contratante involucrada en la controversia incluidas las normas relativas a conflictos de leyes; a los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión y a los principios del Derecho Internacional aplicables en la materia.
El Salvador	No señala
España	El órgano arbitral decidirá en base a las disposiciones del presente Tratado, al derecho de la Parte Contratante que sea parte en la controversia – incluidas las normas relativas a conflictos de leyes – y a los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión, como así también los principios del derecho internacional en la materia.
Filipinas	No señala
Finlandia	No señala
Francia	No señala
Grecia	El tribunal arbitral decidirá la diferencia en conformidad con las disposiciones de este Acuerdo y las normas y principios aplicables del derecho internacional. Los laudos del arbitraje serán definitivos y vinculantes para ambas partes en la diferencia. Cada Parte Contratante cumplirá sin demora cualquiera de dichos laudos y éstos se ejecutarán en conformidad con la ley del país.
Guatemala	No señala
Honduras	No señala
Islandia	No señala
Italia	El tribunal arbitral decidirá sobre la base del derecho de la Parte Contratante parte en la controversia, incluyendo las normas de esta última relativas a conflictos de leyes, las disposiciones del presente Acuerdo, los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión, así como los principios de derecho internacional en la materia, especialmente el principio de la buena fe.
Malasia	No señala
Nicaragua	No señala
Noruega	No señala
Panamá	No señala
Paraguay	No señala
Perú	No señala
Polonia	No señala
Portugal	El Tribunal Arbitral, decidirá, basándose en las disposiciones de este Acuerdo, en los principios del Derecho Internacional en la materia, en los principios generales de Derecho reconocidos por las Partes Contratantes, en el derecho de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión, y en los términos de eventuales acuerdos particulares que digan relación con la inversión.
Reino Unido	No señala
República Checa	No señala
Rumania	No señala

TBI Chile con	Derecho Aplicable
Suecia	No señala
Suiza	El tribunal arbitral decidirá sobre la base de las disposiciones del presente Acuerdo y de otros acuerdos relevantes entre las Partes Contratantes, de los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión, del derecho de la Parte Contratante que sea parte en la controversia, incluidas las normas relativas a conflictos de leyes, como de los principios y normas del derecho internacional que sean aplicables.
Ucrania	No señala
Uruguay	El Tribunal Arbitral decidirá basándose en las disposiciones de este Acuerdo, en el Derecho de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión, incluidas las normas relativas a conflictos de leyes, en los términos de eventuales acuerdos particulares que tengan relación con la inversión, así como en los principios del Derecho Internacional en la materia.
Venezuela	El tribunal arbitral decidirá sobre la base de las disposiciones del presente Acuerdo y de otros acuerdos relevantes entre las Partes Contratantes, de los términos de eventuales acuerdos particulares concluidos con relación a la inversión, del derecho de la Parte Contratante que sea parte en la controversia, incluidas las normas relativas a conflictos de leyes, como de los principios y normas del derecho internacional que sean aplicables.

- Análisis de la Tabla N° 11.

Aun cuando son sólo 13 los tratados que sí establecen el derecho aplicable por el tribunal arbitral, el contenido de este tercio de los TBIs suscritos por Chile es bastante similar. El tribunal arbitral debe decidir primero sobre la base del Acuerdo contenido en el tratado, en subsidio, en base al derecho del Estado anfitrión, incluidas sus normas de derecho internacional privado sobre conflicto de leyes y, finalmente, debe recurrir a los principios y normas de derecho internacional que resulten aplicables.

Esta jerarquización normativa no debe de extrañarnos, en tanto es una solución basada en las normas CIADI, en particular el artículo 42 del Convenio.²⁴¹ Empero, se distancia de las disposiciones aplicables según el Reglamento de Arbitraje CNUDMI, que en su artículo 33 dispone lo siguiente:

“Artículo 33. 1. El tribunal arbitral aplicará la ley que las partes hayan indicado como aplicable al fondo del litigio. Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.

2. El tribunal arbitral decidirá como amigable componedor (ex aequo et bono) sólo si las partes lo han autorizado expresamente para ello y si la ley aplicable al procedimiento arbitral permite este tipo de arbitraje.

3. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.”

Esta diferencia no es menor si se considera que la mayoría de los TBIs suscritos por Chile no señalan el derecho que debe aplicarse y, por lo tanto, las normas en virtud de las cuales se dé solución al conflicto serán considerablemente distintas, a saber:

²⁴¹ El Artículo 42 del Convenio dispone lo siguiente:

(1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

(2) El Tribunal no podrá excusarse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley.

(3) Las disposiciones de los precedentes apartados de este Artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia ex aequo et bono.

Fuente: sitio web oficial CIADI <http://icsid.worldbank.org> (Accedido en febrero de 2016).

- Arbitraje CIADI: si las partes optan por este mecanismo, el Convenio regula el derecho aplicable (en subsidio del acuerdo de partes se aplica el derecho del Estado anfitrión y las normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables).
- Arbitraje ad – hoc CNUDMI: si las partes escogen esta vía y el TBI no señala derecho aplicable, será el tribunal arbitral el que, empleando las normas de conflicto de leyes que estime aplicables, determine el derecho nacional que deberá aplicarse, teniendo en cuenta las disposiciones del contrato, si lo hay, y los usos mercantiles aplicables al caso.

Como vemos, no es una cuestión menor la ausencia de elección del derecho aplicable en el TBI y es muy aconsejable que las partes utilicen la CNF para valerse de las cláusulas arbitrales que sí señalan las normas que el tribunal debe utilizar para zanjar la diferencia.

- **Modelo Chileno de Cláusula Arbitral.**

Basándonos en los datos que hemos expuesto en los cuadros números 8 y 9, podemos elaborar el modelo chileno de cláusula arbitral, que sería el siguiente:

- Arbitraje entre partes contratantes: circunscrito a la aplicación e interpretación del TBI, se establecen consultas previas obligatorias de 6 o 12 meses; si no hay acuerdo, se pasa a un arbitraje ad – hoc en que cada parte designa a un árbitro y ambas en conjunto designan al tercer miembro del tribunal.
- Arbitraje inversionista – Estado: consultas previas obligatorias de entre 3 y 6 meses, si no hay acuerdo, se permite al inversionista escoger entre los tribunales nacionales de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión (Estado anfitrión), o el arbitraje ante el CIADI, opción que es definitiva. El tribunal arbitral debe decidir sobre la base del acuerdo entre las partes, en subsidio, en base al derecho del Estado anfitrión, incluidas sus normas sobre conflicto de leyes y, finalmente, debe recurrir a los principios y normas de derecho internacional que resulten aplicables.

Un punto importantísimo que debe agregarse a este modelo es que en todos los TBIs suscritos por Chile se establece la renuncia a la actuación a través de canales diplomáticos, hasta la conclusión de los procedimientos establecidos en la cláusula de arreglo de controversias. Este derecho resurge ante el incumplimiento de lo dispuesto por el tribunal correspondiente, sea éste arbitral o nacional. Nuevamente encontramos disposiciones similares a aquellas que contiene el Convenio, en su artículo 27.²⁴²

²⁴² El Artículo 27 del Convenio establece:

(1) Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.
 (2) A los efectos de este Artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia.

En Chile, la existencia del arbitraje internacional como modelo de sistema de solución de disputas fue configurada en base a los TBIs y al Centro, pero como paso previo a dicho modelo, el Comité de Inversiones Extranjeras solicitó un informe en derecho a objeto de determinar la legalidad de que el Estado sometiera a arbitraje controversias en las que es parte. Sobre el particular, se determinó que la ley o un tratado pueden autorizar al CIE para someter a la jurisdicción de un tribunal arbitral extranjero los conflictos que se deriven de la inversión de un extranjero en Chile al amparo del decreto ley N° 600 de 1974. Ello, considerando que no existe en el ordenamiento constitucional chileno una norma que prohíba al Estado pactar arbitrajes, ni tampoco se encuentra alguna disposición que encargue a un determinado tribunal nacional el conocimiento del asunto que el Estado somete a arbitraje. De esta manera, la posibilidad de hacerlo depende de lo prescrito en la legislación existente, donde esta materia no se considera de arbitraje prohibido, pudiendo perfectamente pactarse dentro de un tratado de protección de inversiones.²⁴³ Hoy queda abierta la inquietud sobre esta materia, puesto que existen nuevas instituciones en materia de IED en Chile: con la publicación de la Ley 20848 el 25 de junio de 2015 que Establece el Marco para la Inversión Extranjera Directa en Chile y Crea la Institucionalidad Respectiva, nace la Agencia de Promoción de la Inversión Extranjera (APIE), cuyo papel es reemplazar al CIE en base a este cuerpo normativo que viene a renovar el régimen aplicable a la IED en nuestro país.²⁴⁴

Si contrastamos las particularidades del arbitraje inversor – Estado, con los distintos medios disponibles en el orden interno, obtenemos como resultado un amplio margen de ventajas a favor del primero, radicadas en su nivel técnico o de especialización, y la ausencia del componente de politización de los procesos jurisdiccionales, como asimismo la posibilidad directa de proteger y caucionar los estándares de inversión junto con la discusión del fondo del asunto. Con todo, la experiencia chilena hasta la fecha en materia de arbitraje internacional sobre inversiones extranjeras es más bien exigua, tal y como lo constataremos en §9.1, pero sabemos que la existencia del TBI tiene una doble dimensión, puesto que está pensado para ser utilizado, pero su objetivo primordial es proporcionar garantías satisfactorias al inversor, y aumentar el nivel de confianza en las condiciones del mercado interno del Estado que lo suscribe, finalidades que han probado ser plenamente cumplidas a través del ingreso de un importante número de inversores a nuestro país, en conjunción con un bajo nivel de controversias relacionadas.

Finalmente, vale la pena hacer referencia al hecho de que Chile tiene TBIs firmados, pero no ratificados, con Brasil, Colombia, Egipto, Holanda, Hungría, Indonesia, El Líbano, Nueva Zelanda, Sudáfrica, Túnez, Turquía y Vietnam. Estos instrumentos no fueron contemplados en este análisis, pues no se encuentran vigentes, pero es bueno conocer sobre su existencia.

Fuente: sitio web oficial CIADI <http://icsid.worldbank.org> (Accedido en febrero de 2016).

²⁴³ MAYORGA, Roberto, MORALES, Joaquín, POLANCO, Rodrigo, cit. (n. 38), p. 221 y 222.

²⁴⁴ En el Anexo N° 2 de este trabajo hemos incluido el texto de la ley en comento.

- Breve Comentario Respecto de lo Visto sobre los TBIs.

Hemos hecho hasta aquí un repaso pormenorizado de lo que implica un TBI para el Estado que lo firma, se trata de un grupo de disposiciones pensadas para favorecer de manera prioritaria a una sola de las partes que participan en la IED: el inversionista extranjero. La necesidad de comprender a cabalidad las implicancias de este instrumento internacional se condice con el objetivo de nuestro trabajo, esto es, emitir un juicio fundado en torno al estado actual de esta cuestión, poniendo en la balanza sus aspectos positivos y negativos.

Por todo lo anterior, nuestra intención ha sido anticipar varios de los aspectos clave que generan controversias en el plano internacional. Dichas críticas y la consiguiente convicción en torno a la necesidad de reformas, no son algo antojadizo o localizado únicamente en nuestra región, sino que son el producto del seguimiento de los mecanismos existentes hoy y de su funcionamiento, reconociendo así los aspectos que admiten mejoras.

6. TLC's y su Cláusula de SCIE, el Caso Chileno.

Ya en §3.2 hacíamos referencia a la multiplicidad de fuentes que existen en el derecho internacional y cómo esta característica, determina que las fuentes de normas positivas de esta rama del derecho se encuentren dispersas. Relacionado directamente con lo anterior, nos encontramos con que los TBIs no son los únicos instrumentos que permiten acceder al arbitraje internacional en los casos de SCIE, sino que existen también cláusulas arbitrales en los Tratados de Libre Comercio. Nuevamente, acudiremos a Chile como caso ejemplar; en este apartado estudiaremos las cláusulas y el procedimiento que contemplan, revisando las disposiciones relevantes, en los 25 TLCs vigentes en nuestro país a la fecha (más el Trans Pacific Partnership – TPP, firmado el 3 de febrero de 2016, aún no publicado en el Diario Oficial de Chile):²⁴⁵

²⁴⁵ El listado de Acuerdos Comerciales disponible en DIRECON contempla 4 clases de acuerdos:

1. Acuerdo o Tratado de Libre Comercio: Un tratado de libre comercio (TLC) consiste en un acuerdo comercial regional o bilateral que busca ampliar el mercado de bienes y servicios entre los países participantes. Básicamente, consiste en la eliminación o rebaja sustancial de los aranceles para los bienes entre las partes, y acuerdos en materia de servicios. Este acuerdo se rige por las reglas de la Organización Mundial de Comercio (OMC) o por mutuo acuerdo entre los países participantes.

2. Acuerdo de Complementación Económica: Es una denominación que usan los países latinoamericanos en los acuerdos bilaterales que contraen entre sí para abrir recíprocamente sus mercados de bienes, los que se inscriben en el marco jurídico de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI). Apuntan a una apertura de mercados mayor a la de los Acuerdos de Alcance Parcial, pero menor que los Tratados de Libre Comercio. En este tipo de acuerdos se negocian todos los productos de ambos países.

3. Acuerdo de Alcance Parcial: Es un acuerdo comercial básico, ya que sólo incluye materias arancelarias pero sólo para un grupo de bienes. Es decir, se liberan o rebajan los aranceles de algunos de los productos del comercio entre los países que lo negocian. Normalmente se le concibe como una primera etapa en un proceso de apertura mayor a largo plazo.

4. Acuerdo de Asociación Económica: Este tipo de acuerdos es tan completo como los TLC, sin embargo, también incluye materias del ámbito político y de cooperación como es el caso del Acuerdo de Asociación que existe entre Chile y la Unión Europea.

Fuente: sitio web oficial DIRECON / Listado Acuerdos Comerciales / Glosario.

6.1 TLC Chile – Australia.²⁴⁶

Necesariamente debemos comenzar citando el anexo 10 – E de este tratado, que pone término al TBI Chile – Australia:

“Anexo 10-E. Término del Acuerdo Bilateral de Inversiones.

1. *Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo 2, las Partes acuerdan que el “Convenio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de Australia para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones”, y su Protocolo, suscrito en Canberra el 9 de julio de 1996 (en adelante el “APPI”), terminará su vigencia en la fecha de entrada en vigor del presente Tratado.*
2. *El APPI mantendrá su vigencia respecto de toda inversión (definida como tal en el APPI) que ha sido realizada en un período anterior a la entrada en vigor del presente Tratado, respecto de cualquier acto, hecho o situación originada con anterioridad a la entrada en vigor de este Tratado.*
3. *Sin perjuicio del párrafo 2, un inversionista sólo podrá someter una reclamación a arbitraje de acuerdo con el Artículo 11 del APPI (Arreglo de diferencias entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante), siempre que no hayan transcurrido más de 3 años a partir de la fecha de entrada en vigor del presente Tratado.*
4. *Las Partes acuerdan que el presente Anexo constituye una modificación al Artículo 12 del APPI y que da por terminada la vigencia del APPI.”*

Estas disposiciones pueden entenderse de mejor forma si se tiene en cuenta el Capítulo 10 del TLC, que lleva por título “Inversión”.

El Capítulo 10 se divide en dos secciones y es, en realidad, un TBI dentro del TLC, con la misma estructura y normas. En la Sección A, encontramos las cláusulas relativas al trato nacional, CNF, estándar mínimo internacional, trato justo y equitativo, transferencias, expropiación e indemnización.

La Sección B, se ocupa de la solución de las controversias inversionista – Estado, a lo largo de los artículos 10.14 a 10.28, conformando una regulación meticulosa que reitera aspectos que ya se encuentran regulados en instrumentos como el Convenio.

El artículo 10.14 establece el Ámbito de Aplicación de la Solución de Controversias Inversionista – Estado, e indica que se aplica cuando existe una disputa entre una Parte y un inversionista de la otra Parte relativa a una inversión cubierta, hecha en el territorio de la Parte, de acuerdo con sus leyes, regulaciones y políticas de inversión.

Se fija un período obligatorio de consultas de 6 meses. Si dichas gestiones fracasan, se contemplan 4 posibilidades de arbitraje en el artículo 10.16.3:

1. De conformidad con el Convenio del CIADI, siempre que tanto la Parte no contendiente como el demandado sean partes del Convenio del CIADI.

<http://www.direcon.gob.cl> (Accedido en febrero de 2016).

²⁴⁶ Firmado en Canberra, Australia, el 30 de Julio de 2008 y se encuentra vigente desde el 6 de marzo de 2009.

2. De conformidad con las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, siempre que la Parte no contendiente o el demandado, pero no ambos, sean parte del Convenio del CIADI.
3. De conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI.
4. Si las partes contendientes lo acuerdan, a cualquier otra institución de arbitraje o de conformidad con cualquier otro reglamento de arbitraje.

Ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje, si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en que el demandante por primera vez tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación, causando pérdidas o daños al demandante o a su inversión cubierta.

Como mencionamos arriba, muchas de estas disposiciones reiteran normas presentes en el Convenio, y es ese el caso del artículo 10.18.5, que reproduce las normas relativas a la renuncia de la protección diplomática:

“Ninguna Parte concederá protección diplomática, ni promoverá una reclamación internacional, respecto de cualquier controversia en que uno de sus inversionistas y la otra Parte hayan consentido en someter o hayan sometido a conciliación o arbitraje de acuerdo al Artículo 10.17, salvo que dicha otra Parte no haya acatado el laudo dictado en tal controversia o haya dejado de cumplirlo. La protección diplomática, para los efectos de este párrafo, no incluye las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la solución de la controversia.”

El artículo 10.23 trata el tema del derecho aplicable, de acuerdo con el cual el tribunal decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con el Tratado y con las normas aplicables del derecho internacional.

6.2 ACE Chile – Bolivia.²⁴⁷

Su artículo 14 contiene las cláusulas de trato nacional y la CNF.

No contempla mecanismos SCIE. Pero recordemos que en §7.5 vimos que el TBI Chile – Bolivia sí los establece, aunque Bolivia ya no es Parte Contratante del Convenio.

6.3 TLC Chile – Canadá.²⁴⁸

La Tercera Parte de este tratado está orientada a la Inversión, Servicios y Asuntos Relacionados. Dentro de ésta, el Capítulo G regula el tema de la Inversión. La Sección I del Capítulo G regula el trato nacional, CNF, estándar mínimo de trato, transferencias, y expropiación e indemnización. Entre Chile y Canadá no existe un TBI, de manera tal que estas normas configuran el estatuto de la IED entre ambos países.

²⁴⁷ Suscrito en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, el 6 de abril de 1993, entró en vigencia ese mismo día.

²⁴⁸ Firmado en Santiago de Chile, el 5 de Diciembre de 1996, vigente desde el 5 de Julio de 1997.

La Sección II, titulada Solución de controversias entre una Parte y un inversionista de la otra Parte, abarca los artículos G-16 a G-39. El artículo G-19 establece que las partes contendientes intentarán primero dirimir la controversia por vía de consulta o negociación. Esta norma debe relacionarse con el artículo G-21.1 que exige que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los hechos que motivan la reclamación.

El artículo G-17 faculta al inversionista para someter a arbitraje una reclamación, por cuenta propia, si se cumplen 3 requisitos:

1. Que se trate de una violación de las obligaciones establecidas en:
 - a. la Sección I o el artículo J-03(2) (Empresas del Estado); o
 - b. el artículo J-02(3)(a) (Monopolios y Empresas del Estado), cuando el monopolio ha actuado de manera incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con la Sección I.
2. Que el inversionista ha sufrido pérdidas o daños en virtud de esa violación o a consecuencia de ella.
3. Un inversionista no podrá presentar una reclamación si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en la cual tuvo conocimiento por primera vez o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación, así como conocimiento de que sufrió pérdidas o daños.

Por su parte, el artículo G-18 faculta al inversionista para entablar una reclamación en representación de una empresa que sea una persona jurídica de su propiedad o que esté bajo su control directo o indirecto, si se cumplen 4 requisitos:

1. Que se trate de una violación de las obligaciones establecidas en:
 - a. La Sección I o el artículo J-03(2) (Empresas del Estado); o
 - b. El artículo J-02(3)(a) (Monopolios y Empresas del Estado), cuando el monopolio haya actuado de manera incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con la Sección I.
2. Que la empresa haya sufrido pérdidas o daños en virtud de esa violación o a consecuencia de ella.
3. Un inversionista no podrá presentar una reclamación en representación de la empresa, si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en la cual la empresa tuvo conocimiento por primera vez, o debió tener conocimiento de la presunta violación, así como conocimiento de que sufrió pérdidas o daños.
4. Cuando un inversionista presente una reclamación de conformidad con este artículo y, de manera paralela el inversionista o un inversionista que no tenga el control de una empresa, presente una reclamación en los términos del artículo G-17 como consecuencia de los mismos actos que dieron lugar a la presentación de una reclamación de acuerdo con este artículo, y dos o más reclamaciones se sometan a arbitraje en los términos del artículo G-21, el Tribunal establecido conforme al artículo G-27, examinará conjuntamente dichas reclamaciones, salvo que el Tribunal determine que los intereses de una parte contendiente se verían perjudicados.
4. Una inversión no podrá presentar una reclamación conforme a esta Sección.

El artículo G-21 se preocupa del sometimiento de la reclamación al arbitraje, y fija las opciones de foro de que dispone el inversionista para entablar su reclamación:

“1. Salvo lo dispuesto en el Anexo G-21.1 y siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los hechos que motivan la reclamación, un inversionista contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje de acuerdo con:

a. el Convenio del CIADI, siempre que tanto la Parte contendiente como la Parte del inversionista, sean Estados parte del mismo;

b. las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, cuando la Parte contendiente o la Parte del inversionista, pero no ambas, sea Parte del Convenio del CIADI; o

c. las Reglas de Arbitraje de CNUDMI.

2. Las reglas arbitrales aplicables regirán el arbitraje salvo en la medida de lo modificado en esta Sección.”

De acuerdo con esta disposición, el inversionista podría optar por el arbitraje CIADI, pero esta hipótesis no puede cumplirse, en la medida en que Canadá no es Parte Contratante del Convenio. Por lo tanto, sólo pueden hacerse efectivas las alternativas del Mecanismo Complementario CIADI y el arbitraje según las reglas CNUDMI.

El artículo G-22 obliga a la parte que desea iniciar un arbitraje a consentir en someterse al arbitraje en los términos de los procedimientos establecidos en el Tratado, y a renunciar a su derecho a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial conforme a la ley de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de solución de controversias, respecto a la medida de la Parte contendiente presuntamente violatoria de las disposiciones a las que se refiere el artículo G-17, salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario, que no impliquen el pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial, conforme a la legislación de la Parte contendiente. El consentimiento y la renuncia requeridos por este artículo deben manifestarse por escrito, entregados a la Parte contendiente e incluidos en el sometimiento de la reclamación a arbitraje. El número 4 del artículo G-22 establece una excepción a estas obligaciones: en el caso que la Parte estatal haya privado al inversionista contendiente del control en una empresa, no se requerirá la renuncia de la empresa y no será aplicable el Mecanismo Complementario del CIADI.

Con respecto al derecho aplicable, el artículo G-32 indica que un tribunal establecido de acuerdo con esta sección decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con el Tratado y con las reglas aplicables del derecho internacional. La interpretación que formule la Comisión de Libre Comercio del TLC Chile – Canadá sobre una disposición del Tratado, será obligatoria para un Tribunal establecido de conformidad con esta Sección.

Una norma de particular relevancia es el artículo G-39, que dispone que las normas de solución de controversias del TLC Chile – Canadá no se aplican a acciones realizadas por una Parte estatal de conformidad con el artículo O-02 (Seguridad nacional), de manera tal que la resolución de una Parte que prohíba o restrinja la adquisición de una inversión en su territorio

por un inversionista de la otra Parte o su inversión, de acuerdo con aquel artículo, no estará sujeta a dichas disposiciones.

Los artículos restantes, en su mayoría, repiten las normas procedimentales del sistema CIADI, como también las disposiciones relevantes en materia de recursos y de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

Finalmente, el Anexo G-39.2 dispone ciertas exclusiones de las disposiciones de solución de controversias, en virtud de las cuales Canadá establece una salvedad:

“Las disposiciones relativas al mecanismo de solución de controversias previsto en la Sección II o del Capítulo N (Disposiciones institucionales y procedimientos para la solución de controversias), no se aplicarán a una decisión de Canadá que resulte de someter a revisión una inversión conforme a las disposiciones de la Ley de Inversión de Canadá (Investment Canada Act), relativa a si debe permitirse una adquisición que esté sujeta a dicha revisión.”

6.4 TLC Chile – Centroamérica.²⁴⁹

En términos generales, el tratado establece, en su Capítulo 19, un proceso con tres etapas para la solución de controversias. La primera de consultas, una segunda de buenos oficios, conciliación y mediación ante la Comisión de Libre Comercio; y, una tercera, de solución arbitral cuando la controversia no logró ser resuelta en las etapas anteriores. Cabe mencionar, también, el compromiso de las partes en orden a promover y facilitar el arbitraje y otros medios alternativos para la solución de controversias comerciales internacionales entre particulares en la zona de libre comercio.²⁵⁰ Entre sus disposiciones no encontramos una referencia directa al CIADI o al Mecanismo Complementario, pero sí hay una forma de acceder indirectamente al Centro, a través del Anexo 10.01, que incorpora al texto del Tratado los TBIs entre Chile y Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, todos los cuales contemplan el recurso al Centro en sus respectivas cláusulas arbitrales.

6.5 TLC Chile – China.²⁵¹

Similar al caso anterior, este TLC tampoco contempla expresamente al CIADI como uno de los foros en materia de solución de controversias. En cambio, elabora un mecanismo particular que está consagrado en el artículo 81:

“Artículo 81 Opción de foro

1. Las controversias que surjan respecto a cualquier asunto, en virtud de lo dispuesto en este Tratado y bajo otro acuerdo de libre comercio del cual las Partes sean parte o el Acuerdo sobre la OMC, la Parte reclamante podrá seleccionar el foro por el cual se resolverá la controversia.

²⁴⁹ Adoptado entre los Gobiernos de las Repúblicas de Chile, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, el 16 de enero de 2002, vigente desde el 14 de febrero de 2002.

²⁵⁰ MAYORGA, Roberto, MORALES, Joaquín, POLANCO, Rodrigo, cit. (n. 38), p. 232.

²⁵¹ Firmado en Busan, Corea, el 18 de Noviembre de 2005, vigente desde el 3 de Octubre de 2006.

2. *Una vez que la Parte reclamante haya solicitado la constitución de un tribunal arbitral bajo cualquiera de los acuerdos referidos en el párrafo 1, el foro seleccionado será excluyente de los otros.*”

Se trata de una especie de CNF en materia de elección de foro, que permite utilizar todos los medios consagrados en los acuerdos de libre comercio que las Partes han celebrado con terceros Estados, de manera tal que sí queda disponible el recurso al Centro. Nos parece bastante extraña esta solución adoptada en el texto del TLC, ya que no restringe el consentimiento al CIADI, como sí lo hace el TBI Chile – China. Empero, debemos recordar que China notificó al Centro que la única clase de diferencias que somete a su jurisdicción son las que se refieren a la indemnización por una expropiación.

6.6 Acuerdo de Libre Comercio Chile – Colombia.²⁵²

El Capítulo 9 de este TLC trata el tema de las inversiones. La Sección A de dicho Capítulo establece una serie de principios y reglas de naturaleza similar a aquellas que encontramos en los TBIs. La particularidad en este caso es que, al igual que con Canadá, no existe un TBI entre Chile y Colombia, de manera tal que sólo estas disposiciones constituyen el estatuto de la inversión extranjera acordado entre ambos países. La Sección A contiene normas relativas al trato nacional, al trato de nación más favorecida, nivel mínimo de trato, trato no discriminatorio, transferencias, expropiación e indemnización, entre otras.

A continuación, la Sección B del Capítulo 9 trata la solución de controversias inversionista – Estado. El artículo 9.15 exige que en caso de una controversia relativa a una inversión, el demandante y el demandado deben primero tratar de solucionar la controversia mediante consultas y negociación, lo que puede incluir el empleo de procedimientos de carácter no obligatorio con la participación de terceras partes. Se abre así la posibilidad de someterse a una conciliación o mediación previa al arbitraje.

El sometimiento a arbitraje de una reclamación, de acuerdo con el artículo 9.16, procede en caso de que una parte contendiente considere que no puede resolverse una controversia relativa a una inversión mediante consultas y negociación. Se distingue el derecho del inversionista de reclamar a nombre propio o en representación de una persona jurídica de su propiedad o que esté bajo su control directo o indirecto, en tanto cumpla con los siguientes requisitos:

1. Que el demandante alegue que el demandado ha violado una obligación de conformidad con la Sección A.
2. Que el demandante alegue que ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta.

El demandante podrá someter a arbitraje una reclamación alegando que el demandado ha violado una obligación de conformidad con la Sección A, a través de las actuaciones de un monopolio designado, una empresa del Estado u otra persona, que ejerza cualquier facultad

²⁵² Firmado en Santiago, Chile, el 27 de Noviembre de 2006, vigente desde el 8 de Mayo de 2009.

regulatoria, administrativa u otra facultad gubernamental que la Parte le haya delegado, en conexión con la mercancía o servicio, como por ejemplo el poder de expropiar, el poder de otorgar licencias de importación o exportación, aprobar transacciones comerciales, imponer cuotas, derechos y otros cobros.

Por lo menos 180 días antes de que se someta una reclamación a arbitraje en virtud de esta Sección, el demandante entregará al demandado una notificación escrita de su intención de someter la reclamación a arbitraje. Siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los hechos que motivan la reclamación, el demandante podrá someter la reclamación a uno de los siguientes procedimientos:

1. De conformidad con el Convenio del CIADI y todos sus instrumentos aplicables, siempre que tanto la Parte no contendiente como el demandado sean partes del mismo.²⁵³
2. De conformidad con las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, siempre que la Parte no contendiente o el demandado, pero no ambos, sean parte del Convenio del CIADI; o
3. De conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI.
4. Si las partes contendientes lo acuerdan, un tribunal de arbitraje ad-hoc, bajo cualquier otra institución de arbitraje o de conformidad con cualquier otro reglamento de arbitraje.

El artículo 9.18 impone ciertas condiciones y limitaciones al consentimiento de las Partes: ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje si han transcurrido más de treinta y nueve meses a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación alegada, y conocimiento de que el demandante o la empresa sufrió pérdidas o daños. Ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje, a menos que el demandante consienta por escrito a someterse al arbitraje, de conformidad con los procedimientos previstos en el TLC; y que su solicitud se acompañe de la renuncia por escrito del demandante a cualquier derecho a iniciar o continuar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquiera de las Partes, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier actuación respecto de los hechos o medidas que se alegue dieron lugar a la violación reclamada; salvo que se trate de medidas precautorias. Asimismo, ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje, si el demandante o la empresa han sometido previamente la misma violación que se alega ante un tribunal administrativo o judicial de la Parte demandada, o a cualquier otro procedimiento de solución de controversias vinculante.

Sobre el derecho aplicable, el artículo 9.22 indica que el Tribunal decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con el TLC y con las normas aplicables del derecho internacional. Una decisión de la Comisión en la que se declara la interpretación de una disposición del TLC, será obligatoria para el Tribunal que se establezca de conformidad con esta Sección, y toda decisión o laudo emitido por un Tribunal deberá ser compatible con esa

²⁵³ Colombia firmó el Convenio el 18 de mayo de 1993, depositó el instrumento de ratificación el 15 de julio de 1997, y el Convenio entró en vigor a su respecto el 14 de agosto de 1997.

decisión de la Comisión. Las normas restantes reiteran las disposiciones procedimentales del sistema CIADI.

6.7 TLC Chile – Corea del Sur.²⁵⁴

La Parte III de este TLC regula las Inversiones, Servicios y Asuntos Relacionados. Dentro de ésta encontramos el Capítulo 10 sobre Inversiones. La Sección A contiene las definiciones. La Sección B las normas sobre trato nacional, CNF, estándar mínimo de trato, plena protección y seguridad, trato justo y equitativo, pérdidas y compensación, transferencias, expropiación y compensación, y subrogación. Nuevamente podemos constatar una estructura que se asemeja bastante a la de un TBI.

La Sección C, artículos 10.19 a 10.42, se ocupa de la solución de controversias entre una Parte y un inversionista de la otra Parte. El artículo 10.19 señala como objetivo que, sin perjuicio de los derechos y obligaciones de las Partes establecidos en el Capítulo 19, esta Sección establece un mecanismo para la solución de controversias en materia de inversión que asegura, tanto un trato igual entre inversionistas de las Partes de acuerdo con el principio de reciprocidad internacional, como un debido proceso legal ante un tribunal imparcial.

Se distinguen dos derechos del inversionista para reclamar: uno por cuenta propia, y otro en representación de una empresa. Los artículos 10.20 y 10.21 establecen similares requisitos que en el TLC Chile – Canadá para cada caso, fijando incluso el mismo plazo de 3 años para reclamar a partir de la fecha en la cual tuvo conocimiento por primera vez o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación, así como conocimiento de que sufrió pérdidas o daños.

El artículo 10.22 exige que las partes contendientes intenten en primer término dirimir la controversia por la vía de consultas o negociación. Transcurridos seis meses desde que se iniciaron las negociaciones, el artículo 10.24 dispone que un inversionista contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje de acuerdo con una de las siguientes alternativas:

1. El Convenio del CIADI, siempre que tanto la Parte contendiente como la Parte del inversionista, sean Estados parte del mismo.
2. Las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, cuando la Parte contendiente o la Parte del inversionista, pero no ambas, sea Parte del Convenio del CIADI.
3. Las Reglas de Arbitraje de CNUDMI.

El artículo 10.23 fija una serie de exigencias formales relacionadas con la notificación de la intención de someter la reclamación a arbitraje:

²⁵⁴ Firmado en Seúl, Corea, el 15 de Febrero de 2003, vigente desde el 1 de Abril de 2004.

“El inversionista contendiente notificará por escrito a la Parte contendiente su intención de someter una reclamación a arbitraje a lo menos 90 días antes de que se presente la reclamación, señalando lo siguiente en dicha notificación:

- (a) el nombre y dirección del inversionista contendiente y, en casos en que la reclamación se haya realizado conforme al Artículo 10.21, incluirá el nombre y la dirección de la empresa;*
- (b) las disposiciones del presente Tratado presuntamente incumplidas y cualquier otra disposición aplicable;*
- (c) las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda la reclamación; y*
- (d) la reparación que se solicita además del monto aproximado de los daños reclamados.”*

Otro requisito importante se refiere a la renuncia a iniciar o continuar cualquier procedimiento ante un tribunal administrativo o judicial conforme a la ley de cualquiera de las Partes u otros procedimientos de solución de controversias respecto de la medida de la Parte contendiente presuntamente violatoria, salvo los procedimientos en que se solicite la aplicación de medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario, que no impliquen el pago de daños ante el tribunal administrativo o judicial, conforme a la legislación de la Parte contendiente, tal y como lo establece el artículo 10.25.

En materia de derecho aplicable, el artículo 10.35 dispone que un Tribunal establecido conforme a esta Sección decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con el propio TLC y con las reglas aplicables del derecho internacional. Además, la interpretación que formule la Comisión sobre una disposición del presente Tratado, será obligatoria para un Tribunal establecido de conformidad con esta Sección.

El resto de las disposiciones de esta Sección C reiteran las normas procesales del sistema CIADI, declarándolas expresamente aplicables, aunque, como sabemos, basta con la manifestación de consentimiento para que éstas comiencen a regir.

6.8 ACE Chile – Cuba.²⁵⁵

No contiene normas sobre SCIE, recordemos que el TBI Chile – Cuba sí las establece, pero no contempla al CIADI como opción.

6.9 ACE Chile – Ecuador.²⁵⁶

El Capítulo 9 fija que en materia de inversiones las partes se obligan a realizar negociaciones. Recordemos que el TBI con Ecuador data de la misma época que este ACE y contempla mecanismos SCIE que incluyen al CIADI, pero que Ecuador ya no es Parte Contratante del Convenio.

²⁵⁵ Firmado el 20 de diciembre de 1999, entró en vigencia casi diez años después, el 28 de agosto de 2008.

²⁵⁶ Firmado en Chile el 20 de diciembre de 1994, entró en vigencia el 1º de enero de 1995.

6.10 TLC Chile – EE.UU.²⁵⁷

El TLC Chile – EE.UU. establece básicamente dos procedimientos de resolución de diferencias: Uno bajo el Capítulo 22, que regula el arreglo de diferencias entre las Partes Contratantes, y otro, bajo el Capítulo 10, Sección B, que es aplicable a las diferencias inversor – Estado.²⁵⁸ La Sección A del Capítulo 10 regula las inversiones, y contiene cláusulas sobre trato nacional, CNF, estándar mínimo de trato, trato justo y equitativo, plena protección y seguridad, transferencias, y expropiación e indemnización. Tal y como ocurre en los casos de Canadá y Colombia, Chile no ha suscrito un TBI con EE.UU. y, por lo tanto, debe acudir a estas disposiciones del TLC en materia de estatuto de la inversión extranjera entre ambos países.

Ya en la Sección B, y de acuerdo con el artículo 10.14, en caso de una controversia relativa a una inversión, el demandante y el demandado deben primero tratar de solucionar la controversia mediante consultas y negociación, lo que pudiera incluir el empleo de procedimientos de terceras partes de carácter no obligatorio. Se incorporan así indirectamente la mediación y la conciliación como antesala al arbitraje.

El artículo 10.15, cuyo texto es bastante extenso, regula el sometimiento de una reclamación a arbitraje. Veamos sus aspectos primordiales:

- Si fracasan las consultas y negociación, el inversionista puede someter su reclamación a arbitraje, a su propio nombre, o en representación de una empresa de su propiedad o bajo su control (directo o indirecto), estableciéndose idénticos requisitos en ambos casos:

1. Debe tratarse de una violación de:

i. Una obligación de conformidad con la Sección A²⁵⁹ o el Anexo 10–F²⁶⁰.

ii. Una autorización de inversión.

iii. Un acuerdo de inversión.

2. Debe alegar que ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta.

- Por lo menos 90 días antes de que se someta una reclamación a arbitraje en virtud de esta Sección, el demandante debe entregar al demandado una notificación escrita de su intención de someter la reclamación a arbitraje, especificando el nombre y la dirección del demandante y, en el caso de que la reclamación se someta en representación de una empresa, el nombre, dirección y lugar de constitución de la empresa; por cada reclamación, el acuerdo de inversión, la autorización de inversión o disposición de este Tratado presuntamente violada y cualquier

²⁵⁷ Firmado en Miami, Estados Unidos, el 06 de Junio de 2003, vigente desde el 1º de Enero de 2004.

²⁵⁸ BIGGS, Gonzalo, *The Latin American Treatment of International Arbitration and Foreign Investments and the Chile – U.S. Free Trade Agreement (El Trato Latinoamericano del Arbitraje Internacional y las Inversiones Extranjeras y el TLC Chile – EE.UU.)*, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 19, 2004, p. 83.

²⁵⁹ Como sabemos, la Sección A del Capítulo 10 regula las obligaciones en materia del Estatuto de Inversiones Extranjeras.

²⁶⁰ El Anexo 10–F se refiere al DL 600, y está compuesto por 7 numerales.

otra disposición aplicable; las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda cada reclamación; y la reparación que se solicita y el monto aproximado de los daños reclamados.

- Nuevamente nos encontramos con el plazo obligatorio de seis meses de consultas y negociaciones desde que tuvieron lugar los hechos que motivan la reclamación, luego del cual el demandante podrá someter la reclamación a uno de los siguientes foros:

1. De conformidad con el Convenio del CIADI, siempre que tanto la Parte no contendiente como el demandado sean partes del mismo;
2. De conformidad con las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, siempre que la Parte no contendiente o el demandado, pero no ambos, sean parte del Convenio del CIADI;
3. De conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI; o
4. Si las partes contendientes lo acuerdan, a cualquier otra institución de arbitraje o de conformidad con cualquier otro reglamento de arbitraje.

El artículo 10.17 señala que el plazo máximo para reclamar es de tres años a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación alegada, o desde que se produjo la pérdida o daños.

En lo referido al derecho aplicable, el Tribunal decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con las disposiciones del TLC y con las normas aplicables del derecho internacional. Además, cuando una reclamación se presenta respecto de una autorización de inversión, o de un acuerdo de inversión, el Tribunal decidirá las cuestiones en controversia de acuerdo con las normas legales especificadas en el acuerdo de inversión o en la autorización de inversión pertinentes, o de la manera como las partes contendientes puedan haber acordado. Si las normas legales no han sido especificadas o acordadas de otra manera, el Tribunal aplicará la legislación del demandado (incluidas sus normas sobre los conflictos de leyes), los términos del acuerdo de inversión o de la autorización de inversión, las normas del derecho internacional, según sean aplicables, y este Tratado.

De igual forma que en los TLCs anteriores, una decisión de la Comisión en la que se declara la interpretación de una disposición de este Tratado, será obligatoria para el Tribunal que se establezca de conformidad con esta Sección, y todo laudo deberá ser compatible con esa decisión.

Finalmente, muchas de las normas de procedimiento del sistema CIADI son reproducidas expresamente en las normas restantes, pero, como hemos señalado reiteradamente, su aplicación depende de la manifestación de voluntad en orden a someterse al procedimiento ante el Centro.

6.11 TLC Chile – EFTA / AELC (Asociación Europea de Libre Comercio).²⁶¹

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 87 de este TLC, el Capítulo X sobre Solución de Controversias se aplica a la prevención o solución de todas las controversias que pudieran surgir con motivo del TLC, entre Chile y uno o más Estados pertenecientes a la AELC. En consecuencia, no se establece un mecanismo específico de solución de controversias inversor – Estado. La solución a esta laguna la encontramos al analizar conjuntamente dos disposiciones del TLC, los artículos 4 y 43:

“Artículo 4. Relación con otros tratados internacionales. Las Partes confirman los derechos y obligaciones existentes entre ellas conforme al Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio y otros acuerdos negociados al amparo del mismo (en lo sucesivo denominado “el Acuerdo sobre la OMC”), así como a otros acuerdos internacionales de los que sean parte.”

“Sección IV – Disposiciones Comunes. Artículo 43. Relación con otros acuerdos internacionales. Respecto a las materias relativas a este Capítulo, las Partes confirman los derechos y obligaciones vigentes en virtud de los acuerdos bilaterales o multilaterales en los que sean parte.”

Del análisis conjunto de estas normas obtenemos que en materia de controversias inversor – Estado debe estarse a lo dispuesto por los acuerdos internacionales específicos suscritos entre las partes contratantes, es decir, los TBIs suscritos entre Chile y los países miembros de AELC.

Hemos expuesto en este trabajo que Chile ha suscrito TBIs con Islandia, Noruega y Suiza, que se encuentran vigentes, y cuyas cláusulas arbitrales contienen entre sus opciones la posibilidad de acceder al arbitraje CIADI. Con Liechtenstein, en cambio, no existe un TBI y, por lo tanto, deberá recurrirse a la legislación interna del Estado receptor de la inversión, como asimismo a la jurisdicción que dichas normas determinen aplicables.

6.12 TLC Chile – Hong Kong SAR (Special Administrative Region –Región Administrativa Especial de la República Popular China–).²⁶²

No contiene normas SCIE ni existe TBI entre Chile y Hong Kong. Debe tenerse en cuenta que la situación de que exista un TLC con Hong Kong SAR ya es suficientemente excepcional, habida cuenta de su status de Región Administrativa Especial.

6.13 AAP Chile – India.²⁶³

No contempla mecanismos SCIE, ni existe TBI con India.

²⁶¹ Firmado en Kristiansan, Noruega, el 26 de Junio de 2003, está vigente desde el 1º de Diciembre de 2004. La Asociación Europea de Libre Comercio AELC (EFTA, en inglés European Free Trade Association), está constituida por Islandia, Noruega, Suiza y el Principado de Liechtenstein, el que junto a Suiza conforman una Unión Aduanera.

²⁶² Firmado el 7 de septiembre de 2012, en el marco de la Cumbre de Líderes de APEC, celebrada en Vladivostok, Federación de Rusia, vigente desde el 29 de noviembre de 2014.

²⁶³ Suscrito en Nueva Delhi el 8 de marzo de 2006, entró en vigencia el 17 de agosto de 2007.

6.14 TLC Chile – Japón.²⁶⁴

El Capítulo 8 de este TLC regula las inversiones, la Sección 1 contiene las normas sobre trato nacional, CNF, estándar mínimo internacional, plena protección y seguridad, trato justo y equitativo, compensación por pérdidas, transferencias, expropiación y compensación, y subrogación. Una vez más, en forma similar a los casos de Canadá, Colombia y EE.UU., en ausencia de un TBI entre Chile y Japón, estas normas conforman el estatuto de la inversión extranjera entre ambos Estados.

La Sección 2 del Capítulo 8 se ocupa de la solución de controversias relativas a una inversión entre una Parte y un inversionista de la otra Parte. El artículo 88 dispone que en caso de una controversia relativa a una inversión entre una Parte y un inversionista de la otra Parte, éstos deberán primero tratar de solucionar la controversia mediante consultas y negociación, lo que podrá incluir el empleo de procedimientos de terceras partes de carácter no obligatorio.

De acuerdo con el artículo 89, en caso que una controversia relativa a una inversión no pueda ser resuelta por medio de consultas y negociación, el inversionista de una Parte, puede, a su propio nombre, o en representación de una empresa de la otra Parte que sea una persona jurídica de propiedad del inversionista o que esté bajo su control directo o indirecto, someter a arbitraje una reclamación en que se alegue:

1. Que la otra Parte ha violado una obligación de conformidad con la Sección 1; y
2. Que el inversionista ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta.

Por lo menos 90 días antes de que se someta una reclamación a arbitraje, un inversionista de una Parte entregará a la otra Parte una notificación escrita de su intención de someter la reclamación a arbitraje, especificando:

1. El nombre y la dirección del inversionista y, si es en representación de una empresa, el nombre, dirección y lugar de constitución de la empresa.
2. La disposición de la Sección 1 presuntamente violada.
3. Las cuestiones de hecho y de derecho en que se funda la reclamación.
4. La reparación que se solicita y el monto aproximado de los daños reclamados.

Para que pueda presentarse la reclamación, deben haber transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los hechos que la motivan. Se establecen 4 opciones de foro:

1. De conformidad con el Convenio del CIADI, siempre que ambas Partes sean partes del mismo Convenio.²⁶⁵

²⁶⁴ Firmado en Tokio, Japón, el 27 de Marzo del 2007, vigente desde el 3 de Septiembre de 2007.

²⁶⁵ Japón firmó el Convenio el 23 de septiembre de 1965, depositó el instrumento de ratificación del Convenio el 17 de agosto de 1967, y entró en vigor a su respecto el 16 de septiembre de 1967.

2. De conformidad con las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, siempre que alguna de las Partes, pero no ambas, sea parte del Convenio del CIADI.
3. De conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI.
4. Si las partes contendientes lo acuerdan, a cualquier otra institución de arbitraje o de conformidad con cualquier otro reglamento de arbitraje.

El artículo 91 regula las condiciones y limitaciones al consentimiento:

1. Ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en que el inversionista tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación alegada, y en conocimiento de que tal inversionista o la empresa representada sufrió pérdidas o daños.
2. Debe manifestarse por escrito el consentimiento al arbitraje y la renuncia a cualquier otro procedimiento, nuevo o pendiente a la fecha de la reclamación.

Con respecto al derecho aplicable, el artículo 93 indica que el Tribunal decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con el TLC y con las normas aplicables del derecho internacional. Agrega que una interpretación de una disposición de este Acuerdo adoptada por la Comisión del TLC será vinculante para un Tribunal, y todo laudo deberá ser consistente con esa interpretación. Tal interpretación, deberá hacerse públicamente disponible a través de los medios que cada Parte considere apropiados.

Las normas restantes reiteran las disposiciones procedimentales del sistema CIADI, contemplando expresamente ciertos aspectos como los recursos que pueden interponerse en contra del laudo y cuándo se entiende que el laudo es definitivo.

6.15 TLC Chile – Malasia.²⁶⁶

No contempla mecanismos SCIE, el TBI Chile – Malasia sí lo hace e incluye al CIADI como opción de foro.

6.16 ACE Chile – MERCOSUR.²⁶⁷

El artículo 41 establece que los acuerdos bilaterales sobre promoción y protección recíproca de las inversiones, suscritos entre Chile y los Estados Partes del MERCOSUR, mantendrán su plena vigencia. Recordemos que Chile tiene TBIs vigentes con Argentina, Paraguay, Uruguay y Venezuela. Nos remitimos a lo ya señalado respecto de las cláusulas de SCIE en §7.5.

²⁶⁶ Firmado el 13 de noviembre de 2010, en el marco de la Cumbre de Líderes APEC Japón 2010, entró en vigencia el 18 de abril de 2012.

²⁶⁷ El ACE N° 35, fue suscrito el 25 de julio de 1996 y entró en vigor el 1° de octubre del mismo año. MERCOSUR está integrado por Argentina, Paraguay, Venezuela, Brasil y Uruguay. Chile participa como país asociado.

El ACE no contempla disposiciones relativas a la SCIE.

6.17 TLC Chile – México.²⁶⁸

La Cuarta Parte del TLC, denominada Inversión, Servicios y Asuntos relacionados, contiene el Capítulo 9 que se refiere a las inversiones, cuya Sección C establece las normas sobre solución de controversias entre una Parte y un inversionista de la otra Parte. De igual forma que en el TLC Chile – EE.UU., la Sección A contiene las definiciones, y la Sección B está compuesta por normas muy parecidas a las de un TBI, y que regulan, entre otros tópicos, el trato nacional, la CNF, el estándar mínimo de trato, la libre transferencia, y la expropiación e indemnización. Nuevamente, al no haber TBI entre Chile y México, estas normas conforman el estatuto de la inversión extranjera entre ambos países.

El artículo 9-16 señala que la Sección C del Capítulo 9 establece un mecanismo para la solución de controversias en materia de inversión que asegura, tanto un trato igual entre inversionistas de las Partes de acuerdo con el principio de reciprocidad internacional, como un debido proceso legal ante un tribunal imparcial.

El artículo 9-19 exige que las partes contendientes intenten primero dirimir la controversia por vía de consulta o negociación.

De igual forma que en otros TLCs que hemos analizado, los artículos 9-17 y 9-18 distinguen dos derechos de reclamación en favor del inversor, uno por cuenta propia, y otro en representación de una empresa que sea una persona jurídica de su propiedad o que esté bajo su control directo o indirecto. Las materias reclamables son dos:

- a) La sección B del Capítulo 9, o el artículo 14-04(2)²⁶⁹.
- b) El artículo 14-03(4)(a)²⁷⁰, cuando el monopolio haya actuado de manera incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con la sección B; y que la empresa ha sufrido pérdidas o daños en virtud de esa violación o a consecuencia de ella.

Se fija también el plazo máximo de tres años para reclamar, contados a partir de la fecha en la cual el inversionista o la empresa, tuvieron conocimiento por primera vez, o debieron tener

²⁶⁸ Firmado en Santiago, Chile, el 17 de Abril de 1998, vigente desde el 31 de julio de 1999.

²⁶⁹ “Cada Parte se asegurará, mediante el control reglamentario, la supervisión administrativa o la aplicación de otras medidas, de que toda empresa del Estado que la misma mantenga o establezca actúe de manera que no sea incompatible con las obligaciones de la Parte de conformidad con el capítulo 9 (Inversión), cuando dichas empresas ejerzan facultades reglamentarias, administrativas u otras funciones gubernamentales que la Parte les haya delegado, como la facultad para expropiar, otorgar licencias, aprobar operaciones comerciales o imponer cuotas, derechos u otros cargos.”

²⁷⁰ “Cada Parte se asegurará, mediante el control reglamentario, la supervisión administrativa o la aplicación de otras medidas, de que cualquier monopolio de propiedad privada que la Parte designe, o gubernamental que mantenga o designe: a) actúe de manera que no sea incompatible con las obligaciones de la Parte en este Tratado, cuando ese monopolio ejerza facultades reglamentarias, administrativas u otras funciones gubernamentales que la Parte le haya delegado con relación al bien o servicio monopolizado, tales como la facultad para otorgar permisos de importación o exportación, aprobar operaciones comerciales o imponer cuotas, derechos u otros cargos.”

conocimiento de la presunta violación, así como conocimiento de que sufrieron pérdidas o daños.

De acuerdo con el artículo 9-21, para someter una reclamación a arbitraje es necesario que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación. Además, sujeto a lo dispuesto en los párrafos 2 ó 3, un inversionista contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje de acuerdo con uno de los siguientes procedimientos:

1. El Convenio del CIADI, siempre que tanto la Parte contendiente como la Parte del inversionista, sean Estados parte del mismo.²⁷¹
2. Las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, cuando la Parte contendiente o la Parte del inversionista, pero no ambas, sea Parte del Convenio del CIADI; o
3. las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI.

Como México no es Parte Contratante del Convenio, en lo que respecta al Centro sólo podrá aplicarse el número 2, es decir, el Mecanismo Complementario.

En el caso de una reclamación en conformidad con el artículo 9-17 o 9-18, el inversionista y la empresa, cuando sea una persona jurídica de su propiedad o que esté bajo su control directo o indirecto, no pueden haber sometido la misma reclamación ante un tribunal judicial o administrativo de la Parte contendiente. Por último, el artículo 9-21 dispone que las reglas arbitrales aplicables regirán el arbitraje, salvo en la medida de lo modificado en esta Sección.

El artículo 9-22 exige la renuncia a todo otro procedimiento nuevo o pendiente.

Por su parte, el artículo 9-32 señala que el derecho aplicable es el TLC y las reglas aplicables del derecho internacional. Además, la interpretación que formule la Comisión sobre una disposición del TLC, será obligatoria para el Tribunal establecido de conformidad con esta sección.

Al igual que en los otros TLCs analizados, las normas restantes repiten las disposiciones relativas al procedimiento contenidas en el sistema CIADI.

6.18 Acuerdo de Asociación Económica P4.²⁷²

El artículo 11.4 regula el trato nacional y la no discriminación, aplicados de manera específica a la contratación pública. Habla de “mercancías, servicios y proveedores”, conceptos que sin dudas engloban a los inversores extranjeros, cuando se trate de casos de contratación pública.

²⁷¹ México no es Parte Contratante del Convenio.

²⁷² El AAE entre Chile, Singapur, Nueva Zelanda y Brunei Darussalam (P-4) fue firmado el 18 de julio de 2005 y se encuentra vigente desde el 8 de noviembre de 2006.

En materia de servicios (otra modalidad de IED), el artículo 12.4 regula el trato nacional a los servicios y proveedores de servicios de la otra parte contratantes; mientras que el artículo 12.5 establece la CNF en los mismos términos.

El artículo 20.1 dispone que no más allá de 2 años después de la entrada en vigencia del Acuerdo, las Partes comenzarán negociaciones a fin de incluir un capítulo de inversiones sobre una base mutuamente ventajosa. Por lo tanto, este TLC no contempla mecanismos SCIE. Es relevante también tener presente que Chile no tiene TBIs negociados con las Partes Contratantes de este Acuerdo, pero que el TPP, que aún no entra en vigencia, involucra a los 4 países signatarios de este AAE P4.

6.19 TLC Chile – Panamá.²⁷³

El Capítulo 13 de este TLC, que trata el tema de la solución de controversias, indica en su artículo 13.1 que las Partes procurarán en todo momento llegar a un acuerdo sobre la interpretación y la aplicación del presente Tratado y realizarán todos los esfuerzos, mediante la cooperación y consultas, por alcanzar una solución mutuamente satisfactoria sobre cualquier asunto que pudiese afectar su funcionamiento. Conforme con ello, no se fija un régimen de arreglo de controversias inversor – Estado.

Por otro lado, el Capítulo 9 del TLC, titulado Comercio e Inversiones, dispone lo siguiente:

“Artículo 9.1: Estrategia de promoción de las inversiones

1. *Las Partes reconocen la importancia de promover y proteger el establecimiento de nuevas inversiones que aseguren el desarrollo económico y la agilización del comercio entre ambas Partes.*
2. *En tal sentido las Partes implementarán planes y programas de cooperación para potencializar el propósito descrito en el párrafo anterior.”*

Seguidamente, el artículo 9.2, que regula el ámbito de aplicación²⁷⁴, señala que las Partes confirman los derechos y obligaciones vigentes adquiridas en virtud del Convenio entre la República de Chile y la República de Panamá para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, suscrito en la ciudad de Santiago, Chile, el 8 de noviembre de 1996. Además, programa que las Partes analizarán la posibilidad de evaluar el Convenio indicado en el párrafo anterior, con el propósito de mejorar las normas y disciplinas que en él se establecen. Por último, el número 3 indica que en base a lo dispuesto en el artículo 12.1 (Comisión de libre comercio) las Partes acuerdan profundizar los lazos para la promoción y el establecimiento de las inversiones provenientes de inversionistas de ambas Partes.

²⁷³ Firmado en Santiago, Chile, el 27 de junio de 2006, está vigente desde el 7 de marzo de 2008.

²⁷⁴ En el texto original del TLC se señala en pie de página en este artículo:

“Para mayor certeza nada de lo dispuesto en este Tratado se interpretará en el sentido de crear, modificar, anular o menoscabar los derechos y obligaciones dimanantes del “Convenio entre la República de Chile y la República de Panamá para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones”, suscrito en la ciudad de Santiago, Chile, el 8 de noviembre de 1996.”

En consecuencia, debemos estar a lo dispuesto por la cláusula arbitral del TBI Chile – Panamá que, como ya hemos señalado, sí permite al inversionista entablar una demanda ante el CIADI.

6.20 Acuerdo de Complementación Económica Chile – Perú.²⁷⁵

El Capítulo 11 de este TLC se ocupa de las inversiones. En su Sección A se fija el estatuto regulador de las inversiones extranjeras, con disposiciones que regulan, entre otras materias, el trato nacional, la CNF, el estándar mínimo de trato, la no discriminación, las transferencias, y la expropiación e indemnización.

La Sección B del Capítulo 11 se titula Solución de Controversias Inversionista – Estado. El artículo 11.15 indica que en caso de una controversia relativa a una inversión, el demandante y el demandado deben primero tratar de solucionar la controversia mediante consultas y negociación, lo que pudiera incluir el empleo de procedimientos de carácter no obligatorio ante un tercero imparcial. Por lo tanto, incorpora la posibilidad de una mediación o conciliación como antesala del arbitraje.

El artículo 11.16 se refiere al sometimiento de una reclamación a arbitraje, y su estructura es básicamente la misma que hemos presentado en otros TLCs, distinguiendo entre el derecho del inversionista a reclamar a nombre propio, o en representación de una empresa que sea una persona jurídica propiedad del demandante o que esté bajo su control directo o indirecto, en tanto cumpla con 2 requisitos:

1. Que alegue que el demandado ha violado una obligación de conformidad con la Sección A del Capítulo 11 del TLC.
2. Que alegue que ha sufrido pérdidas o daños en virtud de dicha violación o como resultado de ésta.

También se establece la obligación de notificación escrita de la intención de someter la reclamación a arbitraje, con 90 días de anticipación.

Siempre que hayan transcurrido 6 meses desde que tuvieron lugar los hechos que motivan la reclamación, el demandante podrá someter la reclamación según uno de los siguientes procedimientos:

1. De conformidad con el Convenio del CIADI, siempre que tanto la Parte no contendiente como el demandado sean partes del mismo.²⁷⁶
2. De conformidad con las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI, siempre que la Parte no contendiente; o el demandado, pero no ambos, sean parte del Convenio del CIADI.

²⁷⁵ Firmado en Lima, Perú, el 22 de Agosto del 2006, vigente desde el 28 de Enero de 2009.

²⁷⁶ Perú firmó el Convenio el 4 de septiembre de 1991, depositó el instrumento de ratificación el 9 de agosto de 1993, y el Convenio entró en vigencia a su respecto el 8 de septiembre de 1993.

3. De conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI.
4. Si las partes contendientes lo acuerdan, a cualquier otra institución de arbitraje o de conformidad con cualquier otro reglamento de arbitraje.

Sobre las condiciones y limitaciones al consentimiento de las Partes, el artículo 11.18 señala que ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje, si han transcurrido más de 3 años a partir de la fecha en que el demandante tuvo o debió haber tenido conocimiento de la violación alegada, y en conocimiento de que el demandante, o la empresa, sufrieron pérdidas o daños. Además, ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje, a menos que el demandante consienta por escrito someterse al arbitraje, de conformidad con los procedimientos previstos en el TLC, que haya cumplido con la notificación de la reclamación, y que renuncie por escrito a cualquier derecho a iniciar ante cualquier tribunal judicial o administrativo conforme a la ley de cualquiera de las Partes, u otros procedimientos de solución de controversias, cualquier actuación respecto de los hechos que se alegan haber dado lugar a la violación reclamada.

Ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje, si el demandante o la empresa han sometido previamente la misma violación que se alega ante un tribunal administrativo o judicial de la Parte demandada, o a cualquier otro procedimiento de solución de controversias vinculante. Para mayor certeza, si un inversionista elige presentar una reclamación del tipo antes descrito ante un tribunal judicial o administrativo de la Parte demandada, esa elección será definitiva y el inversionista no podrá posteriormente someter la reclamación a arbitraje de conformidad con la Sección B del Capítulo 11, salvo que se trate de procedimientos relativos a medidas precautorias.

El derecho aplicable, de conformidad con el artículo 11.22, es el TLC y las normas aplicables del derecho internacional. Adicionalmente, una decisión de la Comisión Administradora en la que se declara la interpretación de una disposición de este Acuerdo, será obligatoria para el Tribunal que se establezca de conformidad con la Sección B del Capítulo 11 y todo laudo deberá ser compatible con esa decisión.

El resto de las disposiciones de esta Sección reiteran las normas de procedimiento del sistema CIADI.

6.21 Acuerdo de Libre Comercio Chile – Tailandia.²⁷⁷

El artículo 16.4 contempla el compromiso de iniciar negociaciones para un Acuerdo de Inversiones dentro del plazo de dos años. Por consiguiente, no hay disposiciones sobre SCIE. Chile no tiene un TBI firmado con Tailandia.

²⁷⁷ Firmado en agosto de 2012, entró en vigencia el 30 de diciembre de 2015.

6.22 Transpacific Partnership o Acuerdo Transpacífico (TPP).²⁷⁸

Este tratado tiene una estructura y regulaciones muy distintas al resto de los acuerdos que han sido revisados en este trabajo, con múltiples referencias (tanto en su cuerpo como en las numerosas notas explicativas a pie de página) a la IED y un capítulo completo dedicado a regularla. Además, el texto publicado por DIRECON a fines del año pasado consta de 902 páginas. Estas características ameritarían un lato análisis de sus cláusulas, pero por razones de extensión y porque excede con creces el objetivo de este estudio, solamente haremos referencia al Capítulo 9 relativo a la “Inversión”, enfocándonos en los mecanismos de SCIE.²⁷⁹

Es muy relevante destacar que el Capítulo 9 es un TBI dentro del TLC, contemplando disposiciones más detalladas y avanzadas que aquellas que en su momento reseñamos en §7.2. Encontramos el trato nacional, la CNF (restringida en su aplicación, ya que no incluye los mecanismos SCIE), el nivel mínimo de trato (regulado con mucho detalle), regulación en caso de conflictos armados o contienda civil, la expropiación e indemnización, las transferencias, la prohibición de los requisitos de desempeño, no discriminación en cargos de altos ejecutivos y juntas directivas, subrogación, formalidades especiales y requisitos de información, y casos en que se admite la denegación de beneficios.

Un aspecto original y que es menester ver detalladamente, son las novedades en lo relativo a las obligaciones del inversor extranjero. En efecto, los artículos 9.15 y 9.16 recogen las propuestas de UNCTAD que vimos en §7.4:

Artículo 9.15: Inversiones y medio ambiente, salud y otros objetivos de reglamentación.

Nada en este Capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida, consistente con este Capítulo, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se realicen de una manera sensible al medio ambiente, la salud u otro tipo de objetivos regulatorios.

Artículo 9.16: Responsabilidad social corporativa.

Las Partes reafirman la importancia de cada Parte de alentar a las empresas que operan en su territorio o sujetos a su jurisdicción para incorporar voluntariamente en sus políticas internas esas normas, directrices y principios de la responsabilidad social de las empresas reconocidas a nivel internacional que hayan sido adoptadas o sean apoyadas por esa Parte.

Vemos que las falencias de los TBIs han buscado ser suplidas con estas cláusulas que suben el nivel de exigencias para el inversor extranjero, incorporando nuevos criterios que permiten al Estado receptor de la IED asegurar que existirá una relación de beneficios recíprocos. La admisión del rol social que tienen las inversiones viene a ratificar el análisis que hemos construido a lo largo de este estudio.

²⁷⁸ Firmado el 3 de febrero de 2016 en Nueva Zelanda, aún no entra en vigencia en nuestro país.

Además de Chile, este Acuerdo incluye a Australia, Brunei Darussalam, Canadá, Chile, Estados Unidos, Malasia, México, Japón, Nueva Zelanda, Perú, Singapur, y Vietnam.

²⁷⁹ Por el interés que reviste para la materia objeto de este TFG y por sus numerosas innovaciones en la forma de regular la IED, hemos incorporado en el Anexo N° 3 el Capítulo 9 del TPP.

En lo relativo a la SCIE, fija consultas obligatorias en el artículo 9.17, materializadas por escrito, en buenos oficios, una mediación, o una conciliación. Si luego de un plazo de 6 meses desde la primera comunicación no hay resultados positivos, se abre la posibilidad de someter la diferencia a un arbitraje. El artículo 9.18 exige una violación del TPP que genere pérdidas al inversor extranjero (persona natural o jurídica). Esta misma disposición, en su número 3, fija una exigencia adicional que es novedosa:

3. Al menos 90 días antes de que se someta una reclamación a arbitraje de conformidad con esta Sección, el demandante entregará al demandado una notificación escrita de su intención de someter la reclamación a arbitraje (“notificación de intención”). La notificación deberá especificar:

(a) el nombre y la dirección del demandante y, en el caso de que la reclamación se presente en representación de una empresa, el nombre, dirección y lugar de constitución de la empresa;

(b) por cada reclamación, la disposición de este Tratado, de la autorización de inversión o del acuerdo de inversión presuntamente violado y cualquier otra disposición relevante;

(c) las cuestiones de hecho y de derecho para cada reclamación; y

(d) la reparación que se solicita y el monto aproximado de los daños reclamados.

Se trata de un símil a lo que en Derecho interno se conoce como requisitos de la demanda, en circunstancias que se trata de un estadio previo a la judicialización. Se desprende de la lectura de este número en conjunto con el número 5 del artículo 9.18 y el artículo 9.20, que el no cumplimiento de esta formalidad importa la pérdida del derecho a recurrir al arbitraje.

Seguidamente, el número 4 del artículo 9.18 contempla las opciones de arbitraje:

4. El demandante podrá someter la reclamación a la que se refiere el párrafo 1 de conformidad con alguna de las siguientes alternativas:

(a) el Convenio del CLADI y las Reglas Procesales aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CLADI, siempre que tanto el demandado como la Parte del demandante sean partes del Convenio del CLADI;

(b) las Reglas del Mecanismo Complementario del CLADI, siempre que el demandado o la Parte del demandante sean parte del Convenio del CLADI; o

(c) las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI; o

(d) si el demandante y el demandado lo acuerdan, bajo cualquier otra institución o reglas de arbitraje.

Luego, recoge los requisitos de admisibilidad que cada una de las alternativas arriba enunciadas contemplan en sus propios ordenamientos jurídicos.

El artículo 9.19 incorpora al TPP los requisitos relativos al consentimiento contenidos en el Convenio CIADI, en la Convención de Nueva York y en la Convención Interamericana.

El artículo 9.20.1 establece una norma de prescripción que también es novedosa:

Artículo 9.20: Condiciones y limitaciones al consentimiento de las Partes

1. Ninguna reclamación podrá someterse a arbitraje conforme a esta sección, si han transcurrido más de tres años y seis meses a partir de la fecha en que el demandante tuvo conocimiento por primera vez, o debió tener conocimiento, de la presunta violación conforme a lo establecido en el Artículo 9.18.1 (Sometimientto de una reclamación a arbitraje) y conocimiento de que el demandante (por las reclamaciones hechas conforme al artículo 9.18.1(a)), o la empresa (por las reclamaciones hechas en virtud del artículo 9.18.1(b)) sufrió pérdidas o daños.

Los artículos 9.21 a 9.29 contienen normas procedimentales detalladas para la sustanciación del juicio arbitral, donde destacaremos un aspecto de aquella relativa al derecho aplicable (artículo 9.24): el Tribunal decide las cuestiones en controversia en conformidad con el TPP y las normas aplicables del derecho internacional, pudiendo invocarse las normas internas como una cuestión de hecho cuando sean relevantes.

El Anexo 9-J establece que hay una elección definitiva de foro, al optar el inversionista por la jurisdicción nacional, en los casos de Chile, México, Perú o Vietnam.

Es indiscutible que el TPP introduce muchos elementos innovadores a la regulación de la IED, sobre todo en la meticulosidad y estándares de exigencia al inversor con que se ocupa de dicha materia. Hemos esbozado algunos de esos elementos, pero queda abierta la puerta a un examen más acabado, especialmente cuando el tratado ya haya entrado en vigencia y estas normas cobren vida en la práctica de los litigantes y los árbitros.

6.23 TLC Chile – Turquía.²⁸⁰

El artículo 61.2 contiene una cláusula evolutiva, que fija 2 años para iniciar conversaciones sobre servicios e inversiones. No contiene normas sobre SCIE. Chile no tiene celebrado un TBI con Turquía.

6.24 Acuerdo de Asociación Chile – Unión Europea.²⁸¹

Para analizar la aplicabilidad del Convenio en relación con este Acuerdo, debemos remitirnos a su artículo 134:

“Artículo 134. Disposiciones finales.

1. *Por lo que se refiere al presente Capítulo, las Partes confirman sus derechos y obligaciones vigentes en virtud de los acuerdos bilaterales o multilaterales en los que sean parte.*
2. *Con vistas a la liberalización progresiva de las condiciones de inversión, las Partes confirman su compromiso de revisar el marco jurídico de inversión, el ambiente de inversión y los flujos de inversión entre sí, de conformidad con sus compromisos en acuerdos internacionales de inversión, en un plazo no superior a tres años tras la entrada en vigor del presente Acuerdo.”*

Conforme con esta disposición, es necesario atender a cada uno de los TBIs que Chile ha suscrito con los Estados miembros de la Unión Europea. En la mayoría de éstos sólo son aplicables las reglas de arbitrajes del CIADI. Así ocurre con los acuerdos con Alemania, la Unión Económica Belga – Luxemburguesa, Suecia, Reino Unido, Portugal, Finlandia,

²⁸⁰ Firmado en Santiago de Chile el 14 de julio de 2009, entró en vigencia el 1° de marzo de 2011.

²⁸¹ Firmado en Bruselas, Bélgica, el 18 de Noviembre de 2002, vigente desde el 1° de Febrero de 2003.

La Unión Europea está compuesta por: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania, Suecia.

Dinamarca y Holanda. En el resto de los casos, existe la opción entre las reglas del CIADI y de UNCITRAL. Ello ocurre en los tratados suscritos con España, Francia, Italia, Grecia y Austria. En todos estos acuerdos, existe como regla general una opción única y definitiva de jurisdicción, la que se efectúa luego de un período de consultas cuya duración es de tres a seis meses, a partir del momento en que se plantea la diferencia. Luego de ellas, el inversionista podrá someter la disputa a la jurisdicción nacional de la Parte Contratante en cuyo territorio se efectuó la inversión o a arbitraje internacional.²⁸²

Finalmente, respecto de Irlanda, con quien hasta la fecha no existe un TBI, en las controversias que eventualmente existan entre un Estado Parte e inversionistas nacionales del otro Estado Parte, deberán resolverse de acuerdo a la ley interna del Estado receptor, salvo que voluntariamente ambas partes en disputa acordaren someter la controversia a un arbitraje institucional o ad – hoc.²⁸³

6.25 ACE Chile – Venezuela.²⁸⁴

Contiene un Capítulo X sobre inversiones:

Artículo 20.- Los países signatarios promoverán el desarrollo de inversiones destinadas al establecimiento y constitución de empresas en sus territorios, tanto con capital de uno o ambos países como con la eventual participación de terceros.

Artículo 21.- Los países signatarios, con la participación de sus respectivos sectores privados, propiciarán el desarrollo de acciones de complementación económica en las áreas productivas de bienes y servicios.

Artículo 22.- Los países signatarios, dentro de sus respectivas legislaciones sobre inversión extranjera, otorgarán los mejores tratamientos a los capitales del otro país signatario, ya sea éste el correspondiente al capital nacional o extranjero.

Se trata de declaraciones de principios, pero no de cláusulas como las reseñadas en los TBIs. No contempla normas sobre SCIE. Recordemos que el TBI Chile – Venezuela data de la misma fecha y sí contiene disposiciones al respecto, con opción al CIADI, aunque Venezuela ya no es Parte Contratante del Convenio.

6.26 TLC Chile – Vietnam.²⁸⁵

El artículo 14.5 dispone lo siguiente en materia de inversiones:

Artículo 14.5: Futuras Negociaciones sobre el Comercio de Servicios, Servicios Financieros e Inversión

1. Salvo que se acuerdo lo contrario, a más tardar tres (3) años después de la entrada en vigor de este Tratado, las Partes considerarán la posibilidad de iniciar negociaciones con vistas a incluir un capítulo sobre el Comercio

²⁸² MAYORGA, Roberto, MORALES, Joaquín, POLANCO, Rodrigo, cit. (n. 38), p. 233.

²⁸³ *Ibíd.*, p. 234.

²⁸⁴ Firmado en Santiago de Chile el 2 de abril de 1993, el ACE N° 23 fue el tercer ACE suscrito por Chile. Se encuentra vigente desde el 1° de julio de 1993.

²⁸⁵ Firmado en noviembre de 2011, en el marco de la Cumbre de Líderes de APEC realizada en Hawaii, entró en vigencia el 4 de febrero de 2014.

de Servicios, un capítulo sobre Servicios Financieros y un capítulo sobre Inversión a este Tratado, sobre una base mutuamente ventajosa.

2. Lo dispuesto en el párrafo 1 no se aplicará si las Partes, durante el período mencionado en el párrafo 1, convienen otro acuerdo internacional sobre el Comercio de Servicios, Servicios Financieros e Inversión.

Por consiguiente, no hay normas sobre SCIE en este TLC. Recordemos que tampoco hay un TBI en vigencia entre Chile y Vietnam, aunque cuando entre en vigencia el TPP serán sus disposiciones las que se apliquen en las relaciones comerciales entre ambos países.

- **Comentarios sobre los TLCs y sus Normas de SCIE.**

TABLA 12: Comparativa Mecanismos SCIE en los Acuerdos Comerciales Celebrados por Chile.

TLC Chile con	Mecanismo SCIE
Australia #	Sí, Capítulo 9, estructura y cláusulas similares a un TBI.
Bolivia	NO.
Canadá #	Sí, Capítulo G, estructura y cláusulas similares a un TBI.
Centroamérica	Incorpora los TBIs ya suscritos entre las partes.
China	Consentimiento restringido igual que en TBI Chile – China.
Colombia	Sí, Capítulo 9, estructura y cláusulas similares a un TBI.
Corea del Sur	Sí, Capítulo 10, estructura y cláusulas similares a un TBI.
Cuba	NO.
Ecuador	Compromiso a realizar negociaciones sobre IED.
EE.UU. #	Sí, Capítulo 10, estructura y cláusulas similares a un TBI.
EFTA	Incorpora los TBIs ya suscritos entre las partes.
Hong Kong SAR	NO.
India	NO
Japón #	Sí, Capítulo 8, estructura y cláusulas similares a un TBI.
Malasia #	NO.
MERCOSUR	Incorpora los TBIs ya suscritos entre las partes.
México #	Sí, Capítulo 9, estructura y cláusulas similares a un TBI.
P4 #	Compromiso a realizar negociaciones sobre IED. (TPP)
Panamá	Incorpora TBI suscrito entre las partes.
Perú #	Sí, Capítulo 11, estructura y cláusulas similares a un TBI.
Tailandia	Compromiso a realizar negociaciones sobre IED.
TPP	Sí, Capítulo 9, estructura y cláusulas similares a un TBI.
Turquía	Compromiso a realizar negociaciones sobre IED.
Unión Europea	Incorpora los TBIs ya suscritos entre las partes.
Venezuela	Regula de manera somera la IED, no contiene mecanismos SCIE.
Vietnam #	Compromiso a realizar negociaciones sobre IED.

Países signatarios del TPP junto a Chile.

A partir de la Tabla N° 12 y de nuestro análisis conciso de las cláusulas arbitrales derivando al CIADI en los TLCs suscritos por Chile, se avizora cierta tendencia a la

estandarización de dichas disposiciones, pero no es posible afirmar que hay una homogeneidad al nivel que fue constatado en los TBIs:

- 9 (Australia, Canadá, Colombia, Corea del Sur, EE.UU., Japón, México, Perú y el TPP) de los 26 acuerdos revisados incorporan un clausulado que recoge la estructura y estandarización de los TBIs, representando un 34,6% del total.
- 6 (Bolivia, Cuba, Hong Kong SAR, India, Malasia y Venezuela) de los 26 acuerdos no contienen mecanismos SCIE, representando un 23% del total.
- 5 (Centroamérica, EFTA, MERCOSUR, Panamá y UE) de los 26 acuerdos incorporan el texto de los TBIs vigentes entre las partes contratantes, representando un 19,2% del total.
- 5 (Ecuador, P4, Tailandia, Turquía y Vietnam) de los 26 acuerdos contienen el compromiso de las partes de realizar negociaciones relativas a la IED, representando un 19,2% del total.

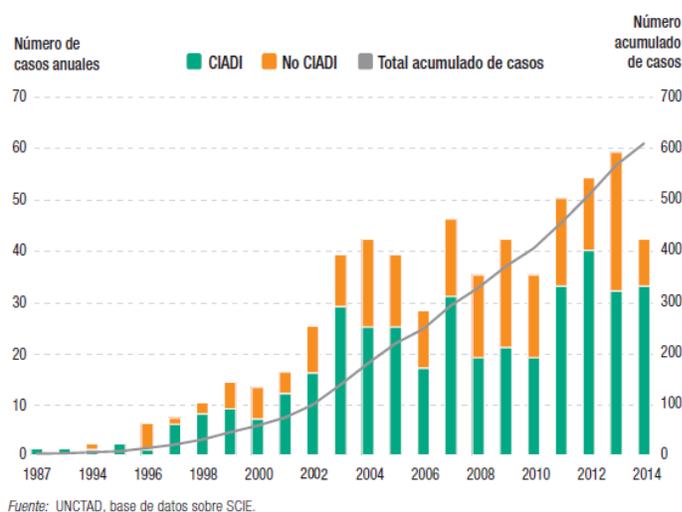
No obstante existan fórmulas diversas, en el universo analizado priman las disposiciones cuya naturaleza jurídica responde a una misma lógica. Más aún si pensamos en el rol que el TPP tendrá a futuro, pues Australia, Brunei Darussalam, Canadá, Chile, Estados Unidos, Malasia, México, Japón, Nueva Zelanda, Perú, Singapur, y Vietnam; son todos Estados que (al menos respecto de Chile) ya tenían vigentes TLCs, pero que por especialidad perfeccionan sus relaciones por la vía de un acuerdo más completo y comprehensivo. El TPP, al menos en el tema de la IED, busca renovar y mejorar los estándares vigentes en la actualidad, en sintonía con el diagnóstico que UNCTAD ha hecho de estos instrumentos, concretándose como una instancia multilateral de actualización. No obstante, no crea una nueva institucionalidad, sino que recurre a la ya existente.

Otro ámbito que llama poderosamente la atención es la reiteración expresa de ciertas normas procedimentales del sistema CIADI en algunos acuerdos, lo que da a entender que no existe claridad respecto del funcionamiento del Convenio, ni respecto de cuáles normas pueden ser modificadas por las partes y cuáles no. En definitiva, es menester recalcar que únicamente aquellas disposiciones del sistema CIADI que contemplan en su redacción la posibilidad de un acuerdo entre partes son dispositivas y pueden ser modificadas, con lo cual todo el resto de las normas son de naturaleza imperativa una vez manifestado el consentimiento y, por lo tanto, no cabe su alteración a través de una convención entre las partes. Por ello, llegado el momento de aplicar las disposiciones de un TLC en un arbitraje CIADI, deberá contrastarse su clausulado con el texto del Convenio y Reglas, para poder concluir con certeza cuáles son las normas que deberán regir ese arbitraje en particular.

§8- SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ANTE EL CIADI.

Previo a conocer a esta Institución dedicada al arbitraje internacional inversor – Estado, es valioso que justifiquemos por qué creemos necesario estudiarla. En tal sentido, utilizaremos las cifras de UNCTAD disponibles a 2014:

GRÁFICO 6: Número de Casos SCIE Anuales y Acumulados, 1987 – 2014.²⁸⁶



En 2014 se iniciaron 42 nuevos casos de SCIE conocidos basados en AII a instancia de inversores. Los procesos del último año hicieron que el número total de reclamaciones de SCIE conocidas, presentadas contra 99 gobiernos de todo el mundo, ascendiera a 608 (gráfico 11). Aproximadamente el 40% de las nuevas reclamaciones se presentaron contra países desarrollados. En 2014, el número de casos concluidos llegó a 405. Los Estados ganaron en un 36% de los casos (144), y los inversores en un 27% (111). En el resto se llegó a un acuerdo o hubo desistimiento.²⁸⁷

Podemos constatar la relevancia del Centro a partir del gráfico N° 6, cifras en las que profundizaremos en §9.1. Por ahora, basta con señalar que en 2014 más del 75% de los casos de SCIE se sustanciaron ante el CIADI, números que avalan su importancia y demandan un conocimiento más acabado en torno a las razones que motivan su utilización preponderante.

1. El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados.

El 14 de octubre de 1966, cuando fue ratificado por 20 países, entró en vigor el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, tratado multilateral a través del cual se crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI o el Centro). El Centro es una organización internacional autónoma, con personalidad jurídica internacional. Forma parte del grupo del Banco Mundial²⁸⁸, por ello, todos sus miembros son a su vez miembros de dicha institución,

²⁸⁶ UNCTAD, cit. (n. 129), p. 28.

²⁸⁷ *Ibid.*

²⁸⁸ Recordemos que son cinco las organizaciones internacionales que forman parte del Grupo del Banco Mundial: el Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo, la Corporación Financiera Internacional, la Asociación Internacional de Fomento, CIADI, y el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones.

además de que el financiamiento del Secretariado del CIADI proviene de fondos del propio Banco (aunque el costo de cada proceso es financiado por las partes involucradas). Esta estrecha relación tiene una consecuencia práctica de suma relevancia, que es que el incumplimiento de los laudos arbitrales emanados del Centro puede generar, entre otros efectos, sanciones por parte del Banco Mundial.

El objetivo del Centro es otorgar, a través de la conciliación o el arbitraje, mecanismos de solución a las diferencias de naturaleza jurídica, que emanan directamente de una inversión, entre un Estado Contratante y un nacional de otro Estado Contratante. Así lo establece el artículo 25 del Convenio:

“Artículo 25. (1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.”

La razón que motivó la creación del CIADI es el impulso del desarrollo económico a través de la estimulación de las inversiones internacionales, protegiendo de igual forma al inversionista y al Estado receptor. Las brechas en las estructuras existentes para la resolución de diferencias relativas a inversiones guiaron hacia esta iniciativa en los años sesenta. El plan era crear un mecanismo diseñado específicamente para la resolución de diferencias entre Estados anfitriones e inversores extranjeros. La decisión provino del Banco Mundial, siendo la fuerza impulsora detrás de la preparación del Convenio el Consejero General de aquella época, Aron Broches.²⁸⁹

El Banco Mundial, asumiendo un rol que ya la práctica le había asignado —muchos casos de controversias relativas a inversiones fueron sometidos a mediación o conciliación en su seno, realizadas por su presidente—, se embarca en 1963 en la estructuración de este mecanismo internacional independiente de solución de controversias. Debido a que en dicha época las inversiones extranjeras eran una cuestión altamente controversial, sumado ello al elevado nivel técnico del tema, se hizo necesario un proceso de negociación capaz de representar las inquietudes que a nivel global se suscitaban, con el objetivo de elaborar un proyecto que satisficiera a todos. Para ello, se realizaron reuniones regionales de consulta en las cuatro oficinas de las comisiones económicas de Naciones Unidas (Addis Abeba, Santiago de Chile, Ginebra y Bangkok). A estas reuniones se les llamó Reuniones Regionales de Consulta de Expertos Juristas. Ochenta y seis juristas asistieron a dichas reuniones y sus opiniones expertas fueron recogidas en la elaboración del texto convencional, aprobado en 1964 para ser sometido a la evaluación de un comité jurídico especializado. Este comité, aprobó en 1965 el texto definitivo que fue sometido a la consideración de los gobiernos miembros, para su firma y ratificación. La entrada en vigor del texto convencional tuvo lugar el 14 de octubre de 1966,

²⁸⁹ SCHREUER, Cristoph, cit. (n. 69). La traducción es nuestra.

treinta días después de que el trigésimo instrumento de ratificación fuese depositado, tal y como prescribe el artículo 68.2 del Convenio CIADI.²⁹⁰

Fernández Masiá ve con buenos ojos el rol del Centro y su inserción en el Banco Mundial: A pesar de que pueda considerarse al Banco Mundial como una institución financiera y que, por consiguiente, a primera vista no tendría ningún interés directo de ocuparse de la solución de controversias en materia de inversiones privadas extranjeras, no debe olvidarse que la financiación que proporciona el Banco tiene un objetivo: un mayor desarrollo económico de los países más pobres. Por consiguiente, la creación de un foro neutral de solución de conflictos en donde se procure lograr un equilibrio entre los intereses y las necesidades de las partes implicadas; y en concreto, se evite la intervención del Estado del que es nacional el inversor, es también un medio de ayuda para un mayor incremento del flujo de recursos privados hacia los países en desarrollo. Al fin y al cabo, la creación del CIADI ha de considerarse como un decisivo instrumento de política internacional para fomentar las inversiones y el desarrollo económico.²⁹¹

Los párrafos 6, 7 y 8 del Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio²⁹², ilustran los antecedentes que llevaron a la iniciativa del Banco Mundial de crear el Centro:

“6. La cuestión acerca de la conveniencia y practicabilidad de crear medios institucionales auspiciados por el Banco para el arreglo, mediante la conciliación y el arbitraje, de diferencias relativas a inversiones entre Estados e inversionistas extranjeros, fue planteada por primera vez ante la Junta de Gobernadores del Banco en su Decimoséptima Reunión Anual, celebrada en Washington, D.C., en septiembre de 1962. En esa Reunión, la Junta de Gobernadores, por la Resolución No. 174 adoptada el 18 de septiembre de 1962, pidió que los Directores Ejecutivos estudiaran el asunto.

7. Después de una serie de discusiones informales, sobre la base de documentos de trabajo preparados por el personal del Banco, los Directores Ejecutivos decidieron que el Banco debía convocar reuniones consultivas de juristas designados por los gobiernos miembros a fin de considerar más detalladamente el asunto. Las reuniones consultivas de carácter regional se celebraron en Addis-Abeba (diciembre 16 al 20 de 1963), Santiago de Chile (febrero 3 al 7 de 1964), Ginebra (febrero 17 al 21 de 1964) y Bangkok (abril 27 a mayo 1 de 1964). Se obtuvo la cooperación administrativa de las Comisiones Económicas de las Naciones Unidas y de la Oficina Europea de las Naciones Unidas. Las discusiones se basaron en un Proyecto Preliminar de Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, preparado por el personal del Banco teniendo en cuenta las deliberaciones de los Directores Ejecutivos y los puntos de vista de los gobiernos. A las reuniones asistieron juristas de 86 países.

8. Teniendo en cuenta las labores preparatorias y las opiniones expresadas en las reuniones consultivas, los Directores Ejecutivos informaron a la Junta de Gobernadores en su Decimonona Reunión Anual en Tokio, en septiembre de 1964, que convendría crear los medios institucionales proyectados dentro de la estructura de un acuerdo intergubernamental. La Junta de Gobernadores adoptó la Resolución cuyo texto se cita en el párrafo 1 de este Informe, y los Directores Ejecutivos emprendieron la tarea de redactar el presente convenio. Con vista a lograr un texto que pudiera ser aceptado por el mayor número posible de gobiernos, el Banco invitó a sus miembros a que designaran representantes a un Comité Legal para asesorar a los Directores Ejecutivos en su tarea. Este Comité se reunió en Washington del 23 de noviembre al 11 de diciembre de 1964. Los Directores Ejecutivos reconocen agradecidos el valioso asesoramiento recibido de los representantes de los 61 países miembros que laboraron en dicho Comité.”

²⁹⁰ FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique, cit. (n. 61), p. 22 a 26.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 22 y 23.

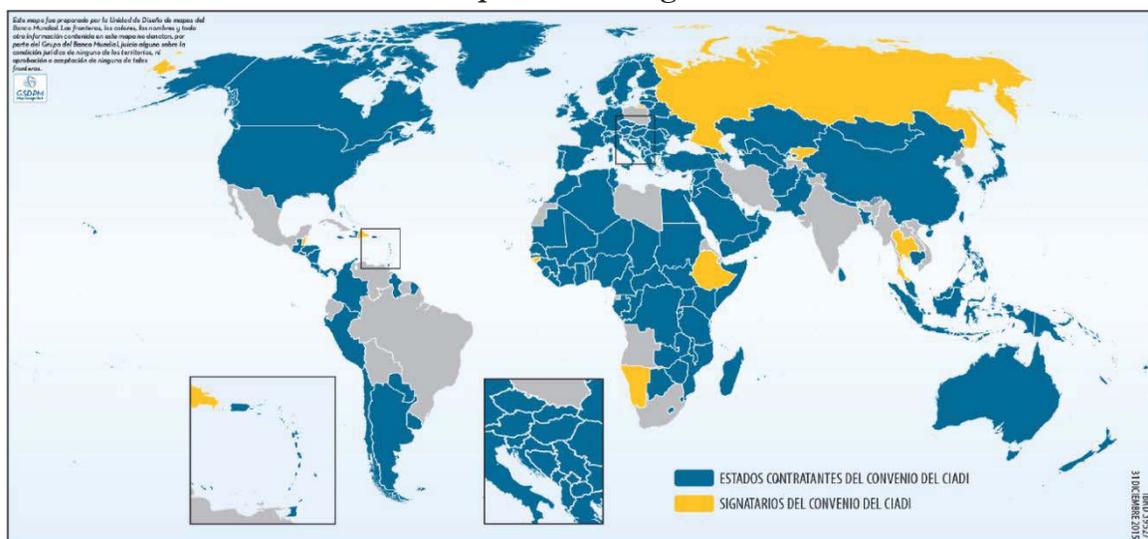
²⁹² CIADI, *Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados*, Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, 18 de marzo de 1965.

A partir de lo señalado por los Directores en su Informe, comprendemos que la tarea de la creación del Centro fue llevada a cabo en un período bastante breve de tiempo (tres años), a partir de la propuesta de Convenio elaborada por el Directorio Ejecutivo del Banco Mundial. La estrategia de elaboración colaborativa que se escogió, aceleró las negociaciones y permitió la entrada en vigencia del texto convencional al poco tiempo después. Esta celeridad se explica porque el Centro surgió a partir de una necesidad detectada y fue diseñado para satisfacer, con una solución especializada y efectiva, dicha carencia. De ahí proviene su éxito. En el párrafo 10 del Informe se desarrolla esta idea:

“10. Los Directores Ejecutivos reconocen que las diferencias sobre inversiones por regla general son resueltas a través de los procedimientos administrativos, judiciales o arbitrales disponibles al amparo de las leyes del país en que se haya realizado la inversión en cuestión. Sin embargo, la experiencia indica que pueden surgir diferencias que las partes deseen resolver por otros medios; y los convenios de inversión celebrados en los últimos años indican que tanto los Estados como los inversionistas estiman frecuentemente que resulta más conveniente a sus intereses mutuos acudir, mediante acuerdo, a métodos internacionales de arreglo.”

En §3.1 analizábamos la importancia de la IED en la economía global. Fue, reconociendo esta importancia, que en el concierto internacional se hizo patente la necesidad de una regulación aplicable a esta realidad. Debido a las dificultades que esta empresa involucraba, principalmente de tipo político, pero también de naturaleza jurídica y económica, los esfuerzos dejaron de concentrarse en la elaboración de una regulación universal aplicable en el plano del derecho internacional, para orientarse hacia la creación de una instancia de solución de las controversias que la inversión extranjera pudiese generar.

CUADRO 2: Mapa Estados Signatarios CIADI.²⁹³



A febrero de 2016, 160 Estados figuran firmando el Convenio, de los cuales 153 han depositado los instrumentos de ratificación y, por lo tanto, son Partes Contratantes.²⁹⁴ Chile

²⁹³ CIADI, Carga de Casos del CIADI – Estadísticas (Edición 2016-1), p. 6.

Disponible en el sitio web <http://icsid.worldbank.org> (Accedido en febrero de 2016).

²⁹⁴ 160 Estados han suscrito el Convenio, para acceder a la Lista de Estados Contratantes y Signatarios, debe visitarse el sitio web oficial de CIADI <http://icsid.worldbank.org> (Accedido en febrero de 2016).

suscribió el Convenio en 1991 y entró en vigor en nuestro país al ser publicado en el Diario Oficial de 14 de Enero de 1992. Este numeroso grupo de miembros habla claramente acerca de la aceptación generalizada de que goza el Centro en la comunidad internacional, situación que es reafirmada por el alto número de casos que se sustancian ante los tribunales constituidos de conformidad con el Convenio. Al 31 de diciembre de 2015, 549 casos han sido registrados ante el Centro desde la fecha de su creación.²⁹⁵

Su uso masivo se explica también, en gran medida, a partir de una de las novedades que introdujo el sistema CIADI: no imponer el arbitraje o la conciliación como una solución al conflicto, sino que ofrecer una alternativa metódicamente estructurada a la cual recurrir para obtener un arreglo. El arbitraje CIADI no es obligatorio para los Estados o los inversores de otros Estados, simplemente porque sean partes del Convenio. Así lo remarca el último párrafo del preámbulo del Convenio, que dispone lo siguiente:

“Los Estados Contratantes: /.../Reconociendo que el consentimiento mutuo de las partes en someter dichas diferencias a conciliación o a arbitraje a través de dichos medios constituye un acuerdo obligatorio, lo que exige particularmente que se preste la debida consideración a las recomendaciones de los conciliadores y que se cumplan los laudos arbitrales; y declarando que la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado;”

Así, lo que el Convenio provee es una opción de consentir a un arbitraje, el cual se vuelve obligatorio sólo ante el otorgamiento del consentimiento escrito de las partes a él, sea en un acuerdo de inversión o de otro modo. El Convenio CIADI tiene como objetivo ofrecer un balance entre un juego de reglas establecidas y los beneficios del soporte institucional, por un lado, y la flexibilidad y autonomía usualmente consideradas como ventajas del arbitraje, por el otro.²⁹⁶

Otro aspecto destacable es que el Centro ofrece un procedimiento autónomo, que no requiere de intervención de terceras partes, sean éstas otras organizaciones internacionales o Estados. La naturaleza autosuficiente de la Convención limita el rol de las cortes nacionales únicamente al reconocimiento y ejecución de los laudos. Cada Estado Contratante, haya o no sido parte en los procedimientos, debe reconocer un laudo del CIADI como obligatorio y ejecutar las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si fuesen una decisión final de una corte de dicho Estado, ante la sola presentación de una copia del laudo.²⁹⁷

El Centro, comparado con el arbitraje ad – hoc, ofrece ventajas considerables: un sistema de resolución de diferencias que contiene no sólo cláusulas estándar y reglas de

India, Brasil y México son casos de países de alta relevancia en el concierto internacional que no son miembros. Rusia firmó el Convenio en 1992, pero no ha depositado los instrumentos de ratificación.

²⁹⁵ *Ibid.*, Lista de Casos. (Accedido en febrero de 2016).

²⁹⁶ REINISCH, August, cit. (n. 60), p. 15. La traducción es nuestra.

²⁹⁷ BROCHES, Aron, *A Guide for Users of the ICSID Convention (Una Guía para los Usuarios del Convenio CIADI)*, News from ICSID 8 (1), invierno de 1991, p.5. La traducción es nuestra.

procedimiento, sino también soporte institucional para la conducción de los procesos. Además asegura la no frustración de los procesos y provee reconocimiento y ejecución de los laudos.²⁹⁸ Aron Broches, ex Secretario General de CIADI (1967-80), ex Vicepresidente (1972-79) y Consejero General (1959-79) del Banco Mundial, quien fue además el Director de las Comisiones Regionales de Consulta de Expertos Juristas; destaca: El sistema CIADI es un sistema especializado. Su ámbito, que en la terminología de la Convención es llamado la Jurisdicción del Centro, es limitado, como lo indica su nombre, a las disputas relativas a inversiones entre partes, de las cuales una debe ser un Estado Contratante o entidad gubernamental, y la otra un nacional de otro Estado Contratante.²⁹⁹ El Convenio establece un sistema independiente y autosuficiente de resolución de diferencias, que es administrado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones.³⁰⁰

2. Estructura Orgánica y Características del Centro.

Para profundizar en esta labor de administración que efectúa esta institución, conozcamos su organización y funcionamiento, con el objetivo de adquirir un panorama general de su estructura:

Son dos los principales órganos del Centro: el Consejo Administrativo y el Secretariado. Ambos desempeñan labores principalmente administrativas, entregándose las tareas jurisdiccionales a árbitros y conciliadores pertenecientes a las Listas que el Centro mantiene, o que, sin pertenecer a ellas, reúnan los requisitos de idoneidad que la Convención exige, esto es, según el artículo 14 del Convenio:

“Artículo 14 (1) Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Árbitros. (2) Al hacer la designación de las personas que han de figurar en las Listas, el Presidente deberá además tener presente la importancia de que en dichas Listas estén representados los principales sistemas jurídicos del mundo y los ramos más importantes de la actividad económica.”

El Consejo Administrativo está compuesto por un representante de cada uno de los Estado Contratantes, quienes tienen igualdad en el derecho a voto. De acuerdo con el artículo 4 del Convenio:

“Artículo 4 (1) El Consejo Administrativo estará compuesto por un representante de cada uno de los Estados Contratantes. Un suplente podrá actuar con carácter de representante en caso de ausencia del titular de una reunión o de incapacidad del mismo.”

²⁹⁸ *Ibíd.*, p. 11. La traducción es nuestra.

²⁹⁹ *Ibíd.*, p. 5. La traducción es nuestra.

³⁰⁰ BROCHES, Aron, *Observations on the Finality of ICSID Awards (Observaciones sobre el Carácter Definitivo de los Laudos CIADI)*, ICSID Rev./FILJ 6 (1991), p. 322. La traducción es nuestra.

(2) Salvo en caso de designación distinta, el gobernador y el gobernador suplente del Banco nombrados por un Estado Contratante serán ex officio el representante y el suplente de ese Estado, respectivamente.”

Las funciones del Consejo Administrativo son:

1. Nombrar al Secretario General, elegido por dos terceras partes del mismo, a propuesta del Presidente.
2. Aprobar el Reglamento Administrativo y Financiero del Centro.
3. Aprobar las Reglas Procesales aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje.
4. Aprobar las Reglas Procesales aplicables a los Procedimientos de Arbitraje.
5. Aprobar las Reglas Procesales aplicables a los Procedimientos de Conciliación.

El Secretariado está compuesto por un Secretario General, uno o más Secretarios Generales Adjuntos y el personal del Centro. Sus funciones son:

1. Llevar una lista de los Estados Contratantes, conteniendo toda la información relevante para su participación en el Convenio.
2. Mantener una lista del Panel de Árbitros, que es un registro de las solicitudes de arbitraje, que contiene todos los avances significativos de los procedimientos y archivos que albergan los textos originales de todos los instrumentos y documentos en conexión con cualquier procedimiento.
3. Proveer soporte administrativo para los procedimientos de conciliación y arbitraje, esto es, definir el lugar de sustanciación; realizar traducciones, interpretaciones y copias; oficiarse de secretario de los tribunales arbitrales (realizado por el personal del Centro); administrar las audiencias; preparar borradores de las órdenes de los tribunales y facilitar la comunicación entre las partes y los árbitros.
4. Determinar las tarifas de los arbitrajes y conciliaciones; y recibir los pagos anticipados para la sustanciación de los procedimientos.

- **Características del Sistema CIADI.**

A continuación veremos las características del sistema CIADI, recapitulando las ideas ya presentadas. Para estos efectos, emplearemos la metodología que Enrique Fernández Massiá³⁰¹ utiliza en su estudio, complementada luego con el análisis que Cristoph Schreuer³⁰² hace de este tema:

- 1- Es un sistema consensual. Las partes involucradas en una controversia deben manifestar su voluntad expresa de someter esa específica diferencia a la jurisdicción del Centro. Esto se establece en el artículo 25 (1) de la Convención, que señala:

³⁰¹ FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique, cit. (n. 61), pp. 38 ss.

³⁰² SCHREUER, Cristoph, cit. (n. 69), p. 13 a 19. La traducción y resumen son nuestros.

“Artículo 25. (1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.”

Un ejemplo de manifestación de consentimiento en tal sentido es la cláusula de solución de controversias de los TBIs.

2- Es un sistema adaptable o flexible. Debido a la distinta naturaleza de las partes en conflicto, pues una es un Estado y la otra un inversor privado; se entrega un amplio margen a la autonomía de la voluntad. Las partes pueden designar a los árbitros, definir el idioma a utilizar en el procedimiento, establecer el número y orden de los escritos, el plazo para presentarlos y la forma de prorratear las costas, fijar las reglas procesales de tramitación (no necesariamente tienen que ser las que señala el Convenio), como también elegir el derecho aplicable por los árbitros o escoger que decidan conforme a la equidad. El Convenio contempla contrapesos a esta flexibilidad, en sus artículos 36 y 45, que regulan la falta de designación de los árbitros y la no comparecencia, respectivamente:

Artículo 37 (1) Una vez registrada la solicitud de acuerdo con el Artículo 36, se procederá lo antes posible a la constitución del Tribunal de Arbitraje (en lo sucesivo llamado el Tribunal).

(2) (a) El Tribunal se compondrá de un árbitro único o de un número impar de árbitros, nombrados según lo acuerden las partes.

(b) Si las partes no se pusieren de acuerdo sobre el número de árbitros y el modo de nombrarlos, el Tribunal se constituirá con tres árbitros designados, uno por cada parte y el tercero, que presidirá el Tribunal, de común acuerdo.

Así, a falta de acuerdo entre las partes, el Centro designa a los árbitros. De esta manera, el arbitraje puede continuar hasta la dictación del laudo aun sin la comparecencia de una de las partes o la negativa a hacer uso de su derecho.

3- Es un sistema eficaz. Las razones son las siguientes: 1. Una vez otorgado el consentimiento a someterse al Centro, éste es irrevocable unilateralmente. 2. El sometimiento a CIADI supone, por un lado, la exclusión de todo otro recurso ante otro tribunal, nacional o internacional, salvo disposición de las partes en contrario; y por otro, la renuncia de los Estados Parte del Convenio al ejercicio de la protección diplomática. 3. Es un sistema autónomo e independiente. El procedimiento establecido en el Convenio es autosuficiente, pues actúa como regulación supletoria a falta de acuerdo entre las partes. 4. Además, frente a un laudo de CIADI no caben recursos ante otros tribunales, y sus decisiones deben ejecutarse por los tribunales internos como si fuesen una sentencia firme interna.

Cristoph Schreuer, por su parte, agrupa en 8 las características del Convenio CIADI:

1- Otorga a las partes dos opciones de elección de métodos: conciliación o arbitraje. La conciliación es un método más flexible e informal que está diseñado para asistir a las partes en alcanzar un acuerdo consensuado. Concluye con un reporte que sugiere una solución, pero no es obligatorio para las partes. Por lo tanto, este método depende en último término de la voluntad continua de ambas partes de cooperar.³⁰³ En la práctica, es preferido el arbitraje, pues debido al alto costo de los procedimientos, es más sensato optar a la obtención de una decisión vinculante.

2- Ofrece un mecanismo de arreglo especializado en diferencias relativas a inversiones. El Convenio se aplica sólo a inversiones que ya han sido materializadas, no a prospectos de inversión.

3- El Convenio no contiene normas de naturaleza sustantiva, ni tampoco fija el derecho aplicable a cada controversia. El Art. 42 dispone:

“Artículo 42 (1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables. (2) El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley. (3) Las disposiciones de los precedentes apartados de este Artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia ex aequo et bono.”

4- Los procedimientos bajo el Convenio son siempre mixtos, esto quiere decir que una de las partes es siempre un Estado Contratante y la otra, un nacional de otro Estado Contratante.

5- Para iniciar un procedimiento se requiere del consentimiento por escrito de ambas partes a ello. Una vez otorgado, no puede ser retirado unilateralmente. Las formas de otorgar el consentimiento son: a través de un acuerdo directo, una oferta de consentimiento establecida en la legislación del Estado anfitrión, un TBI o un tratado multilateral.

6- El Centro ofrece soporte institucional (que ya revisamos a propósito de su estructura).

7- Los procedimientos bajo el Convenio CIADI son autosuficientes. Esto significa que son independientes de la intervención de cualquier cuerpo exterior. En particular, las cortes domésticas no tienen poder para suspender, dictar resoluciones obligatorias o influenciar de cualquier otra forma los procedimientos CIADI. Las cortes domésticas podrían tener poder para ordenar medidas provisionales sólo en el poco probable caso que las partes así lo acuerden. Un tribunal CIADI debe obtener evidencia sin asistencia jurídica de las cortes domésticas. La anulación o cualquier otra forma de revisión de un laudo CIADI por parte de

³⁰³ *Ibíd*, p. 13.

una corte doméstica no están permitidas. De ello se desprende que el lugar de sustanciación del procedimiento no tiene consecuencias legales bajo el Convenio CIADI.³⁰⁴

8- El sistema de arbitraje bajo el Convenio es altamente efectivo: las partes no pueden retirarse unilateralmente, en virtud del principio de no frustración de los procedimientos, éstos siguen adelante aunque una parte no coopere; los laudos emanados de un tribunal CIADI son obligatorios y su incumplimiento genera responsabilidad internacional; el Convenio provee un sistema efectivo de ejecución de los laudos y; la suscripción del Convenio, aun sin que entre en funcionamiento, tiene un efecto preventivo, pues puede modificar la conducta de las partes de una controversia, y motivar la búsqueda de una solución, ante la eventualidad del inicio de un litigio internacional.

Hemos detallado ya las bases de nuestro estudio del Centro, como también sus particularidades respecto de otras instancias de arbitraje. Como se desprende de lo expuesto, estamos frente a una institución innovadora, cuyas herramientas jurídicas han sido creadas a la medida de las necesidades de los inversionistas extranjeros y los Estados anfitriones de las inversiones.

3. Alternativas Previstas en los AIIs y su Relación con el CIADI.

La seguridad jurídica para los inversores atrae inversiones; crea un clima de inversión favorable. A este respecto, la sola disponibilidad de un remedio efectivo y no necesariamente su uso en último término, puede ser crucial en el aumento del respeto de la normativa relativa a las inversiones.³⁰⁵ Esta visión engloba el significado y relevancia que tienen las opciones que se entregan en el TBI para el arreglo de controversias: si bien todas están pensadas para ser utilizadas, la sola existencia de las alternativas a la jurisdicción nacional interna, o la eventualidad de una litigación, pueden por sí solas funcionar como un aliciente para que las negociaciones, previas a que opere cualquier tipo de mecanismo de arreglo que involucre a un tercero, lleven a la obtención de una solución que complazca a ambas partes. Los mecanismos de resolución de controversias previstos en los TBIs dan acceso a foros de distinta naturaleza, que pueden desglosarse en las siguientes posibilidades, que sucintamente enunciaremos:

1. Entre las Partes Contratantes: se trata de diferencias respecto de la aplicación o interpretación del TBI, las alternativas de solución son:

- Etapa de consultas y negociaciones previas, posible mediación. Es la antesala obligatoria al arbitraje, todos los TBIs la establecen.
- Arbitraje ad – hoc. Establecido de acuerdo con las reglas que estipula el TBI.

³⁰⁴ *Ibíd.*, p. 17 y 18.

³⁰⁵ ESCOBAR, Alejandro A., *Curso sobre Arreglo de Diferencias, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Módulo 2.5: Requerimientos Rationae Materiae*, UNCTAD, Naciones Unidas, New York y Ginebra, 2003, p. 17. La traducción es nuestra.

- Arbitraje ad – hoc bajo las reglas de la CNUDMI.³⁰⁶
 - Arbitraje interestatal ante la CIJ.
2. Entre un inversionista privado y una Parte Contratante: respecto de diferencias surgidas por un incumplimiento de las normas del TBI, o una vulneración de alguno de los derechos en él contenidos. Las posibilidades son:
- Etapa de consultas y negociaciones previas, posible mediación. Es la antesala obligatoria al arbitraje, todos los TBIs la establecen.
 - Tribunales nacionales del Estado Anfitrión (jurisdicción interna). La mayoría de los TBIs disponen que una vez sometida la diferencia a un tribunal interno, esta decisión es definitiva y ya no podrá iniciarse una solicitud de arbitraje.
 - Arbitraje ad – hoc. Establecido de acuerdo con las reglas que estipula el TBI.
 - Arbitraje ad – hoc bajo las reglas de la CNUDMI.
 - Arbitraje o conciliación CIADI.
 - Protección diplomática y arbitraje interestatal ante la CIJ. La opción de recurrir a la protección diplomática, a la cual se renuncia en los TBIs, resurge ante el incumplimiento del laudo emitido por el tribunal arbitral CIADI. Así lo dispone el artículo 27.1 del Convenio:

“Artículo 27 (1) Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.”

Con respecto a la cláusula arbitral, es importante recordar lo expuesto en §7.2 y §7.5, en lo referente a los distintos plazos de espera que podemos encontrar en los TBIs y los tipos de cláusulas que podemos encontrar.

Una vez enunciados estos métodos de resolución disponibles en el TBI, procederemos a hacer un análisis de aquellos que son alternativos a los tribunales internos y al arbitraje. De este modo, comprenderemos más acerca de las consultas, la mediación y la conciliación, y cómo se vinculan con el funcionamiento del Centro.

a) Consulta y Negociación.

Para efectos de nuestro estudio de las consultas y la negociación como medios de solución de controversias, debemos distinguir, una vez más, entre dos clases de diferencias:

³⁰⁶ El reglamento de arbitraje de la CNUDMI fue aprobado el 28 de abril de 1976 y constituye un régimen procesal completo, al que las partes podrán hacer remisión en su acuerdo de arbitraje, para la sustanciación de las actuaciones en orden a la solución de toda controversia que surja en su relación comercial, ya sea ante un tribunal constituido para el caso controvertido. Este reglamento, que se ha utilizado para arbitrajes muy diversos, regula todos los aspectos del procedimiento arbitral, contiene una cláusula compromisoria modelo y regula la designación de los árbitros, la sustanciación de las actuaciones y la forma, el efecto y la interpretación del laudo. Fuente: <http://www.uncitral.org> (Accedido en febrero de 2016).

aquellas que surgen entre las Partes Contratantes del TBI, y aquellas que se generan entre una Parte Contratante y un nacional de la otra Parte Contratante.

- Diferencias entre las Partes Contratantes.

Numerosos tratados disponen que las Partes Contratantes en general inicien consultas en materias relacionadas con el tratado. Estas consultas pueden, por lo tanto, preceder cualquier intento formal de resolución de una diferencia en conexión con el tratado. Algunas disposiciones expresamente prevén que estas consultas pueden proveer de un foro para el arreglo de las diferencias.³⁰⁷ La existencia de estas negociaciones con la finalidad de alcanzar un acuerdo previo al arbitraje, busca minimizar los costos que puede llegar a significar una diferencia entre las partes; además, están orientadas a aquellos casos en que las desavenencias son menores y admiten la posibilidad de un arreglo convenido.

Otros tratados visualizan las consultas como una manera de monitorear la implementación del Tratado. Sirven como una oportunidad para las partes de alcanzar un acuerdo sobre la materia, antes de someter la diferencia a un tercero. Además de ofrecer a las partes una posibilidad de arreglo anticipado, es importante recalcar que la mayoría de los tratados disponen que esta etapa debe tener un desarrollo efectivo, de manera tal que los procedimientos de arbitraje no pueden ser iniciados si este proceso no es cumplido. Estas cláusulas estipulan que las diferencias deben, en lo posible, ser resueltas mediante negociaciones entre los gobiernos de las Partes Contratantes, o simplemente a través de canales diplomáticos.³⁰⁸ No basta con que las partes manifiesten su intención de sentarse a negociar, sino que deben llevarse efectivamente a cabo reuniones con el objeto de acercar las posiciones contrapuestas y solucionar la diferencia amigablemente. Si luego de estos intentos reales, no existe un arreglo, se abre la posibilidad de acudir a la siguiente instancia.

Este requerimiento de una negociación real se vería satisfecho, por ejemplo, si la materia es llevada entre el embajador de una parte y el ministro relevante de la otra. Algunos tratados estipulan que las consultas diplomáticas sean precedidas de una discusión sobre la materia entre expertos representantes de cada parte, un procedimiento que puede probar ser útil cuando se trata de temas técnicos.³⁰⁹ Además, esta oportunidad para llevar a cabo tratativas entre los gobiernos, está acorde con el espíritu de cooperación y respeto voluntario de las normas del derecho internacional, que es el trasfondo de la negociación interestatal que involucra un TBI.

³⁰⁷ DOLZER, Rudolf, STEVENS, Margrete, *Bilateral Investment Treaties (Tratados Bilaterales de Inversiones)*, Martinus Nijhoff Publishers, Londres, 1995, p. 121.

³⁰⁸ *Ibíd.*, p. 122 – 123.

³⁰⁹ *Ibíd.*, p. 123.

El plazo de las consultas y negociaciones entre las Partes Contratantes es generalmente de 6 meses. Algunos tratados contemplan plazos más extensos, mientras que una minoría no señala un plazo determinado.

- Diferencias entre una Parte Contratante y un Nacional de la otra Parte Contratante.

Los TBIs contemplan las consultas y negociaciones como una primera fase de arreglo, en caso que nazca una disputa entre un inversionista y un Estado. La idea de que se alcance un acuerdo amistoso está en concordancia con el espíritu de colaboración entre las partes, especialmente aquel que debe mostrar el Estado receptor hacia el inversionista extranjero. Con ello se busca que las partes se comuniquen entre sí e intenten llegar a una solución, de manera tal que no sea la demanda arbitral la primera noticia que se tenga de una determinada diferencia.

Las consultas constituyen una obligación para las partes, en consecuencia, no podrán incoar una solicitud de arbitraje si no han cumplido realmente con este paso. La exigencia de intentar una resolución amistosa implica que estén presentes dos elementos: 1. La existencia de motivos de queja, y 2. El deseo de resolver estos asuntos extrajudicialmente. El intento de arreglo no necesita ser de gran alcance ni detallado, y bastará con comunicaciones entre las partes encaminadas a tal efecto, en tanto se trate de los mismos motivos de queja planteados posteriormente en el arbitraje.³¹⁰ La identidad de la causa de pedir en las negociaciones y el arbitraje es indispensable para que se considere cumplido este requisito previo. De incumplirse, deberá iniciarse un nuevo período de espera en que sí se dé la identidad.

El Convenio contempla esta posibilidad de negociaciones, incluso una vez iniciado un procedimiento ante el Centro, en su artículo Art. 27.2:

“(2) A los efectos de este Artículo, no se considerará como protección diplomática las gestiones diplomáticas informales que tengan como único fin facilitar la resolución de la diferencia.”

Esta norma es relevante para el tema en comento, ya que enuncia las gestiones diplomáticas informales como una instancia de negociación válida y distinta de la protección diplomática. De este modo, se configura un canal de comunicación, a través del cual las partes pueden notificarse los puntos en disputa, los fundamentos de sus solicitudes y la voluntad de discutir el tema con miras a lograr un arreglo amistoso. Esta vía estará disponible tanto antes como durante el arbitraje CIADI.

³¹⁰ CREMADES, Bernardo, CAIRNS, David, *La seguridad jurídica y las inversiones extranjeras en América Latina. El caso argentino*, Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, Madrid, p. 16. Disponible en: <http://www.realinstitutoelcano.org> (Accedido en febrero de 2016).

b) Período de Espera.

“Espera”, es el nombre que recibe el período que ineludiblemente debe mediar entre el surgimiento de una diferencia entre las partes y la iniciación de un arbitraje. Está contemplado como una oportunidad para que las partes vislumbren la idea de un acuerdo o solución, previo a la iniciación de un proceso ante un ente jurisdiccional. Algunos textos le llaman también período de enfriamiento, en el sentido que permite adquirir una cierta perspectiva respecto de las posiciones contrapuestas, y una morigeración de los ánimos de las partes en disputa.

Cuando se trata de una diferencia entre un inversionista y un Estado, el plazo para que se desarrolle la etapa de consultas podrá tener una duración de 3, 5 o 6 meses, dependiendo del TBI respectivo. Este lapso de tiempo, que obligatoriamente debe transcurrir, es el período de espera. La utilización de la espera puede estar orientada a negociar el acuerdo amistoso, o a la preparación del arbitraje.³¹¹ El inicio del cómputo de la espera queda entregado a la parte que desea impetrar la demanda arbitral; para ello, deberá remitir correspondencia a la contraparte en la cual afirme la existencia de un diferendo y manifieste su voluntad de buscar una solución pactada. Sólo entonces, comenzará a contarse el plazo de espera, que luego será verificado por el tribunal arbitral, antes de aceptar a tramitación la demanda. En el caso de las diferencias entre las Partes Contratantes, los TBIs contemplan un plazo más prolongado para las negociaciones, que va desde los 6 hasta los 12 meses. Un número minoritario de TBIs no señalan un plazo, sino que sólo establecen que antes de un arbitraje deberá intentarse un arreglo amistoso. Ya que se trata de divergencias respecto de la aplicación o interpretación del tratado, la espera en este caso posibilita acercamientos entre los gobiernos tendientes a una solución diplomática.

Habiendo fracasado las negociaciones o consultas directas entre las partes, aún existen disponibles dos posibilidades de arreglo más, distintas del arbitraje. Se trata de la mediación y la conciliación, que a continuación detallaremos. En el caso de la conciliación, revisaremos principalmente la regulación que al respecto contempla el Convenio, y, por lo tanto, no haremos referencia a una conciliación interestatal, ya que el Centro, que es el objeto de nuestro estudio, sólo conoce de controversias mixtas.

c) Mediación y Conciliación.

- La Mediación.

La mediación es la acción de una o más potencias dirigidas a resolver amistosamente un conflicto existente entre otras, emprendida de oficio o a instancia de parte.³¹² Se trata de una instancia no jurisdiccional de solución de conflictos, que busca el acercamiento de las

³¹¹ *Ibíd.*, p. 16 y 17.

³¹² DE PINA, Rafael, cit. (n. 43), p. 369.

posiciones de las partes, a través de la intervención de un tercero imparcial, con el objetivo de acordar una solución satisfactoria.

El mediador actúa en base a ciertos principios fundados en la no confrontación, buscando encontrar los puntos de acuerdo que existen entre las partes, y desde esa base conseguir una solución que satisfaga a ambas. El acuerdo alcanzado en esta instancia tiene validez en la medida que las partes lo han pactado de común acuerdo, y por ello debiesen ser proclives a cumplirlo. No obstante, su cumplimiento no puede ser exigido. Esta última es una de las principales falencias de este mecanismo, que hace que sea apto sólo para casos en que no hay una mayor controversia entre las partes y existe la disposición al diálogo.

Generalmente el mediador será alguien especializado en esta clase de mecanismo de arreglo de conflictos, y aunque este tercero podría llegar a ser un árbitro, no intervendrá ejerciendo imperio ni será necesario un compromiso para designarlo, ya que la solución acordada tendrá fuerza en la medida que las partes sean propensas a aceptarla y cumplirla.

- **La Conciliación.**

La conciliación es un acuerdo celebrado entre quienes se encuentran ante un conflicto de intereses, con objeto de evitar un juicio o poner rápido fin a uno ya incoado (sin correr todos los trámites que, en otro caso, serían precisos para concluirlo).³¹³ Es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, de naturaleza legal, mediante el cual las partes zanján un litigio.

La conciliación puede ser de dos clases: extrajudicial o judicial. La conciliación extrajudicial es similar a la mediación que describimos más arriba. Es un mecanismo flexible, en que el tercero imparcial que interviene no requiere de una calidad especial. La conciliación judicial, por su parte, implica la existencia de un proceso judicial, en el cual el juez actúa como conciliador, proponiendo las bases de arreglo entre las partes, para luego ratificar lo acordado por ellas en una sentencia.

La conciliación judicial presenta dos diferencias principales respecto de la mediación: 1. Implica necesariamente la intervención de un juez, que en el caso de los TBIs será un juez árbitro.³¹⁴ 2. El resultado de una conciliación judicial quedará plasmado en una sentencia, que tiene mérito ejecutivo y permite exigir el cumplimiento de lo pactado.

En este apartado, nos enfocaremos en la conciliación que es desarrollada ante el Centro, debido a que es el análisis de dicha institución internacional el ámbito principal de

³¹³ *Ibíd.*, p. 178.

³¹⁴ Si bien la conciliación CIADI, no es propiamente una conciliación judicial, sí exige una calidad especial a la persona que actúa como conciliador. El artículo 14 del Convenio se aplica de igual forma a los conciliadores y a los árbitros.

nuestro estudio. No obstante, es menester resaltar el hecho que la conciliación ante un tribunal arbitral³¹⁵, distinto de aquellos nacidos bajo el alero del CIADI, es perfectamente posible, pero se regirá por reglas diversas de aquellas que a continuación analizaremos. Si bien el Convenio CIADI ofrece indistintamente la conciliación y el arbitraje, y trata ambos métodos de arreglo de diferencias de igual manera, la conciliación ante el Centro no es muy frecuente. A la fecha se han llevado a cabo sólo 9 conciliaciones.³¹⁶ No obstante esta baja utilización, y ya que nuestro trabajo nos avoca a conocer los métodos de protección de las inversiones extranjeras ante el Centro, merece la pena hacer una revisión de este mecanismo de conciliación sustanciado ante el CIADI.

Ya que el artículo 25 del Convenio, al hablar únicamente de la “jurisdicción del Centro”, no diferencia entre uno y otro mecanismo, las partes al consentir a someterse al Centro lo hacen tanto a la conciliación como al arbitraje. Para la doctrina y la jurisprudencia, esta opción es en último término de la parte que realiza la solicitud de iniciación del procedimiento ante CIADI; y así lo reafirma la jurisprudencia del CIADI en *SPP c. Egipto*.³¹⁷ Sin embargo, y como en toda situación de indefinición, es muy probable que esta ambigüedad al manifestar el consentimiento en someterse al Centro produzca problemas entre las partes. Es aconsejable, entonces, especificar por adelantado si las partes consienten a una conciliación o un arbitraje – si ambos métodos siguen aún disponibles –; o explicar en detalle y claramente qué parte tiene el derecho a elegir entre uno y otro; o si debe haber una conciliación seguida, de ser necesario, de un arbitraje.³¹⁸

La conciliación CIADI es un método más flexible e informal que está diseñado para asistir a las partes en alcanzar un acuerdo consensuado. Concluye con un informe que sugiere una solución, pero no es obligatorio para las partes. Por lo tanto, este método depende en último término de la voluntad continua de ambas partes de cooperar.³¹⁹ Existe la posibilidad de que las partes sometan su controversia primero a una conciliación, seguida de un arbitraje, si la diferencia permanece sin resolverse dentro de un plazo determinado después de comunicado el informe de la Comisión de Conciliación a las partes³²⁰.

De este modo, constatamos que la conciliación ante el Centro es bastante similar a la mediación o a la conciliación extrajudicial, alejándose de las características de la conciliación judicial. Si bien el Convenio se preocupa de regular en detalle el procedimiento, en último término éste adolece de la misma falencia que resaltamos a propósito de la mediación: el cumplimiento del acuerdo obtenido como resultado de la conciliación, que en este caso recibe

³¹⁵ Ya sea por una diferencia entre Estados, o entre un inversionista y un Estado.

³¹⁶ Fuente: <http://icsid.worldbank.org> - Lista de casos (Accedido en febrero de 2016).

³¹⁷ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited c. República Árabe de Egipto* (Caso CIADI No. ARB/84/3).

³¹⁸ REINISCH, August, cit. (n. 60), p. 13 y 14. La traducción es nuestra.

³¹⁹ SCHREUER, Christoph, cit. (n. 69), p. 13. La traducción es nuestra.

³²⁰ Las cláusulas modelo 1 y 2, que están disponibles en el sitio web del Centro, contemplan esta situación, demostrando que está considerada en el sistema CIADI.

el nombre de Informe de la Comisión de Conciliación, depende exclusivamente de la voluntad de las partes. Es ésta la razón principal que explica el escaso número de procedimientos de conciliación sustanciados ante el Centro, frente a un número considerable de arbitrajes.

- **Los Métodos de resolución previstos en los TBIs y su vinculación con el CIADI.**

En orden a entender cómo se relacionan el resto de los métodos de resolución que prevén los TBIs, con el Centro, es prioritario comprender ciertas cuestiones previas. La primera de ellas es que la suscripción del Convenio no implica una obligación de someterse a un procedimiento ante el Centro. Para participar de un procedimiento CIADI deberá existir una expresión de voluntad en orden a ello. En segundo lugar, la manifestación de consentimiento otorgada en la cláusula arbitral del TBI por parte del Estado receptor, requiere de una aceptación posterior de parte del inversionista, quien es llamado a realizar la solicitud de iniciación del procedimiento. Es decir, el hecho que exista en el tratado la opción de recurrir al Centro, no constituye ipso iure una obligación de someterse a su jurisdicción. Dentro de los mecanismos que contempla el TBI, el Centro es sólo una más de las opciones de que dispone el inversionista extranjero, a la hora de buscar una solución para su conflicto con el Estado anfitrión.

El vínculo entre los métodos de resolución y el Centro, se explica también en buena parte a través de una particularidad que ya enunciamos en §8.1: los procedimientos ante el Centro son independientes y autosuficientes. El CIADI goza de exclusividad e independencia en un doble sentido, ya que su mecanismo opera de manera tal que no requiere ni admite la intervención de terceros, sean éstos instituciones o tribunales. Por otra parte, una vez que se ha suscrito el Convenio, se renuncia al ejercicio de la protección diplomática por parte del Estado del cual es nacional el inversionista.³²¹ En el procedimiento arbitral CIADI, los inversores extranjeros tienen acceso a un foro internacional en el que pueden participar en pie de igualdad respecto de un Estado. Por ello, ya no es necesario que tal inversor vea apoyada su posición por parte de su propio país, con lo que se elimina la razón principal de la existencia de la protección diplomática.³²²

Si bien el recurso al Centro es una de las posibilidades de arreglo contempladas en los TBIs, una vez que se opta por esta alternativa, se cierra la puerta a todo otro mecanismo de arreglo que antes estaba disponible. Se trata de una elección definitiva, que tiene como corolario la adopción por parte del tribunal arbitral CIADI, de un laudo cuyo mérito ejecutivo es idéntico al de una sentencia definitiva emitida por un tribunal interno, es decir, que no requiere de exequátur.

³²¹ Dispone el artículo 27.1 del Convenio: “Artículo 27. (1) Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.”

³²² FERNÁNDEZ MASÍÁ, Enrique, cit. (n. 61), p.168.

4. El Sistema CIADI, Normas que lo Componen y Sus Principales Efectos Respecto de las Partes Contratantes.

CIADI es creado en 1965 mediante la suscripción del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. Pero el Convenio no es el único cuerpo normativo que compone el sistema CIADI. Debido a que el Centro proporciona medios para la realización de conciliaciones y arbitraje en materia de inversiones, se requiere de la existencia de normas específicas aplicables a los diversos aspectos de estos procedimientos. Este grupo de normas fueron creadas por el Consejo Administrativo en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 6.1 letras a, b y c del Convenio, que establece lo siguiente:

“Artículo 6 (1) Sin perjuicio de las demás facultades y funciones que le confieren otras disposiciones de este Convenio, el Consejo Administrativo tendrá las siguientes:

- (a) adoptar los reglamentos administrativos y financieros del Centro;*
- (b) adoptar las reglas de procedimiento a seguir para iniciar la conciliación y el arbitraje;*
- (c) adoptar las reglas procesales aplicables a la conciliación y al arbitraje (en lo sucesivo llamadas Reglas de Conciliación y Reglas de Arbitraje);”*

De este modo, se dictaron las siguientes normas:

- 1- Reglamento Administrativo y Financiero: regula el funcionamiento del Centro y los costos de los procedimientos.
- 2- Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (Reglas de Iniciación): se aplican al período que comienza con la presentación de una solicitud de iniciación de un procedimiento y termina con el envío de la notificación del acto de registro.
- 3- Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Conciliación (Reglas de Conciliación): cubren el período que comienza con el envío de la notificación del acto de registro de una solicitud de conciliación y termina con la redacción del informe.
- 4- Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (Reglas de Arbitraje): cubren el período que comienza con el envío de la notificación del acto de registro de una solicitud de arbitraje y termina con la dictación del laudo, y el agotamiento de todos los recursos contra el laudo contemplados en el Convenio.

Aparte del Convenio, Reglamento y Reglas, existen otros textos de relevancia para el sistema CIADI. El primero, que ya hemos citado en algunos pasajes de nuestro estudio, es el Informe de los Directores Ejecutivos, que fue entregado junto con el texto del Convenio en 1965 y cuyo objetivo es facilitar la comprensión de la normativa contenida en él, como asimismo los fundamentos detrás de sus disposiciones. El segundo, creado en 1993, está conformado por las cláusulas modelo, que ofrecen guías sobre la forma en que se manifiesta el consentimiento de las partes al CIADI, ya sea en un instrumento único o en instrumentos separados. Acompañando el texto modelo de cada cláusula, figura un comentario sobre el fundamento detrás de la redacción que se sugiere a las partes.

- **Principales efectos del Convenio respecto de las Partes Contratantes.**

La participación en el Convenio, por sí sola, no acarrea obligación alguna o siquiera la expectativa de que habrá consentimiento a la jurisdicción. Un Estado signatario permanece libre de decidir si otorga o no su consentimiento, y los términos de dicho otorgamiento, si decide hacerlo.³²³ La aplicación de la normativa CIADI requiere de un supuesto previo, que consiste en el otorgamiento del consentimiento a la jurisdicción del Centro por parte de un Estado Contratante del Convenio y un nacional de un Estado Contratante, respecto de una diferencia relativa a inversiones en particular. Este acto de manifestación de voluntad conlleva ciertos efectos jurídicos que operan como pilares sobre los cuales se erige el funcionamiento del Centro.

Estos efectos, regulados por el Convenio, se estructuran a partir de ciertos principios básicos, que buscan excluir del procedimiento consideraciones que no sean jurídicas, permitiendo a los tribunales arbitrales constituidos bajo el alero del Centro desarrollar sus funciones desde una perspectiva estrictamente técnico – jurídica. Asimismo, permiten asegurar la autonomía e independencia del Centro para alcanzar sus decisiones.

Si bien, para someter una determinada diferencia a la jurisdicción del Centro, se requiere de una manifestación expresa de voluntad; una vez otorgado este consentimiento se siguen esta serie de importantes efectos para las partes, que permiten el adecuado funcionamiento del arbitraje sustanciado en conformidad con las disposiciones del sistema CIADI. Esta característica explica en gran medida la meticulosidad que se exige, tanto al Secretario General como a los tribunales arbitrales, en la verificación del cumplimiento de las condiciones necesarias para que el Centro pueda ejercer jurisdicción sobre una diferencia en particular. Los principales efectos del Convenio, son:

1- Irrevocabilidad del Consentimiento a la Jurisdicción del Centro: una vez que ha sido otorgado, el Convenio no admite el retiro unilateral del consentimiento. Esto compele a las partes en un procedimiento CIADI a participar de todas las actuaciones que se desarrollen, ya que de otro modo podría llegarse a la dictación de un laudo arbitral incluso en su rebeldía. En virtud de la suscripción del Convenio, una vez que el Estado ha manifestado su consentimiento en orden a someterse a un procedimiento ante el Centro, esta declaración de voluntad se convierte en una obligación jurídica internacional de carácter irrevocable unilateralmente.³²⁴

2- No frustración de los Procedimientos: relacionado con el efecto anterior, el Convenio contempla la situación en que una parte intenta detener el avance del procedimiento a través de la inacción. En dicho caso, se contempla la designación de oficio de los árbitros si existe falta

³²³ SCHREUER, Christoph, cit. (n. 234), p. 5. La traducción es nuestra.

³²⁴ FERNÁNDEZ MASÍÁ, Enrique, cit. (n. 61), p.146.

de acuerdo entre las partes, y la continuación del arbitraje hasta la dictación del laudo si una de las partes lo solicita al tribunal ante la rebeldía de su contraparte. Este último es uno de los efectos más importantes del otorgamiento del consentimiento, y lo regula el artículo 45 del Convenio:

“Artículo 45 (1) El que una parte no comparezca en el procedimiento o no haga uso de su derecho, no supondrá la admisión de los hechos alegados por la otra parte ni allanamiento a sus pretensiones.

(2) Si una parte dejare de comparecer o no hiciere uso de su derecho, podrá la otra parte, en cualquier estado del procedimiento, instar del Tribunal que resuelva los puntos controvertidos y dicte el laudo. Antes de dictar laudo el Tribunal, previa notificación, concederá un período de gracia a la parte que no haya comparecido o no haya hecho uso de sus derechos, salvo que esté convencido que dicha parte no tiene intenciones de hacerlo.”

3- Exclusividad de los Procedimientos CIADI: el Convenio no admite intervenciones de ningún tipo en la sustanciación de los procedimientos, provengan éstas de tribunales distintos del CIADI, nacionales o internacionales, o del Estado del cual es nacional el inversionista.

4- Renuncia a la Protección Diplomática: relacionado con el efecto anterior, y como contrapunto a la permisividad otorgada para que los inversores privados puedan acudir a esta institución internacional, se evita cualquier intromisión del Estado del que son nacionales aquellos. La exclusión de la actividad de este Estado evita que el país receptor pueda verse confrontado a la vez ante un procedimiento arbitral CIADI y una reclamación internacional interestatal sobre el mismo objeto. Para conseguir este fin, la Convención recoge en su artículo 27.1 la renuncia de todos los Estados contratantes al ejercicio de la protección diplomática y a la promoción de cualquier reclamación internacional, respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme al Convenio CIADI. Únicamente se reanuda la posibilidad del ejercicio de la protección diplomática si una vez dictado el laudo, y éste fuese desfavorable al Estado receptor, éste último se negase a cumplirlo.³²⁵

“Artículo 27 (1) Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.”

5- Autonomía del Tribunal Arbitral CIADI: el laudo dictado por un tribunal CIADI es definitivo y está sometido solamente a los recursos que el propio Convenio contempla. De esta forma, está libre de la injerencia de cualquier otro ente u órgano, nacional o internacional.

6- Régimen Especial de Reconocimiento y Ejecución de los Laudos Arbitrales: una de las obligaciones principales que contraen los Estados al otorgar el consentimiento, es la de acatar el laudo arbitral como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal interno. En

³²⁵ *Ibíd.*, p.47 y 48.

virtud del Convenio, el cumplimiento de lo resuelto por el tribunal CIADI constituye una obligación internacional. Ello, de acuerdo con lo señalado en el artículo 54 del Convenio:

“Artículo 54 (1) Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran.”

Esta particularidad de los laudos del Centro se traduce además en el único efecto que podría eventualmente significar una obligación para un Estado Contratante, que no ha manifestado su voluntad de someterse a un procedimiento. Esta situación se daría en el caso que la ejecución de un laudo dictado por el CIADI sea perseguida en un tercer Estado que no ha sido parte en el procedimiento, pero que es Parte Contratante del Convenio. Este tercer Estado, de acuerdo con el artículo 54 del Convenio, está obligado a reconocer y ejecutar el laudo como si se tratase de una sentencia firme de uno de sus tribunales internos.

Otro punto significativo respecto de los efectos del Convenio es la nueva dimensión que se abre para la autonomía de la voluntad de las partes que participan en un procedimiento CIADI. La intervención de las partes es crucial y determina los principales aspectos del juicio arbitral: la designación de los miembros que conforman el tribunal; la determinación del derecho aplicable y las normas de tramitación. Además, en la consulta preliminar previa a los procedimientos, las partes pueden elegir el idioma que ha de utilizarse en el procedimiento, el número y orden de los escritos, así como el plazo para presentarlos. También pueden acordar la manera en que habrán de prorratearse las costas del procedimiento, y por último, el lugar donde se llevará a cabo el arbitraje.

Los procedimientos ante el Centro presentan este conjunto de características innovadoras que son prácticamente desconocidas en el contexto del arbitraje comercial internacional, otorgándoles un carácter singular, diferente del resto de las instituciones arbitrales más importantes del mundo.³²⁶

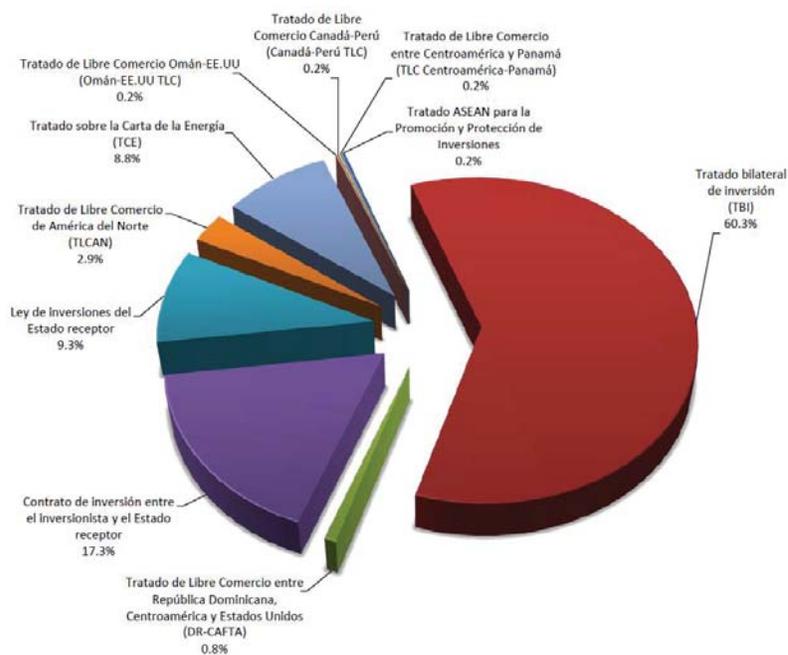
Con este acotado examen de las principales características del Centro, damos paso a la revisión de lo que ocurre en Sudamérica ante esta institución especializada en el arbitraje mixto (inversor – Estado), centrándonos luego en los únicos casos de denuncia del Convenio, todos acaecidos en nuestro subcontinente.

³²⁶ *Ibíd.*, p. 38.

§9- SITUACIÓN ACTUAL EN SUDAMÉRICA ANTE EL CIADI.

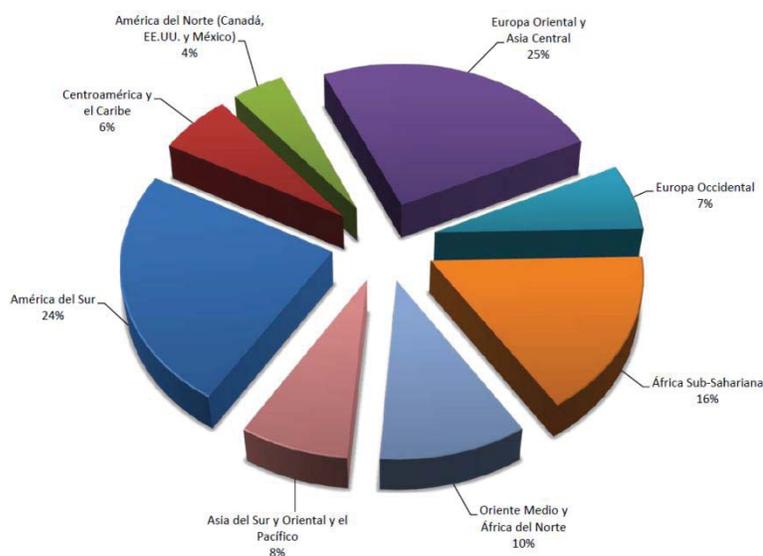
Previo a la exposición centrada en nuestro subcontinente, ofrecemos algunos datos globales sobre CIADI que nos parecen de relevancia:

GRÁFICO 7: Base del Consentimiento para Establecer la Jurisdicción CIADI.³²⁷



60,3% de los casos CIADI provienen de los TBIs, constituyéndose en la principal fuente, seguida muy de lejos por los contratos inversor – Estado.

GRÁFICO 8: Distribución Geográfica de los Casos CIADI.³²⁸



24% de todos los casos CIADI, desde su creación hasta el 2016, han involucrado a países sudamericanos.

³²⁷ CIADI, cit. (n. 293), p. 10.

³²⁸ *Ibíd.*, p. 11.

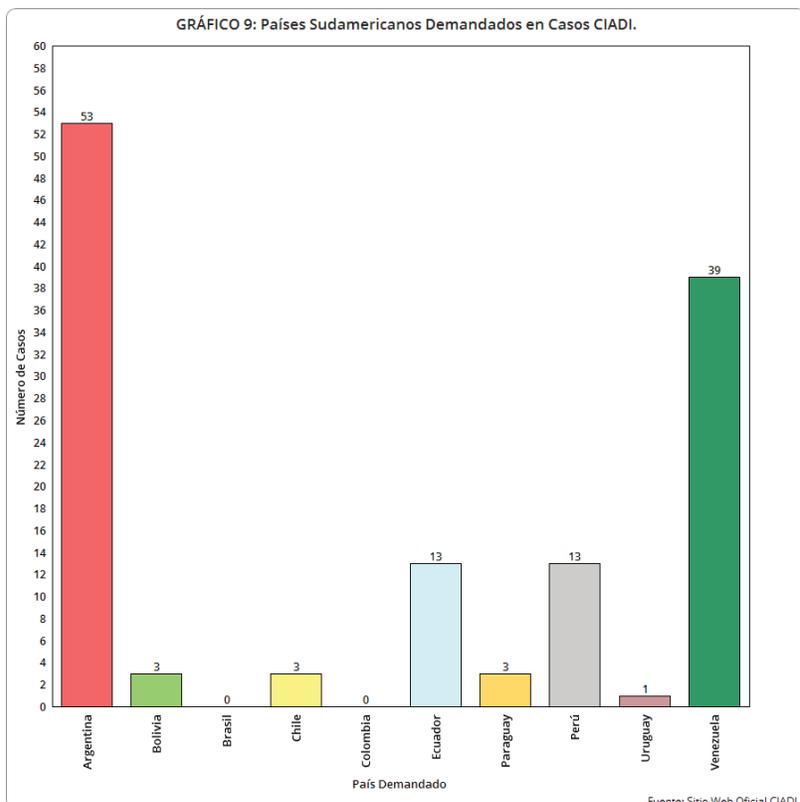
1. Panorama de los casos ante el Centro que involucran a Sudamérica.

Para confeccionar este panorama hemos acudido a dos fuentes:

- El Investment Policy Hub (Centro de Actividad sobre Políticas de Inversiones) de UNCTAD³²⁹, herramienta que ofrece múltiples filtros e información actualizada sobre todo lo relativo a la IED, incluyendo los casos de SCIE.
- El sitio web oficial del CIADI, pestaña “Cases” (Casos), que permite conocer los detalles de la sustanciación de sus procedimientos, incluyendo resultados de los mismos, con algunos casos en que se puede acceder al texto de los laudos arbitrales.³³⁰

- Total de Casos CIADI en que Estados Sudamericanos han sido Demandados.

El número total de casos CIADI a 2016 es de 560, de esos, 128 casos (22,9% del total) involucran a Estados sudamericanos como demandados. Este número se desglosa de la siguiente manera:



Los países con más demandas ante el CIADI son Argentina y Venezuela. Luego, igualados en 13 demandas, encontramos a Ecuador y Perú.

Colombia no tiene demandas, a pesar de ser Parte Contratante desde 1997.

Brasil no tiene demandas, pero no es Parte Contratante. Aun así, tampoco aparece como demandado ante otros foros inversor – Estado, distintos del CIADI.

³²⁹ Disponible en el sitio web: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/> (Accedido en febrero de 2016).

³³⁰ La confidencialidad y transparencia de los procedimientos depende del acuerdo de las partes, por lo tanto, solamente cuando ellas lo acuerdan, el fallo es hecho público.

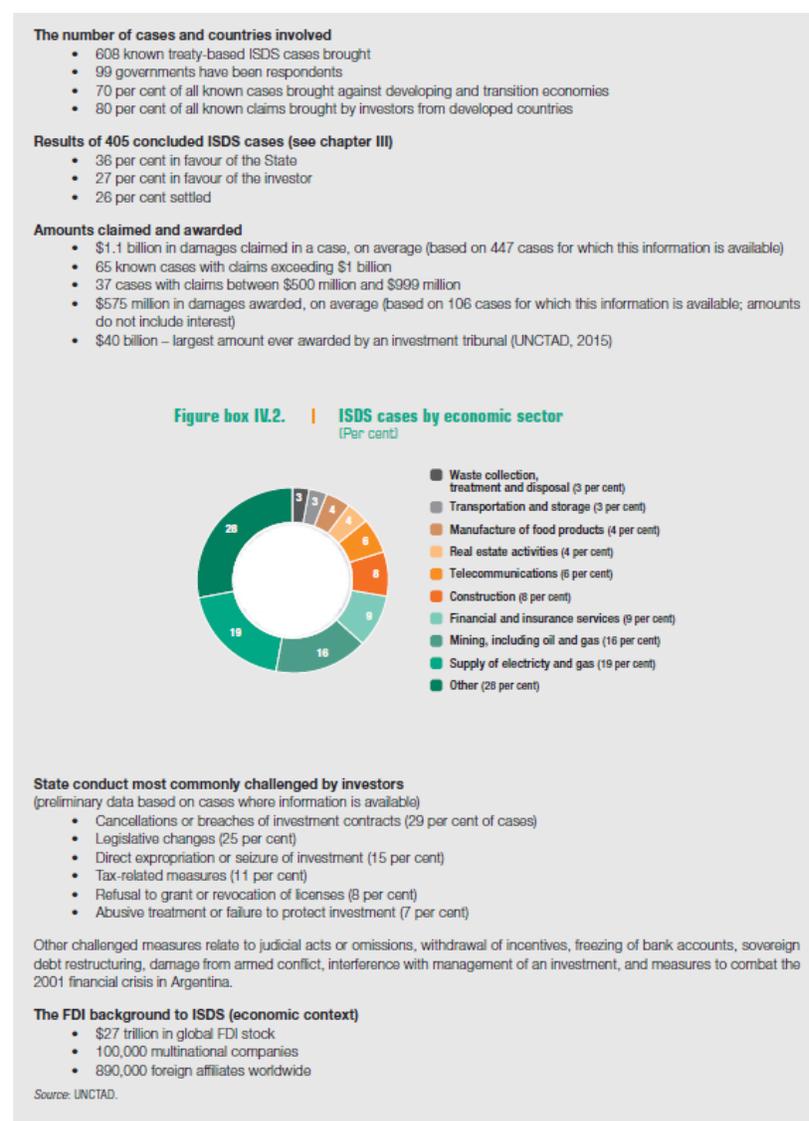
Fuente: <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/process/Pages/Confidentiality-and-Transparency.aspx> (Accedido en febrero de 2016) La traducción y el resumen son nuestros.

- Total de Casos CIADI en que Nacionales Sudamericanos han sido Demandantes.

Los países sudamericanos figuran como demandantes, es decir, un inversor de nacionalidad de uno de estos Estados ha incoado una demanda contra otro Estado; solamente en 17 casos (3,3% del total), que involucran a 5 países:

- 1- Chile, con 7 nacionales chilenos que figuran como demandantes.
- 2- Argentina, con 3 nacionales argentinos que figuran como demandantes.
- 3- Venezuela, con 3 nacionales venezolanos que figuran como demandantes.
- 4- Perú, con 3 nacionales peruanos que figuran como demandantes.
- 5- Uruguay, con un nacional uruguayo que figura como demandante.

CUADRO 3: Cifras SCIE hasta fines de 2014 (datos de UNCTAD, en inglés).³³¹



1. El monto promedio demandado en un arbitraje inversor – Estado es de USD\$1.1 billones.

2. El 70% de las demandas son en contra de economías en vías de desarrollo.

3. El 80% de los demandantes provienen de países desarrollados.

* ISDS (Investor – State Dispute Settlement) es SCIE (Solución de Controversias Inversor - Estado).

* FDI (Foreign Direct Investment) es IED (Inversión Extranjera Directa).

³³¹ UNCTAD, cit. (n. 105), p. 146.

- **Análisis de los Datos Presentados.**

Si analizamos en conjunto los datos arriba expuestos, usando el monto promedio demandado como estimado, contrastándolos con las cifras de IED vistas en §5, obtenemos que:

- Ecuador (cuyo PIB 2014 es de USD\$ 100.917 millones), ha sido demandado por USD\$ 14,3 billones;
- Venezuela (cuyo PIB 2014 es de USD\$ 381.286 millones), ha sido demandada por USD\$ 42,9 billones; y
- Argentina (cuyo PIB 2014 es de USD\$ 537.660 millones), ha sido demandada por USD\$ 58,3 billones.

Si bien estos datos se fundan en el promedio de montos demandados (seguidamente en §9.2 veremos algunos montos reales), nos permiten ilustrar la relevancia de los casos SCIE; al punto que cuando estudiamos el caso de Argentina en materia de IED, las pérdidas ocasionadas por un laudo arbitral eran casi iguales al total de ingresos anuales por IED.

Lo que tratamos de establecer es que:

- Sudamérica figura al tope como región, entre los países demandados ante el CIADI;
- Los casos CIADI involucran sumas cuantiosas en los montos demandados, al punto que son cifras relevantes como economía país (sin considerar que los honorarios y costas legales también son altísimos), máxime si se trata de mercados de pequeña envergadura, como es la regla general en Sudamérica;
- Dos de los 3 países sudamericanos más demandados ante el Centro (Venezuela y Ecuador), tomaron la decisión de denunciar el Convenio, mientras que Bolivia optó por lo mismo al ver los montos involucrados en las 3 demandas en su contra.
- El uso de los mecanismos SCIE es muy exiguo cuando se trata de inversores sudamericanos, representando una relación 1 es a 10 respecto del número de demandas recibidas por los Estados sudamericanos.

En suma, CIADI cobró tal relevancia en el concierto sudamericano que casi un tercio de los Estados de este subcontinente optaron por abstraerse de su jurisdicción. La promesa de los TBIs como herramienta para atraer inversiones se había esfumado para ellos, dando paso a la certeza de las demandas multimillonarias en su contra. Las razones, los argumentos y las propuestas alternativas, serán el objeto de la parte final de nuestro trabajo, comenzando en §9.2 con la denuncia del Convenio.

Finalmente, algo que mencionaremos tangencialmente en los acápite a seguir, es que Argentina parecía el más serio candidato a la denuncia del Convenio, pero hasta la fecha ello

no se ha producido. No obstante, un estudio acabado del caso argentino queda fuera del ámbito de este trabajo.³³²

2. Denuncia del Convenio, los casos de Bolivia, Ecuador y Venezuela.

Los vestigios de los momentos más encendidos de la tensión Norte – Sur, o entre el mundo desarrollado y el mundo en vías de desarrollo, conservan una vertiente de incipiente crecimiento en la actualidad en Latinoamérica. Un grupo no menor de ciudadanos y líderes políticos manifiestan con frecuencia su oposición a la globalización, un fenómeno que estiman nocivo para los países del llamado “Tercer Mundo”, que condenan tildándolo de nuevo imperialismo, basados en el poder que cada día acumulan las empresas transnacionales por sobre las fronteras geográficas, en lo que ellos sindicaron como una campaña encubierta de los Estados más industrializados para tomar el control del planeta a través de la economía.

Para estos grupos, CIADI se erige como un bastión de inequidad, donde, a su juicio, se ven representados los intereses de las grandes compañías y en ningún caso hay un real beneficio para los Estados receptores de capital. Esta visión diametralmente opuesta a los intereses que en su momento llevaron a la creación del Centro, léase la promoción de las inversiones extranjeras como una vía de encaminar el desarrollo de los Estados receptores, se ve reafirmada por el nexo que existe entre el FMI, el Banco Mundial y el Centro. Todas estas instituciones son sindicadas por los grupos antiglobalización como extensiones supraestatales de los principales grupos económicos a nivel mundial, y como garantes de los intereses de los países desarrollados e industrializados.

El paradigma del desarrollo sustentable se ha erigido como un nuevo estándar que los Estados deben cumplir, centrándose ya no sólo en el crecimiento de las economías, sino en la responsabilidad social y ecológica asociada a dicho proceso, buscando conjugar las ganancias con el respeto de las normas de protección de los trabajadores y el avance industrial acompañado de un mínimo impacto medioambiental posible. El modelo de los AII, que sirven como marco normativo principal en los arbitrajes CIADI, ha probado su ineficiencia en este aspecto, ya que su regulación no fue concebida con estas premisas en mente. El nacimiento de este tipo de inquietudes ha significado un nuevo polo de críticas al sistema TBI – CIADI, requiriendo una revisión y actualización del mismo.

³³² De acuerdo con un proyecto de ley de 21 de marzo, 2012, que se encuentra en trámite en el Congreso, Argentina (un estado que recoge 25 casos ante el CIADI de los 167 casos pendientes del CIADI hasta la fecha) también parecen estar dispuestos a inclinarse a esta opción en el futuro muy próximo. Paralelamente, Argentina está estudiando la opción de otro mecanismo para reducir la potencia del CIADI iniciado por Venezuela, Ecuador y Bolivia: la terminación formal o retirada de muchos TBI.

Fuente: BOEGLIN, Nicolás, *ICSID and Latin America: Criticisms, withdrawals and regional alternatives*, 25 de junio de 2013, en Bilaterals.org. Disponible en el sitio web: <http://www.bilaterals.org/?icsid-and-latin-america-criticisms&lang=es> (Accedido en febrero de 2016). La traducción es nuestra.

Al igual que todo tratado internacional, el Convenio puede ser denunciado por cualquier Estado parte, cuando considere que ya no se corresponde con sus intereses. De conformidad con el Artículo 71 del Convenio del CIADI, la denuncia surtirá efecto seis meses después de la recepción de la notificación. Bolivia fue el primer estado en retirarse del Convenio CIADI (denuncia notificada en mayo de 2007 y efectiva a partir de noviembre de 2007), seguido de Ecuador (denuncia notificada en julio de 2009, efectiva a partir de enero de 2010). Venezuela anunció oficialmente su retiro a fines de enero de 2012, entrando en vigor en julio de 2012. Además, Venezuela terminó en 2008 su TBI con los Países Bajos, utilizado como base para el consentimiento a la jurisdicción CIADI en 10 casos en su contra. El hecho de que el vecino Brasil sea el Estado con el mayor volumen de inversores extranjeros en América Latina, libre del mecanismo del CIADI y de los TBI, puede explicar en parte, entre muchas otras razones, estos acontecimientos.³³³

El retiro del CIADI por Bolivia, Ecuador y Venezuela; y la terminación de los TBIs, son una expresión radical de una tendencia mucho más amplia, de volver a examinar los aspectos clave del régimen internacional de las inversiones. En los últimos tiempos, un número significativo de países han revisado sus modelos de tratados de inversión y han buscado la renegociación de los acuerdos existentes con el fin de hacerlos más claros, más equilibrados y propicios para un resultado justo. Hay una gran necesidad de una mayor reflexión colectiva y el enfoque constructivo sobre estos temas.³³⁴

Hemos escogido estas citas que tratan de manera conjunta los tres casos de denuncia del Convenio CIADI, buscando orientar nuestra mirada hacia los fundamentos detrás de estas acciones, más que a los sucesos detallados de cada uno. Sin embargo, los datos duros son poderosos para encontrar explicaciones y hablan claramente sobre lo que está en juego en los esquemas de SCIE. Veamos algunos ejemplos en cifras:

Bolivia, en 2010 sumaba USD\$ 1.133 millones en sus 3 demandas.³³⁵ Sus ingresos por IED durante ese mismo año eran de USD\$ 643 millones.

El caso de Ecuador no es muy diferente, a 2011 las demandas en su contra sumaban USD\$ 4.658 millones³³⁶, mientras que su ingreso total por IED en ese mismo año era de apenas 644 millones.

³³³ *Ibíd.*, la traducción es nuestra.

³³⁴ RIPINSKY, Sergey, *Venezuela's Withdrawal From ICSID: What it Does and Does Not Achieve*, 13 de abril de 2012, en Investment Treaty News, International Institute for Sustainable Development. Disponible en: <https://www.iisd.org/itn/2012/04/13/venezuelas-withdrawal-from-icsid-what-it-does-and-does-not-achieve> (Accedido en febrero de 2016). La traducción es nuestra.

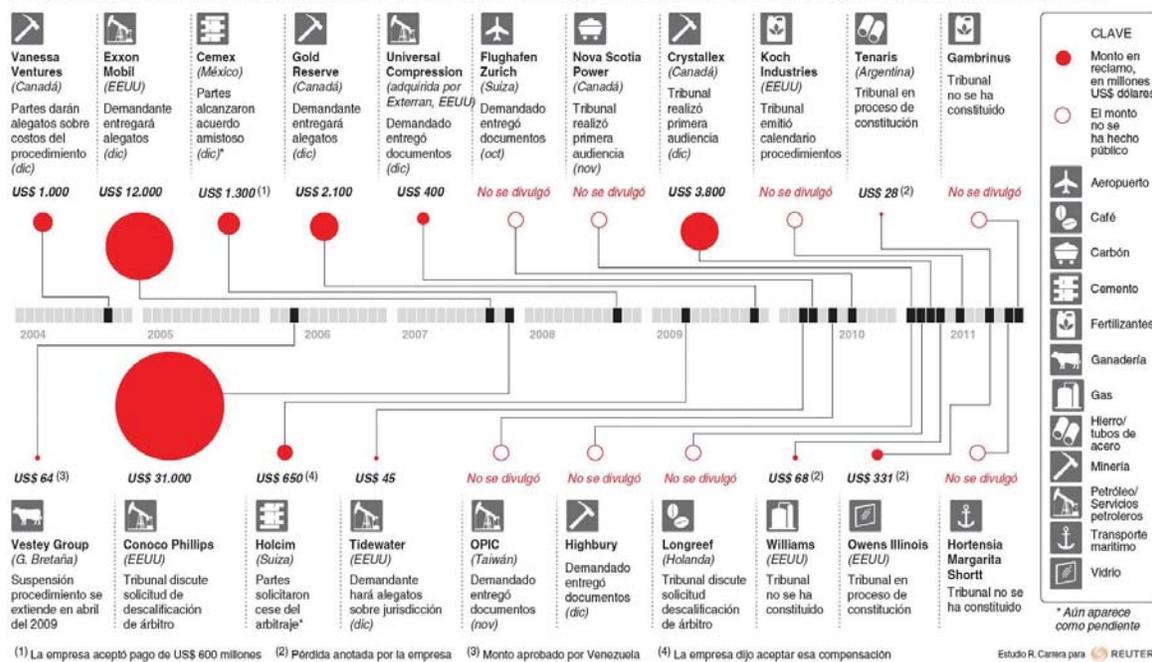
³³⁵ Fuente: Diario la Razón, *Demandas al país superan mil millones de dólares*, 28 de abril de 2010. Disponible en el sitio web <http://www-la-razon.com> (Accedido en febrero de 2016).

³³⁶ Fuente: Diario El Comercio, *Las demandas contra Ecuador suman USD 4.658 millones en el exterior*, 30 de junio de 2011. Disponible en el sitio web <http://www.elcomercio.com> (Accedido en febrero de 2016).

CUADRO 4: Montos Demandas CIADI Contra Venezuela.³³⁷

ARBITRAJES PENDIENTES CONTRA VENEZUELA EN EL CIADI

Principales casos contra Venezuela pendientes ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Ciadi), dependiente del Banco Mundial



Aunque este cuadro fue preparado mientras los procedimientos estaban pendientes, los montos demandados contra Venezuela al 2011, en los casos en que fueron divulgados, sumaban USD\$ 52.786 millones, superando con creces las estimaciones conservadoras que hacíamos en §9.1. En §5.2.10 veíamos que Venezuela en 2011 tuvo ingresos totales de IED por USD\$ 5.740 millones, representando apenas un 10% del monto total de las demandas conocidas, acumuladas a esa fecha. Entonces, retomando el tema de la potencia de los ejemplos con datos concretos, es evidente para cualquier observador que la relación costo – beneficio en el caso venezolano estaba inclinada hacia las pérdidas.

En suma, el ejemplo de Bolivia fue rápidamente seguido por Ecuador y, algunos años después, por Venezuela, debiendo tenerse también en consideración la posición de Brasil en el tema de la IED y las dudas de Argentina. El marco de ALBA³³⁸, fulgurante como Organización Internacional en esos años, sirvió para nutrir con un sustento ideológico esta oposición férrea a las instituciones que históricamente los Estados más desarrollados habían impulsado.

³³⁷ Fuente: REUTERS Latinoamérica. Disponible en el sitio web: <http://lta.reuters.com/> (Accedido en febrero de 2016).

³³⁸ La Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA) es una plataforma de integración enfocada a los países de América Latina y el Caribe, que busca la erradicación de la pobreza y la exclusión social, en base a ideologías principalmente de izquierda. Se trata de una iniciativa de Cuba y Venezuela, como contrapartida del Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), impulsada por Estados Unidos. Funciona a través de la cooperación de fondos compensatorios, y la aplicación del Tratado de Comercio de los Pueblos o TCP. Fuente: <http://www.alternativabolivariana.org> (Accedido en febrero de 2016).

Más allá de las cifras, el sustento teórico de la decisión boliviana complementa las convicciones que generaron su salida e inspiraron al resto: El motivo detrás de esta decisión fue una diferencia en particular, con una compañía de telecomunicaciones de los Países Bajos, llamada Euro Telecom International N.V. Dicha compañía fue nacionalizada por Bolivia, basada en lo que dicho país estimó como un incumplimiento del acuerdo de inversión entre ambos, por no haber alcanzado el monto mínimo de inversión comprometido. Para evitar que estos inversores pudiesen acudir al CIADI, el gobierno boliviano encabezado por Evo Morales decidió denunciar el Convenio, fundándose en 6 motivos, que el Embajador para Asuntos de Comercio e Integración de la época, Pablo Solón, enumeró de la siguiente forma:³³⁹

1. El CIADI es un tribunal desequilibrado que toma partido siempre por las transnacionales, ya que 230 de los 232 casos presentados a la fecha de la denuncia fueron planteados por transnacionales; 74% de los demandados son países en desarrollo; 36% de los casos fueron ganados por los inversionistas y un 34% terminaron con un acuerdo extrajudicial a su favor.
2. El CIADI es antidemocrático porque delibera a puertas cerradas y sus laudos son inapelables.
3. El CIADI es extremadamente caro.
4. En el CIADI las transnacionales aprovechan el tribunal para arrancar indemnizaciones millonarias a los Estados.
5. El Banco Mundial funge como juez y parte en los procesos CIADI, ya que en ocasiones es socio de las transnacionales demandantes.
6. La ratificación del Convenio viola la Constitución Política del Estado boliviano, al sustraer de la jurisdicción interna las diferencias relativas a inversiones, contraviniendo lo dispuesto por los artículos 24 y 135 de dicho cuerpo legal.

El Estado boliviano reafirmó sus motivos en una declaración en la quinta Cumbre de la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América, en su Decisión del ALBA – TCP (Tratado de Comercio de los Pueblos) sobre el CIADI: Los países miembros del ALBA – TCP rechazan enfáticamente las presiones jurídicas, mediáticas y diplomáticas de algunas empresas transnacionales, que habiendo vulnerado normas constitucionales, leyes nacionales, compromisos contractuales, disposiciones regulatorias, medioambientales y laborales se resisten a la aplicación de decisiones soberanas de los países amenazando e iniciando demandas de arbitraje internacional contra los Estados Nacionales en instancias como el CIADI Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. En consecuencia, los Estados parte del ALBA – TCP acuerdan retirarse y denunciar de manera conjunta la Convención del CIADI garantizando el derecho soberano de los países a regular la inversión extranjera en su territorio nacional. La propuesta fue aprobada en la V Cumbre del ALBA – TCP a propuesta de Bolivia.³⁴⁰

³³⁹ Fuente: Fundación Solón <http://funsolon.civiblog.org/blog/archives/2007/5/10/2940375.html> (Accedido en febrero de 2016).

³⁴⁰ COMITÉ DE ANULACIÓN DE LA DEUDA DEL TERCER MUNDO, disponible en <http://www.cadtm.org/Bolivia-Venezuela-y-Nicaragua> (Accedido en febrero de 2016).

Pero Ecuador no se conformó con abandonar el sistema CIADI, sino que procedió a denunciar los TBIs también. Entre los tratados denunciados se encuentran los siguientes: 1.- República Dominicana: Enero 2008 2.- El Salvador: Enero 2008 3.- Cuba: Enero 2008 4.- Nicaragua: Enero 2008 5.- Guatemala: Enero 2008 6.- Honduras: Enero 2008 7.- Uruguay: Enero 2008 8.- Paraguay: Enero 2008 9.- Finlandia: Enero 2010.³⁴¹ La decisión se hizo efectiva, eso sí, respecto de aquellos Estados con menor poder en el Sistema Internacional, en circunstancias que sus TBIs con países como Alemania, EE.UU., Inglaterra y Francia, siguen vigentes.

En mayo de 2013, Ecuador da un paso más al crear la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones (CAITISA) (Decreto Ejecutivo 1506, 6 de mayo de 2013). La CAITISA está formada por cuatro expertos o investigadores en materia de inversiones y Derecho Internacional, provenientes de la sociedad civil con sus respectivos suplentes, y cuatro representantes del Estado: el Secretario Nacional de Planificación y Desarrollo, la Secretaria Nacional de Gestión de la Política, el Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República y el Ministro de Relaciones Exteriores. Sus funciones son analizar los TBIs y otros instrumentos internacionales relativos a inversiones que obliguen a Ecuador, así como las normas de arbitraje internacional y los casos contra el Estado.³⁴²

El especialista en Derecho Internacional Público y miembro de la CAITISA, Javier Echaide, indica que los motivos esgrimidos por Ecuador para denunciar los TBIs y el Convenio se basan en: 1. La incompatibilidad con disposiciones de la Constitución de 2008, principalmente en lo que refiere al establecimiento de una jurisdicción distinta a la doméstica en materia de controversias con inversores extranjeros; 2. La necesidad de dar pasos en relación a la protección de los derechos de la naturaleza, con consagración constitucional por primera vez en la historia de Ecuador; 3. Aspectos conyunturales, especialmente las controversias con las empresas Occidental Petroleum (CIADI caso número ARB/06/11) y Chevron (Corte Permanente de Arbitraje); y 4. Las afectaciones indirectas de los casos que se dirimen en jurisdicciones diferentes y genera problemas al Estado.³⁴³

Finalmente, en el caso venezolano, el comunicado del Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Exteriores argumenta que el gobierno venezolano, como parte de su mandato constitucional, no tenía otra opción sino denunciar el Convenio CIADI. De acuerdo

³⁴¹ DÍAZ BALBUENA, Hugo, *La denuncia de los tratados de protección de las inversiones: Estudio y análisis de los casos de Bolivia, Ecuador y Venezuela. Problemas y perspectivas*, Lunes 24 de febrero de 2014. Disponible en <http://www.nodo50.org> (Accedido en febrero de 2016).

³⁴² BAS VILIZZIO, Magdalena, *Solución de Controversias en los Tratados Bilaterales de Inversión: Mapa de Situación en América del Sur*, en Rev. secr. Trib. perm. revis. Año 3, N° 5; Marzo 2015; p 246. Disponible en el sitio web: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2722279 (Accedido en febrero de 2016).

³⁴³ *Ibíd.*

con el comunicado, el Artículo 151 de la Constitución venezolana invalida cualquier consentimiento a la jurisdicción de CIADI bajo el Convenio CIADI. Dicho artículo establece: *En los contratos de interés público, si no fuere improcedente de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los Tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras.*

El gobierno venezolano también argumenta que ha actuado con el fin de proteger el derecho del pueblo venezolano a decidir las orientaciones estratégicas de la vida económica y social de la nación, sustrayéndolo de una jurisdicción internacional que ha fallado 232 veces a favor de los intereses transnacionales, en las 234 causas que ha conocido a lo largo de su historia.³⁴⁴

Del tenor de los argumentos vertidos por estos tres denunciantes del Convenio, se coligen similitudes que apuntan a la protección de los nacionales, la primacía de las normas constitucionales internas frente al DIP y la protección del medioambiente. En la parte final de este acápite analizaremos estos argumentos.

- Resultados de los Procesos CIADI en que Bolivia, Ecuador y Venezuela son Demandados.³⁴⁵

1. Bolivia: en los 2 casos concluidos a la fecha, aparecen un desistimiento y un avenimiento como las formas de terminación.

2. Ecuador: en los 11 casos concluidos a la fecha, los resultados son los siguientes:

- 5 avenimientos entre las partes.
- 2 laudos favorables a Ecuador.
- 2 laudos desfavorables, uno por USD\$ 1.769 millones y otro por USD\$ 5.578 millones.
- 1 laudo que no se conoce el resultado.
- 1 desistimiento de la demanda por parte del inversor.

3. Venezuela: en los 14 casos concluidos a la fecha, los resultados son los siguientes:

- 1 abandono de instancia.
- 1 avenimiento.
- 4 laudos favorables a Venezuela.

³⁴⁴ ALVINS, Ramón; ELJURI, Elizabeth, *Venezuela denuncia el Convenio CIADI*, enero de 2012. Disponible en el sitio web <http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/62438/venezuela-denuncia-el-convenio-ciadi> (Accedido en febrero de 2016).

³⁴⁵ Datos tomados del sitio web oficial CIADI <http://icsid.worldbank.org> (Accedido en febrero de 2016).

Por razones de extensión hemos decidido no incluir los detalles de cada uno de los casos, pues nuestro análisis se enmarca en una visión general del estado de la cuestión. No obstante, los detalles y, cuando están disponibles, los laudos, pueden ser accedidos en la pestaña “Cases” (Casos) del sitio web citado. Muchos de los laudos tienen versiones en inglés y en español.

- 3 laudos desfavorables, uno por USD\$ 713 millones, otro por USD\$ 172 millones; y otro por \$2.055.288.000.- bolívares venezolanos.
- 1 laudo que no se conoce el resultado.
- 3 desistimientos de la demanda por parte del inversor.
- 1 procedimiento discontinuado por no pago de los costos procesales al CIADI.

Entre los tres países, hasta la fecha, contamos solamente 5 casos en que han resultado laudos desfavorables (aunque los montos en cuestión son de cuantías muy altas), versus 6 laudos favorables y 7 avenimientos.

- **Comentarios Finales sobre los Casos Boliviano, Ecuatoriano y Venezolano.**

Retomando los conceptos que expusimos en §2, utilizaremos como herramienta la explicación multicausal, desde el paradigma de la interdependencia compleja. En la regulación de la IED el Estado debe interactuar necesariamente con las EMNs y el CIADI, entonces, deja de ser un actor único en el concierto internacional. Pero los tres países cuya denuncia del Convenio hemos revisado, buscan sustraerse de esa trinidad para relacionarse directamente con el inversor. Ello, en una forma que les favorezca, sin desprenderse de su preeminencia sobre el privado, al utilizar el aparato público.

Al hablar de la IED no podemos separar en compartimentos cada una de sus implicaciones, se unen las temáticas económicas, laborales, los derechos humanos, la protección del medioambiente, las aspiraciones político – independistas y los proyectos sociales alternativos al modelo global predominante. En consonancia con esto, la interconexión facilitada por la inmediatez de las comunicaciones, colaboró para que Bolivia no estuviera sola en su lucha, valiéndose de sus lazos vía ALBA para establecer las bases de una opción divergente. Ecuador recoge el testimonio y lo proyecta en una iniciativa innovadora que veremos en §11.

La EMN indudablemente es un actor en este ámbito de las RR.II., tanto así que tiene un acceso en igualdad de condiciones a un foro en el que la contraparte es un Estado. Allí, desaparecen los cuestionamientos sobre su rol y, por una serie de razones que en su momento llevaron a crear CIADI, se le permite obtener soluciones basadas en el derecho internacional, que recogen y ajustan mecanismos del DIP y el DIPV para elaborar un traje a la medida.

Frente a este empoderamiento de las EMNs, en el marco de la globalización como proceso histórico – cultural, mediado por las nuevas tecnologías de la información, se favorece el despliegue de voces que abogan por mecanismos que no estén tan sobrecargados hacia uno solo de los lados en la relación que surge a partir de la IED. La búsqueda dentro de la creciente interdependencia de la economía internacional, motivada por el deseo de los Estados individuales por mantener su independencia y autonomía política, sumada a la geometría variable de los resultados económicos; constituyen el caldo de cultivo de la postura de

denuncia del Convenio que, hasta ahora, solamente tiene manifestaciones concretas en nuestra región.

Finalmente, nos parece didáctico, desde el punto de vista metodológico, distinguir tres de los aspectos principales que están involucrados en la denuncia del Convenio:

1. Aspecto Económico: no resiste muchos cuestionamientos el hecho que estos tres países vieron seriamente amenazados sus intereses financieros, más aún si consideramos que se trata de economías de pequeña magnitud (Venezuela no tanto, además, tiene el factor petróleo, pero ya en la época de la denuncia del Convenio, comenzaba un proceso de caída económica que hoy está en su peor momento). Esta amenaza no se ha concretado, hasta ahora, en numerosos laudos desfavorables (recordemos que Venezuela mantiene 25 casos pendientes), pero los montos de indemnización a los inversores hacen, hasta cierto punto, comprensible la opción adoptada de cerrar la puerta a esta clase de demandas.

2. Aspecto Político: ALBA sirvió como sustento ideológico para impulsar este polo opositor al binomio IED – TBI. Hoy no es una organización que pase por su mejor momento, pero bajo el alero de Chávez, Correa y Morales, logró un influjo que han intentado proyectar en UNASUR.

3. Aspecto Jurídico: las alusiones al quebrantamiento de normas constitucionales no se conciben con los principios que rigen el derecho internacional en la materia, así lo hemos destacado varias veces en este trabajo (en §7 incluso citamos las disposiciones de la Convención de Viena aplicables). Prueba de ello es que la salida del Convenio se hace mediante su propia disposición relativa a la denuncia, y no porque se invoque una vulneración manifiesta de las Constituciones nacionales. Desde otra perspectiva, es efectivo que los TBIs no apuntan como objetivos principales a proteger el medio ambiente, los derechos laborales o los derechos humanos (por nombrar algunos ejemplos); no fueron creados con esa intención. Pero esta situación era conocida por los Estados al firmarlos, donde el tema de fondo es que las expresiones de los gobiernos al denunciar al Convenio parecen desconocer los efectos jurídicos de los TBIs, o hacen parecer que su firma en un primer momento fue un despropósito, motivado por una falta de análisis de las repercusiones que ello tendría.

Finalmente, en este aspecto jurídico, los efectos de la denuncia del Convenio son relevantes, puesto que las demandas ya entabladas siguen su curso, incluidas aquellas notificadas durante el período de 6 meses contados desde la comunicación de la denuncia al Centro. Estos procedimientos deben continuar hasta llegar a su término, no concluyen porque se denuncie el Convenio. El efecto propio es que, transcurridos los 6 meses desde la notificación de la denuncia, ya no se aceptarán a tramitación nuevas demandas.

§10- ANÁLISIS CRÍTICO DEL FUNCIONAMIENTO DE LOS MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSOR – ESTADO EN SUDAMÉRICA.

Si bien el título de este apartado ha sido el motor del análisis a lo largo de todo este trabajo, hemos estimado que es valioso establecer ciertas precisiones, con el objeto de aclarar nuestra postura en este tema que, como hemos visto, no es pacífico en Sudamérica y admite, al menos, 3 grandes visiones.

Previo a conocer estas 3 posturas, hay una pregunta que merece algunos comentarios:

1. ¿Los TBIs Atraen Inversiones?

Revisaremos primero lo que postulan algunos autores, para luego ofrecer lo que nuestro estudio nos ha indicado al respecto.

Ya en 2003 una investigación bajo el alero del Banco Mundial cuestionaba los efectos positivos de esta clase de acuerdos: El análisis de veinte años de flujos bilaterales de IED bilateral desde la OCDE hacia países en desarrollo, encuentra poca evidencia de que los TBI hayan estimulado inversión adicional. Aquellos países con instituciones nacionales débiles, incluida la protección de la propiedad privada, no han conseguido beneficios adicionales significativos; un TBI no ha actuado como un sustituto para una reforma doméstica amplia. Por el contrario, aquellos países que están reformando y ya tienen instituciones nacionales razonablemente fuertes, tienen más probabilidades de obtener ganancias con la ratificación de un tratado. Que los TBI actúan más como un complemento que un sustituto de las instituciones nacionales, significa que los que se benefician con ellos son, posiblemente, quienes menor necesidad tienen de un TBI para dar indicios de la calidad de sus derechos de propiedad.³⁴⁶ Un estudio realizado en 2015 obtiene conclusiones similares: Con respecto al efecto de promoción de la IED de los TBIs, nuestra lectura de los resultados de los estudios empíricos es que los TBI no funcionan “por sí solos”. Por el contrario, los TBIs ejercen un efecto indirectamente sobre la IED, en el contexto de otros factores decisivos, en particular los determinantes institucionales /.../ Por lo tanto, no compartimos la opinión expresada por quienes concluyen que "los TBI pueden incluso sustituir a las instituciones nacionales."³⁴⁷

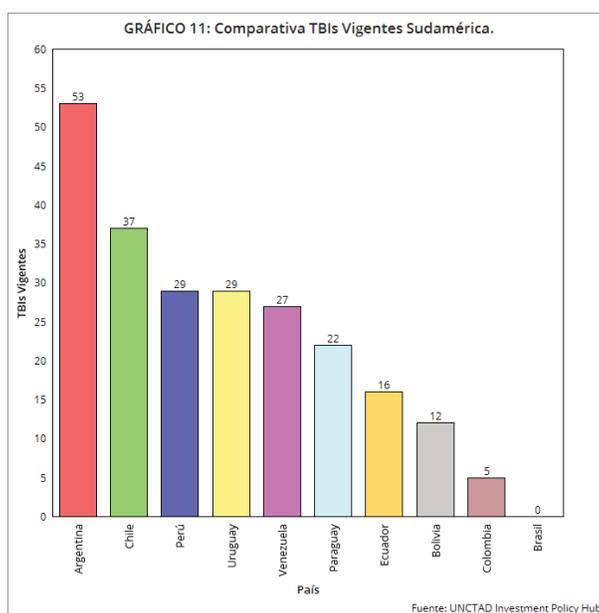
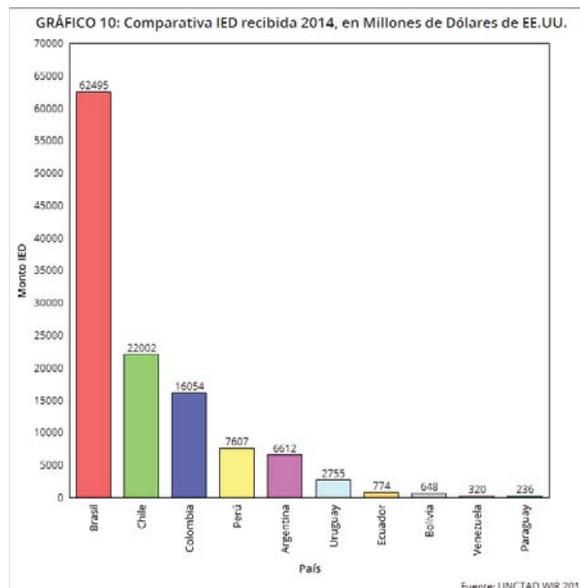
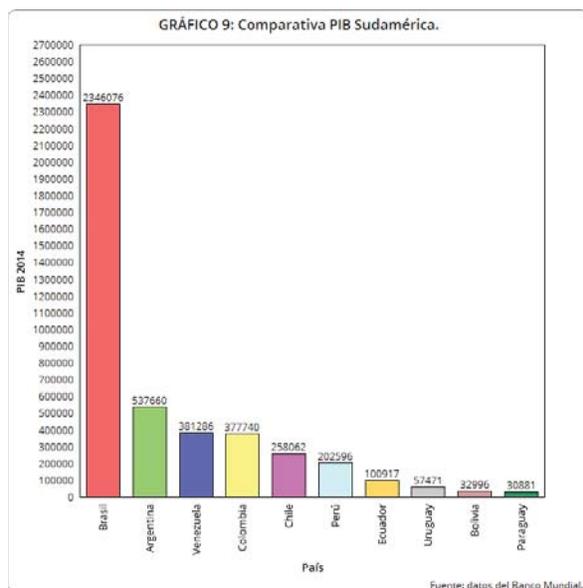
Polanco aterriza estas observaciones a nuestra región: Latinoamérica es una de las regiones líderes en el mundo tanto en la suscripción de acuerdos internacionales de inversión como en el número de disputas entre Inversionista – Estado. Si bien no existe evidencia

³⁴⁶ HALLWARD – DRIEMEIER, Mary, *Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit... and They Could Bite*, Banco Mundial, Grupo de Investigación para el Desarrollo, Clima de Inversión, Agosto de 2003, p. 22 y 23. Disponible en el sitio web: <http://www.worldbank.org> (Accedido en febrero de 2016). La traducción es nuestra.

³⁴⁷ BELLAK, Christian, *Economic Impact of Investment Agreements*, agosto de 2015, Departamento de Economía de la Universidad de Viena de Economía y Negocios, p. 19 y 20. Disponible en el sitio web: <https://epub.wu.ac.at/4625/1/wp200.pdf> (Accedido en febrero de 2016). La traducción es nuestra.

empírica que establezca una relación directa entre los AII y el aumento del flujo de inversiones hacia América Latina o la mejora de las condiciones para la protección de la misma, los países de la región parecen asumir que estos efectos sí se producen, lo que explicaría el gran número de acuerdos vigentes a la fecha.³⁴⁸

- Situación en Sudamérica a la Luz de Nuestro Estudio.



³⁴⁸ POLANCO, Rodrigo, cit. (n. 77).

TABLA 13: Comparativa Ingresos de Inversión Extranjera 2010 – 2014 en Sudamérica (en Millones de Dólares de EE.UU). Datos de UNCTAD WIR 2015.					
País	2010	2011	2012	2013	2014
Argentina	11.333	10.840	15.324	11.301	6.612
Bolivia	643	859	1.060	1.750	648
Brasil	48.506	66.660	65.272	63.996	62.495
Chile	15.510	23.309	28.457	19.264	22.002
Colombia	6.430	14.648	15.039	16.199	16.054
Ecuador	163	644	585	731	774
Paraguay	210	619	738	72	236
Perú	8.455	7.665	11.918	9.298	7.607
Uruguay	2.289	2.504	2.536	3.032	2.755
Venezuela	1.574	5.740	5.973	2.680	320

Lo primero que debemos mencionar es que hay que tener en cuenta las cifras de IED que aportamos en §5 y que hemos agrupado en los gráficos 9 al 11 y en la tabla 13, para luego contrastarlas con los datos que hemos presentado sobre los mecanismos SCIE. Así, vemos que las cifras de IED en Sudamérica tienen más relación con las magnitudes de las economías que con la adopción de AII. El caso de Brasil habla claramente a favor de este argumento, pues su economía es atractiva por su diversidad y dimensión, constituyendo el principal polo de inversión en el subcontinente. Pero luego, encontramos la excepción que constituye Chile, el segundo país en número de TBIs celebrados después de Argentina, el cual ha conseguido situarse como el principal inversor extranjero y el segundo receptor de IED en Sudamérica.

Tenemos la convicción que los casos de Brasil y Chile no pueden explicarse acudiendo a un solo fundamento, pues se trata de un cúmulo de factores que inciden en los resultados. Empero, el hecho que sus políticas relativas a los TBIs sean diametralmente opuestas, mientras que la IED es cuantiosa en ambas economías, aporta a la tesis de que no son los TBIs el factor determinante. Coincidimos con la opinión de los autores arriba citados, en el sentido que las políticas públicas sensatas y las regulaciones de carácter comprensivo son el mejor aliciente para los inversores extranjeros.

Ahora, no podemos dejar de considerar que Bolivia, Ecuador y Venezuela, a la vez que denunciaron el Convenio, tienen algunos de los menores ingresos de IED a 2014 (bajo los USD\$ 1.000 millones). Varias hipótesis pueden plantearse al respecto, pero la realidad actual, principalmente en lo que se refiere a señales hacia los inversionistas extranjeros desde estos tres países, es que no hay una certeza en torno a las condiciones legales y al clima de inversión que ofrecen. Los datos ratifican esta afirmación.

De esta manera, al conjugar y contrastar los factores expuestos (tamaño economía, ingresos IED, TBIs vigentes), podemos concluir que no hay una relación directa que pueda establecerse entre los tratados para proteger inversiones y los flujos de IED; no obstante, lo que sí podemos establecer es que hay una conexión entre un mejor clima de inversión (la imagen país, la calidad de sus regulaciones) y un nivel alto de apertura que se adopte como estrategia político – económica. En este sentido, lo que suceda en los años de presidencia de

Macri en Argentina, quien ha manifestado públicamente que apostará por una mayor vinculación con los mercados internacionales, podría venir a consolidar la validez de este raciocinio. Creemos que las dimensiones de la economía Argentina habrían podido gatillar un flujo mucho mayor de IED hacia adentro que lo que ha tenido hasta la fecha, pero las decisiones políticas han apuntado, hasta ahora, a buscar un desarrollo que provenga desde su interior.

Nos parece importante reafirmar que, aunque el abandono del Convenio hasta ahora no ha reportado beneficios para Bolivia, Ecuador y Venezuela; su decisión de proceder a la denuncia es algo comprensible, al contrastar los volúmenes de sus economías con los cuantiosos montos de las demandas que han enfrentado. En ese sentido, los mecanismos SCIE y el CIADI en particular, han demostrado ciertas falencias para hacer patentes las garantías que su Institución ofrece a los Estados demandados, mientras los arbitrajes se encuentran pendientes. Lo anterior, si se toma en cuenta que las estadísticas de los resultados de los procedimientos, no son tan negativas como los argumentos que los Estados salientes intentaron evidenciar en su momento. Se impone, entonces, la necesidad de realizar algunos ajustes:

- Utilizar con mayor destreza las herramientas previas a una demanda, orientadas a evitar la judicialización, disponibles en todos los AIIs;
- Publicitar los resultados reales de los procedimientos CIADI; y
- Regular de mejor manera los costos que la sustanciación de los arbitrajes implica.

Habiendo revisado los datos expuestos en este trabajo, quisiéramos recoger lo planteado por Bas Vilizzio, esquematizando la situación en Sudamérica en base a 3 grandes tendencias.

2. Las Tres Posiciones en Sudamérica.

1. Países que se Abstraen de los Instrumentos Internacionales Relativos a Inversiones.

El caso de Brasil es el más significativo en América del Sur. En 1994, con la adhesión al Convenio constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (Seúl, 1985), comienza la práctica de celebración de TBI, firmando 14 TBI21, todos entre 1994 y 1999. Si bien seis de estos acuerdos llegan al Congreso Brasileiro, no son aprobados y en marzo de 2002, en el último año del gobierno de Fernando Henrique Cardoso (1995 – 2002), es creado un Grupo de Trabajo Interministerial que determina “la conveniencia de retirar dichos acuerdos del congreso, cuestión que se produjo en diciembre de 2002”. Azevedo destaca que los inconvenientes para la aprobación de los TBI por parte del Congreso están dados en que comprometen al Estado por períodos muy extensos, privilegian más al inversor extranjero en detrimento del nacional, existen problemas de constitucionalidad, por ejemplo en relación a la

solución de controversias en instancias internacionales de arbitraje, y la libre transferencia de capitales puede presentar riesgos en la balanza de pagos.³⁴⁹

El sistema legal internacional de solución de controversias inversor – Estado, basado en los TBI y el Convenio, puede ser categorizado como un régimen internacional, en el entendido que se trata, según Krasner, de “*un conjunto implícito o explícito de principios, normas, reglas y procedimientos de toma de decisión alrededor de los cuales las expectativas de los distintos actores convergen en un área determinada de las relaciones internacionales*”. Los Estados como actores internacionales, forman parte de un régimen siempre que perciban una reciprocidad de intereses o relación ganar – ganar. Por tanto, Brasil representa el caso de un actor que entiende que los beneficios recibidos una vez incorporado en el régimen, no son mayores ni iguales a los que se percibían antes de su incorporación, por tanto elige permanecer fuera. Sin embargo, esta clara posición de rechazo a los TBI, se ve cuestionada por el hecho que el flujo de inversiones en Brasil ha dejado de ser exclusivamente unidireccional para ser bidireccional, ya que las empresas brasileras han comenzado a realizar inversiones fuera de fronteras, convirtiendo al país en receptor y emisor de IED. En este contexto, en octubre de 2013 Brasil presenta propuestas de TBI a Angola, Nigeria, Mozambique y Sudáfrica. El especialista brasiler en Derecho Internacional de las Inversiones, José Augusto Fontoura Costa, explica que los acuerdos propuestos se deben a intereses sectoriales de Brasil en dichos países y a la percepción de fragilidad del marco jurídico en ellos existente. Con este aparente golpe de timón en la tradicional postura brasiler, cabe preguntarse si el siguiente paso es la adhesión al Convenio. En este sentido, Fontoura Costa señala que la adhesión “no presenta, per se, ningún potencial nocivo para los intereses nacionales y podría, representar una nueva alternativa para los inversores brasileros en el exterior, especialmente aquellos que se encuentran con marcos regulatorios inestables y riesgo político elevado.”³⁵⁰

Es llamativo que Brasil estime que los inversores extranjeros no requieren protección dentro de sus fronteras, pero que, en ciertos casos, sus nacionales sí necesitan protección adicional cuando invierten en el extranjero. Rescatamos nuevamente el argumento de que la atracción de IED se condice más con las condiciones internas del Estado anfitrión que con la firma o no de AII, pues pareciera ser que la postura brasileña en el último tiempo ha sufrido modificaciones, impulsadas por el cambio en la dirección de los flujos de IED.

2. Países que se Oponen a los TBIs y al CIADI.

En §9.2 estudiamos en detalle los casos de Bolivia, Ecuador y Venezuela. Por lo tanto, nos remitimos aquí a lo ya reseñado en ese momento.

³⁴⁹ BAS VILIZZIO, Magdalena, cit. (n. 342) p. 243 y 244.

³⁵⁰ *Ibid.*

3. Los Demás Estados Sudamericanos: Grupo Heterogéneo.

El resto de los Estados sudamericanos se inclinan por la suscripción de los AII en general, de los TBIs en particular y, por admitir la existencia y el uso de los mecanismos SCIE por parte de los inversionistas extranjeros. El caso más llamativo, al cual ya hemos hecho referencia, es el de Argentina, el Estado con mayor número de demandas ante el CIADI, pero que no ha denunciado los TBIs ni el Convenio.³⁵¹

Otro caso que vale la pena mencionar, por las particularidades que presenta, está vinculado con Chile, un Estado que ha sido demandado ante el CIADI solamente en 3 ocasiones. Se trata de lo que aconteció con el proyecto de Termoeléctrica Barrancones en 2010. Durante el gobierno de Sebastián Piñera, la EMN franco – belga GDF Suez recibió una negativa directa al desarrollo del citado proyecto, emanada del propio Presidente de la República, fuera de los marcos regulatorios vigentes, mediante una llamada telefónica. A pesar de lo inusual de la situación que, a grandes rasgos, ocurrió por cuestionamientos a nivel de opinión pública respecto del impacto medio ambiental del proyecto de generación de electricidad a carbón; hasta la fecha no se ha impetrado una demanda ante el CIADI, en circunstancias que los representantes de GDF Suez hicieron público su descontento. ¿Es este un caso en que las “obligaciones” del inversor extranjero fueron hechas valer por la máxima autoridad del Estado? La inquietud queda abierta.³⁵²

Finalmente, en los casos de Chile y Perú, hay que dejar establecido que su postura no es la de simplemente conformarse con los modelos existentes de AII, pues en el marco del TPP han accedido a un clausulado que ya comienza a vislumbrar algunos atisbos reformistas, estableciendo parámetros de exigencia aplicables a las inversiones extranjeras, en materia de medio ambiente, salud y responsabilidad social corporativa, incluyendo también la frase amplia “y otro tipo de objetivos regulatorios”.³⁵³

³⁵¹ Bas Vilizzio aporta antecedentes para entender el caso argentino, recogemos un pasaje y remitimos a su estudio si se quiere conocer en mayor profundidad: Son principalmente las empresas concesionarias de servicios públicos, privatizadas en la década del noventa, las que inician procesos arbitrales contra Argentina en base a los TBI celebrados en la misma década, al verse afectadas por las medidas tomadas a partir de diciembre de 2001 para paliar la crisis económico-social. Se destaca la Ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario (Ley 25.561 sancionada el 6 de enero de 2002), norma que deja sin efecto las cláusulas de ajuste en dólares u otras monedas extranjeras y las cláusulas basadas en parámetros internacionales, como ser los índices de precios de otros Estados, y “pesifica” los precios y tasas incluidos en contratos públicos. En el caso de las controversias dirimidas en el CIADI, al término de 2014 Argentina es demandada en 51 oportunidades⁵¹, 37 de las cuales están directamente relacionadas con la crisis económico-social del 2001.

BAS VILIZZIO, Magdalena, cit. (n. 342), p. 248 y 249.

³⁵² Para conocer más sobre este caso: <http://www.amchamchile.cl/2010/10/reglas-claras-para-la-inversion-energetica> (Accedido en febrero de 2016).

³⁵³ Artículos 9.15 y 9.16 del TPP, según el texto en español hecho público por DIRECON.

3. Nuestra Postura sobre los Medios de SCIE en Sudamérica.

Una vez terminado este largo recorrido desde la descripción de los instrumentos, hasta la realidad de la práctica asociada al nexo IED – TBI (o AIIIs) – SCIE; estamos en condiciones de aportar con nuestros propios argumentos en esta materia. Para dichos efectos, reproduciremos los principios medulares de la propuesta de UNCTAD para alcanzar un desarrollo sustentable, pues coincidimos con el análisis y la esquematización utilizada en el WIR 2015, facilitando una síntesis más completa. Seguidamente, ofreceremos nuestro análisis.

- Conclusiones de UNCTAD sobre la Reforma de los AIIIs.

TABLA 14: Principios Básicos para la Formulación de Políticas sobre Inversiones para el Desarrollo Sustentable (UNCTAD WIR 2015).³⁵⁴	
Área	Principios Básicos
1. Inversiones para el Desarrollo Sustentable.	El objetivo general de la formulación de políticas de inversión es promover la inversión para un crecimiento integrador y un desarrollo sostenible.
2. Coherencia en las Políticas.	Las políticas de inversión deben estar fundadas en la estrategia general de desarrollo de un país. Todas las políticas que tienen un impacto sobre la inversión deben ser coherentes y sinérgicas, tanto en el nivel nacional como internacional.
3. Gobernanza Pública e Instituciones.	Las políticas de inversión se deben desarrollar con la participación de todas las partes interesadas, insertas en un marco institucional, basado en el Estado de derecho, que se adhiera a altos estándares gobernabilidad pública; asegurando procedimientos previsibles, eficientes y transparentes para los inversores.
4. Dinamismo en la Formulación de Políticas	Las políticas de inversión deben ser revisadas regularmente en términos de su efectividad y relevancia, adaptándolas a las cambiantes dinámicas del desarrollo.
5. Balance en los Derechos y Deberes.	Las políticas de inversión deben ser balanceadas al establecer los derechos y las obligaciones de los Estados y los inversionistas, en el interés de un desarrollo para todos.
6. Derecho a Regular.	Cada país tiene el derecho soberano para establecer condiciones para la entrada y operación de la IED, de acuerdo con los compromisos internacionales adquiridos, en el interés del bien común y con el objeto de minimizar los potenciales efectos negativos.
7. Apertura a las Inversiones.	En línea con la estrategia de desarrollo de cada país, las políticas de inversión deben establecer condiciones de entrada a las inversiones que sean abiertas, estables y predecibles.
8. Protección y Trato a las Inversiones.	Las políticas de inversión deben proveer protección adecuada a los inversionistas ya establecidos. El trato a los inversionistas ya establecidos debe tener una naturaleza no discriminatoria.
9. Promoción y Facilitación de las Inversiones.	Las políticas para la promoción y facilitación de las inversiones deben estar alineadas con los objetivos del desarrollo sustentable, diseñadas para minimizar el riesgo de la competición dañina por la inversión.
10. Gobernanza y Responsabilidad Corporativas	Las políticas de inversión deben promover y facilitar la adopción y el cumplimiento (compliance) de las mejores prácticas internacionales, en lo referido a la responsabilidad social empresarial y buena gobernanza corporativa.
11. Cooperación Internacional	La Comunidad Internacional debe cooperar para ocuparse de los desafíos comunes en las políticas de inversión para el desarrollo, particularmente en los países menos desarrollados. Deben también realizarse esfuerzos colectivos para evitar el proteccionismo en materia de inversiones.

³⁵⁴ UNCTAD, cit. (n. 105) p. 129. La traducción es nuestra.

Además de los principios básicos, UNCTAD ofrece también un resumen de los argumentos a favor y en contra de los mecanismos de SCIE:

TABLA 15: Resumen de los Argumentos a Favor y en Contra de la SCIE (UNCTAD WIR 2015).³⁵⁵	
Principales Argumentos a Favor de la SCIE.	Principales Argumentos en Contra de la SCIEs.
1. Proporciona una vía adicional de reparación legal para los inversores extranjeros cubiertos y hace cumplir las obligaciones sustanciales de los tratados.	1. Permite a los inversores extranjeros mayores derechos que a los inversores nacionales, creando condiciones de competencia desiguales.
2. Permite a los inversores extranjeros evitar las cortes nacionales del Estado anfitrión, si tienen poca confianza en su independencia, eficiencia o competencia.	2. Expone a los Estados anfitriones a riesgos legales y financieros, sin acarrear beneficios adicionales, y puede llevar al "congelamiento de las reglamentaciones".
3. Evitan el recurso a la protección diplomática (los inversores necesitan convencer a su Estado para presentar reclamaciones o para ejercer la protección diplomática).	3. Carecen de legitimidad suficiente (se inspira en el arbitraje comercial privado, carece de transparencia, plantea preocupaciones sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros).
4. Asegura la resolución de las reclamaciones por un tribunal calificado y neutro.	4. No logra garantizar la coherencia entre las decisiones adoptadas por diferentes tribunales sobre cuestiones idénticas o similares.
5. Eliminan los obstáculos de inmunidad estatal que puedan obstaculizar las demandas en foros nacionales en algunos Estados.	5. No permite la rectificación de las decisiones erróneas.
6. Pueden ser más rápido que los procedimientos judiciales nacionales en algunos países.	6. Crea incentivos para la "planificación de la nacionalidad" por parte de inversores procedentes de terceros países (o del propio Estado anfitrión), con el fin de obtener acceso a la SCIE.
7. Permite el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales en muchas jurisdicciones (en virtud del Convenio del CIADI o la Convención de Nueva York).	7. Es muy caro para los usuarios.
	8. Tiene poco valor agregado frente a sistemas jurídicos nacionales bien establecidos y con buen funcionamiento.

- **Nuestras Conclusiones sobre la Reforma de los AIIs.**

Conocer de cerca la situación actual en Sudamérica, entendiendo las altas sumas de dinero involucradas en las demandas asociadas a la IED, ha puesto en entredicho la verdadera utilidad de los TBIs y los mecanismos SCIE. Efectivamente, esta clase de instrumentos no han demostrado un efecto correlativo beneficioso para el entorno de las inversiones de los países que los suscriben, mientras que sí han probado representar una problemática ineludible una vez que las demandas comienzan a impetrarse de forma numerosa.

En reiteradas ocasiones recalamos que el clima de inversión depende realmente de políticas públicas estructuradas con una mirada macro, manteniendo un diálogo fructífero con los actores involucrados, comprendiendo las necesidades de las EMNs y dejando en claro, a su

³⁵⁵ *Ibíd.*, p. 147. La traducción es nuestra.

vez, los requerimientos que el país anfitrión establece en materia de IED. Los TBIs no son una solución mágica.

Las reglas del juego claras son la base de la actualización y mejora de las regulaciones dedicadas a la inversión extranjera, en consecuencia, estimamos que la mirada reformista debe apuntar más allá de los meros formalismos, pues existe la necesidad de dar un vuelco a los fundamentos de las instituciones que construyen la red de AIIs. En este mismo sentido, los Acuerdos de nueva generación, con el TPP como un ejemplo limitado, pero de todos modos iconográfico, nos demuestran que es factible fijar estándares que los inversores deban cumplir. Si dichos mínimos internacionales se propagan por regiones completas (uno de los efectos del TPP es armonizar disposiciones en sectores de Oceanía, Asia y América), las garantías para los nacionales de los Estados receptores de inversiones son mayores, elevando en algunos casos los niveles de sus regulaciones nacionales.

La postura radical de Bolivia, Ecuador y Venezuela tiene gran utilidad como llamado de atención, pues ha puesto en la palestra con mayor eco (que si fuese la iniciativa de un Estado aislado), la posibilidad de visualizar y proyectar instituciones que respondan a la mirada de los países en vías de desarrollo.

El equilibrio es una de las claves que UNCTAD ha establecido como principio básico de la reforma a la SCIE y los acuerdos que la regulan. Hoy pocos podrían rebatir que en la mayoría de los acuerdos vigentes hay ausencia de equilibrio, con normativas e instituciones internacionales que admiten ajustes que, potenciando sus aspectos positivos, las adecuen a una Comunidad Internacional con nuevos desafíos. Los derechos humanos, la protección del medio ambiente y los nuevos roles de las EMN's (responsabilidad social empresarial, compliance, regulación de los gobiernos corporativos, etc.); no pueden ser garantizados por ordenamientos de rango internacional que no los han tenido en cuenta como parte esencial de sus regulaciones. Por lo tanto, su incorporación como base de las normas internacionales en materia de IED es, a nuestro juicio, indispensable.

Existen numerosos ejemplos de regulaciones internacionales que han nacido para actualizar lo ya existente, coexistiendo con su antecesora en todo lo que no contravenga sus disposiciones. En este orden de ideas y sin que, en nuestra opinión, se requiera un AMI que se ocupe de todas las aristas, lo que sí puede fijarse son principios internacionales en materia de inversiones, en base a los cuales deban interpretarse las normas vigentes y que orienten los laudos arbitrales. No se trata de una empresa imposible, en circunstancias que son numerosas las voces que demandan un cambio.

Las instituciones internacionales como el CIADI también deben adaptarse a estos objetivos del desarrollo sustentable, ajustando sus estructuras de costos y contemplando en sus decisiones los factores extra – jurídicos, como ciertos acontecimientos que impactan en las inversiones, pero que no obedecen a negligencias o abusos por parte de las autoridades de los

Estados anfitriones de la IED. A su vez, los Estados deben abstenerse de prácticas antojadizas o del abuso de su posición preponderante en el ámbito nacional, ofreciendo condiciones transparentes a los extranjeros que deciden invertir cuantiosas sumas de dinero en sus territorios. En definitiva, deben concretarse relaciones de conveniencia mutua y restablecerse las confianzas, a través del diálogo y las negociaciones.

Recogiendo la idea de nuevas opciones en materia de SCIE, en el apartado final de este trabajo haremos un breve repaso a la opción de UNASUR como foro especializado, en el entendido que iniciativas como ésta pueden ser ejemplificadoras a nivel internacional, potenciando nuevos polos y favoreciendo la actualización de las regulaciones existentes.

§11- UNASUR COMO POSIBLE FORO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS INVERSOR – ESTADO.

La Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) es una organización internacional interestatal creada por el Tratado Constitutivo de UNASUR, cuyo fin es alcanzar una región sudamericana integrada en términos políticos, sociales, económicos, ambientales y de infraestructura, fortaleciendo la identidad de la región. Sus miembros son: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela. Cuenta con tres órganos principales: el Consejo de Jefes y Jefes de Estado y de Gobierno; el Consejo de Ministras y Ministros de Relaciones Exteriores; y el Consejo de Delegadas y Delegados. Estos órganos trabajan con el apoyo de una Secretaría General y una Presidencia Pro – Tempore que rota anualmente por orden alfabético.³⁵⁶

Ya hemos indicado anteriormente que existe una tendencia emergente en la elaboración de normas sobre la inversión internacional, por medio de la regionalización de las negociaciones (el TPP es ejemplo de esto). Si bien el centro de las regulaciones de inversión internacional se mantiene sobre la base de los TBI y TLC bilaterales, es importante subrayar las actuales negociaciones de acuerdos más amplios, los cuales involucran más de dos países y cubren un amplio número de áreas económicas.³⁵⁷ Dentro de esta tendencia se inserta la posibilidad de que UNASUR cree su propio Centro de Mediación y Arbitraje en Materia de Inversiones.

En enero de 2013, durante la Cumbre CELAC – UE en Santiago de Chile, se tocó esta temática. Los miembros de UNASUR quisieron dejar establecida la necesidad de nuevas herramientas de SCIE, emitiendo la siguiente declaración conjunta: “Nos comprometemos a mantener un ambiente de negocios favorable para los inversionistas, sin embargo, reconociendo el derecho de los países de establecer regulaciones con el fin de cumplir sus

³⁵⁶ Fuente: sitio web oficial UNASUR <http://www.unasursg.org/> (Accedido en febrero de 2016).

³⁵⁷ CHAISSE, Julien, *Tendencias Globales En La Construcción De Normas Y Arbitraje De Inversión*, en Revista Puentes Volumen 15 - Número 8, 16 Octubre 2014. Disponible en el sitio web: <http://es.ictsd.org/> (Accedido en febrero de 2015).

objetivos de política nacional en conformidad con sus compromisos y obligaciones internacionales. Asimismo, también es vital que los inversionistas cumplan con la legislación nacional e internacional, en particular, entre otras cosas, en relación a impuestos, transparencia, protección del medio ambiente, seguridad social y trabajo.”³⁵⁸ Esta declaración de principios no se pronunció directamente sobre la creación del nuevo Centro SCIE de UNASUR, pero sí fijó las ideas que están en los cimientos de su eventual surgimiento.

En efecto, en el marco de la presidencia pro t mpore de Rafael Correa en UNASUR, desde 2009 ese país ha impulsado la creación de una institución regional de solución de controversias en materia de inversiones.³⁵⁹ Recordemos que la CATTISA, también creada por Ecuador, se enfoca en este esfuerzo de construir alternativas en materia de SCIE.

Rond n De Sansó evalúa esta posibilidad de la siguiente forma: Si logra ser establecido por la vía de un tratado, un compromiso institucional público de esta magnitud, podrá servir a los intereses de los Estados y los inversores. Del mismo modo, mediante el establecimiento de nuevas reglas de arbitraje, podrá proporcionar una mayor legitimidad, previsibilidad y transparencia, en comparación con las reglas CIADI y CNUDMI. También se ha propuesto que el tratado establezca un listado de jueces que serán asignados al azar para cada caso, alejándose así del sistema de árbitros designados por las partes. Los jueces podrán ser nominados por un período específico y los casos se les asignarán en función con las normas internas. Por supuesto, las personas nominadas para ser miembros de un tribunal de inversión, tendrán que cumplir con ciertos requisitos éticos y profesionales, incluyendo un conocimiento suficiente del derecho internacional de inversiones. Esta estructura podrá ayudar a inspirar confianza en el nivel de competencia de los jueces entre los inversores, y satisfacer a los Estados, proporcionando permanencia, transparencia y previsibilidad en el marco de la resolución de conflictos.³⁶⁰

Las partes en una controversia tendrán la opción de aceptar o negarse a resolver los conflictos utilizando estos tribunales arbitrales permanentes de inversión. El consentimiento podrá darse a través de los tratados, leyes, notificaciones o la presentación de una controversia, como es el caso actualmente. Los Estados que acuerden crear tribunales permanentes de inversión pueden financiarlos como ocurre con la OMC u otros tribunales regionales permanentes. Algunos de los fondos se utilizarán para pagar los salarios de los jueces. De hecho, los Estados pueden comparar favorablemente los costos de financiación de los tribunales permanentes, versus las cantidades pagadas por concepto de costas legales y procesales en el actual arbitraje de inversión.³⁶¹

³⁵⁸ BOEGLIN, Nicolás, cit. (n. 332). La traducción es nuestra.

³⁵⁹ Bas Vilizzio, cit. (n. 342), p. 246 y 247

³⁶⁰ RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *Proposed Changes to the Investment Dispute-Resolution System: A South American Perspective*, 19 de enero de 2014, en Investment Treaty News, disponible en el sitio web <https://www.iisd.org> (Accedido en febrero de 2016). La traducción es nuestra.

³⁶¹ *Ibíd.* La traducción es nuestra.

En la actualidad, existen 21 acuerdos internacionales de inversión entre los países de UNASUR. Así, si Sudamérica creara una Corte Sudamericana de Inversiones Extranjeras, el tribunal podría tener inmediatamente jurisdicción sobre los litigios, bajo el amparo de más de 20 acuerdos internacionales de inversión, siempre que los países pertinentes mutuamente otorguen su consentimiento. Esta opción tiene la ventaja de crear un centro internacional neutral y permanente para la resolución de disputas de inversión. La desventaja es que el centro tendría que ser creado y estructurado, suministrado y cualificado, e incluso entonces podría no atraer muchos casos. Sin embargo, la experiencia de los primeros años del CIADI es un ejemplo útil. Con poco personal, sus primeros años fueron principalmente educativos, dedicados a las cualificaciones y publicaciones técnicas, entre otras cosas. Un tribunal de la inversión extranjera permanente asumiría el papel de cuerpo de toma de decisiones calificado, e informado. Hoy en día, ésta es la propuesta que parece haber recibido el mayor apoyo en el ámbito diplomático sudamericano, y que posiblemente sería la más adecuada para proporcionar un foro neutral, profesional y estable para la resolución de disputas de inversión.³⁶²

Aunque el análisis especializado es halagüeño, las expectativas ecuatorianas (que incluyeron un anuncio oficial del presidente Correa³⁶³) de creación del Centro de Arbitraje de Inversiones de UNASUR tan pronto como en 2015, hasta la fecha no han resultado en pronunciamientos oficiales de esta Organización Internacional, ni tampoco suscitan un consenso que permita esperar una pronta concreción. De hecho, el sitio web de UNASUR ni siquiera contempla al día de hoy información alguna sobre esta iniciativa. Pareciera ser que los esfuerzos se han concentrado principalmente en Ecuador y su CAITISA³⁶⁴, quienes regularmente reportan respecto de los avances en la materia. Los últimos desarrollos consisten en la presentación de una propuesta formal ante UNASUR para su aprobación.

- **Principales Características de la Propuesta de Ecuador.**³⁶⁵

La propuesta ecuatoriana de la creación de un centro arbitral en UNASUR se encuentra contenida en el Reglamento de funcionamiento del Centro de Solución de Controversias de UNASUR. De acuerdo con el reglamento propuesto, el centro arbitral tiene competencia para resolver diferencias entre estados, y entre inversores y el estado receptor, si se encontrara contemplado en disposiciones contractuales o en un instrumento internacional. La jurisdicción del centro excluye las disputas que involucran temas de salud, impuestos y energía, entre otros, a menos que se establezca lo contrario en tratados o en los contratos pertinentes. Además, bajo

³⁶² *Ibíd.* La traducción es nuestra.

³⁶³ EL CIUDADANO, 2 de octubre de 2014. Ver sitio web: <http://www.elciudadano.gob.ec/la-unasur-tendra-su-centro-de-arbitraje-en-el-2015> (Accedido en febrero de 2016).

³⁶⁴ Para mayores antecedentes, ver el sitio web oficial de CAITISA <http://www.caitisa.org> y del MINREL de Ecuador <http://www.cancilleria.gob.ec> (Accedidos en febrero de 2016).

³⁶⁵ FIEZZONI, Silvia Karina, *Centro de Arbitraje de UNASUR: Las Principales Características de la Propuesta de Ecuador*, en *Investment Treaty News*, Número 2, Tomo 2, diciembre 2011/enero 2012, International Institute for Sustainable Development. Disponible en el sitio web <https://www.iisd.org> (Accedido en febrero de 2016).

ninguna circunstancia el tribunal arbitral tendrá jurisdicción para resolver diferencias que conciernan a la legitimidad de las leyes internas (ni de sus efectos económicos) de los países miembros de UNASUR. Pese a que la jurisdicción del centro de arbitraje propuesto para UNASUR no solo se limita a las diferencias relativas a inversiones, la estipulación mencionada anteriormente reduce considerablemente su ámbito de aplicación. Asimismo, los países miembros pueden requerir, como una precondition para el arbitraje, el agotamiento de todos los recursos administrativos y judiciales a nivel local. Esta precondition podría forzar a la parte damnificada a esperar un largo período de tiempo para acceder al arbitraje de UNASUR. Por lo tanto, sería necesario establecer un límite razonable de tiempo para la conclusión de los procedimientos locales, a fin de otorgar mayor certeza y seguridad a las partes.

El mencionado reglamento posee una serie de características interesantes, tales como:

1. Las partes deben esforzarse por resolver cualquier diferencia por medio de consultas (con un máximo de 6 meses de duración desde la fecha de presentación de la solicitud de la consulta, a menos que las partes acuerden continuar con las mismas) y/o por medio de mediación previa al arbitraje (sin un límite de tiempo establecido).
2. El proceso de elegir y recusar árbitros responde a las críticas dirigidas al procedimiento del CIADI en estas áreas. Según las reglas del CIADI, el Presidente del Banco Mundial está a cargo de designar a un árbitro si una parte no lo hace, y a nominar al árbitro presidente si no hay acuerdo entre las mismas. Esta regla ha sido criticada por algunos países latinoamericanos que alegan que esto compromete la imparcialidad de los procedimientos y podría generar conflictos de intereses. Por el contrario, en los procedimientos de UNASUR, la Dirección General debe designar a los árbitros por sorteo cuando una parte no elija el suyo, o las partes no lleguen a un acuerdo sobre el árbitro que presidirá el caso. Con respecto a la recusación de los árbitros, el CIADI dispone que el árbitro debe revelar cualquier interés, relación o asunto que pueda afectar su independencia en el procedimiento. El reglamento propuesto para UNASUR va más allá, e incluye la evaluación de la probabilidad de que un árbitro tenga cierta predisposición o un prejuicio que favorezca a una de las partes.
3. Para evitar decisiones y laudos incongruentes, el tribunal arbitral debe consolidar uno o más procedimientos donde se decida una cuestión de hecho o de derecho sobre la misma medida o decisión. Además, las reglas propuestas establecen un mecanismo de apelación para permitir la revisión de cuestiones de derecho utilizando un sistema de precedentes. Con esto, se pretende garantizar una jurisprudencia coherente y congruente, otorgando previsibilidad a los inversores y a los estados, a diferencia de lo que sucede en el ámbito del CIADI, que carece de un adecuado mecanismo de apelación y no se rige por el sistema de precedentes.
4. En relación con la transparencia, las reglas establecen que todos los procedimientos de arbitraje deben ser hechos públicos (esto incluye documentos, registros, evidencia, audiencias y laudos) excepto aquellos que se relacionan con la defensa y seguridad de los estados y, en casos

especiales, los que las partes determinen por acuerdo mutuo. Esta regulación propuesta coincide con las reglas de arbitraje del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

5. Las reglas propuestas especifican que el único fundamento para denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo sería cuando, de acuerdo con la constitución o las leyes del estado demandado, el objeto de la diferencia no sea arbitrable o que sea derogatorio de las políticas públicas. Esta regla es similar a la del Convenio de Nueva York de 1958 y a la mayoría de las reglas de arbitraje internacional. Sin embargo, difiere del procedimiento del CIADI, donde los Estados no pueden invocar las políticas públicas para evitar la ejecución de un laudo del mismo (Artículo 53 del Convenio del CIADI). Pese a que esta es una característica típica que distingue el procedimiento del arbitraje del CIADI de otros centros de arbitraje, es preciso notar que esto no significa que los inversores puedan lograr la ejecución del laudo automáticamente bajo este sistema, ya que existe el obstáculo de las reglas de inmunidad. Se desprende del Artículo 55 del Convenio del CIADI que después que un inversor obtiene un laudo en contra de un estado, el inversor debe iniciar un proceso formal de ejecución del mismo que dependerá de la legislación interna del país donde se inicia ese proceso.

6. El centro de arbitraje de UNASUR tendrá diferentes etapas de implementación. Inicialmente estará reservado a los países que son parte de UNASUR. En una segunda etapa, el centro abrirá sus servicios a Centroamérica y en la etapa final estará abierto a todos los países que deseen utilizarlos. Este proceso gradual de implementación facilitará el desarrollo constante del centro.

Es de destacar que la propuesta de Ecuador mejora la transparencia y coherencia de las decisiones al establecer un mecanismo de apelación con un sistema de precedentes y da respuesta a la mayoría de las críticas de los países latinoamericanos respecto al CIADI. Además, se puede observar la influencia del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la Organización Mundial de Comercio, al establecer una etapa de consultas, un tribunal de apelación y en la forma de regular la ejecución de los laudos.

En síntesis, esta propuesta alternativa está actualmente en evaluación en el seno de UNASUR, por lo que es una posibilidad a futuro. De materializarse, su surgimiento podría tener al menos dos efectos principales: El primero, proveer un nuevo foro con características que se condicen con los intereses de los países receptores de inversiones; el segundo, aportar en la renovación de los espacios como CIADI, para que incorporen estas mejoras en su propio sistema. Está por verse cuál será el destino de este Centro UNASUR de Mediación y Arbitraje Inversor – Estado, lo cierto es que en su proyecto se han concentrado los esfuerzos de especialistas que miran las RR.II. económicas desde nuestra región, recogiendo las inquietudes de los países de Sudamérica. Esta realidad por sí sola ya es valiosa, porque el desarrollo de las regulaciones internacionales requiere de aportes desde todos los frentes, pues hasta ahora han sido los países con mayor poder relativo en el Sistema Internacional, los que han determinado los rasgos esenciales de las regulaciones en materia de IED.

§12- CONCLUSIONES PARCIALES CAPÍTULO II.

La ausencia de un gran acuerdo mundial sobre inversiones repercutió de manera directa en la proliferación de los AII, creando una red de normas que generan un clima más adecuado para atraer a los inversores extranjeros. Gracias a los TBIs, diseñados para regular la IED, se ha concretado un estatuto estándar internacional, con modelos de cláusulas que se repiten en los TBIs e incluso en algunos TLCs, garantizando un catálogo de derechos del inversor extranjero y de obligaciones del Estado receptor de la inversión. A esta red de acuerdos se le ha bautizado como “régimen jurídico internacional de la IED”.

Estas cláusulas habilitan al inversor para exigir el cumplimiento de condiciones base, a la vez que impiden actuaciones arbitrarias o discriminatorias por parte de los Estados anfitriones. Dichos Estados, conceden estos beneficios en la búsqueda de mayor credibilidad como mercados. El arbitraje internacional, al cual se accede por la vía de la cláusula de arreglo de diferencias contenida en los TBIs, es la instancia jurisdiccional en donde se revisan las eventuales infracciones que puedan ocurrir, cuando el inversionista escoge esa opción. Chile es un ejemplo muy útil por los numerosos acuerdos que ha suscrito, por la estandarización de sus cláusulas y la primacía del recurso al CIADI como mecanismo de SCIE, tanto en sus TBIs como en sus TLCs, algo que hemos constatado al hacer un catastro de dichos instrumentos.

CIADI se ha afianzado en su rol de mecanismo con mayor uso, pero no ha estado exento de numerosos cuestionamientos a los verdaderos intereses que como institución ampara. El Centro brinda un dispositivo al que se acude de manera voluntaria, hasta que es otorgado el consentimiento, momento en que operan normas procesales encaminadas a alcanzar un resultado definitivo. La renuncia a la protección diplomática, la no frustración de los procedimientos y la irrevocabilidad del consentimiento a la jurisdicción del Centro, entre otros principios, aseguran la efectividad del arbitraje.

La tensión Norte – Sur ha encontrado un corolario en la salida de tres países sudamericanos de este sistema TBI – CIADI, apuntando a la parcialidad a favor del inversor extranjero y a los altos costos, tanto de sustanciación como los montos demandados. Sudamérica es la región más activa como demandado, en circunstancias que los beneficios de los TBIs no pueden acreditarse a través de las cifras de IED.

En este escenario, las negociaciones de nuevos acuerdos, en la búsqueda de una revisión y mejora de los estándares internacionales, han resultado en la propuesta auspiciada por Ecuador de crear un Centro de SCIE en UNASUR. Este proyecto está actualmente en discusión en el seno de esta Organización Internacional y, aunque se ve lejano, podría eventualmente probar ser parte del camino hacia un régimen más ecuánime, que imponga obligaciones también al inversor.

§13- CONCLUSIONES GENERALES.

En el comienzo de este trabajo definimos el paradigma que hemos utilizado para revisar la inversión extranjera y su situación en Sudamérica: la interdependencia compleja. El reconocimiento de la relevancia de los actores no estatales en el plano de las Relaciones Internacionales, como también de la proyección de las realidades internas hacia el plano global, nos permitió situarnos en los procesos históricos que explican la propagación de la IED y la consolidación de la globalización como proceso y las EMNs como actores. Se trata de un caso típico en que operan actores internacionales del plano comercial en las Relaciones Económicas Internacionales.

Sobre la base de estos pilares conceptuales, establecimos la existencia de un fenómeno con particularidades que lo diferencian del mero intercambio transfronterizo de bienes, pues se requiere del establecimiento de iniciativas comerciales en economías foráneas, con ribetes de permanencia en el tiempo. Los Estados que reciben a estos inversionistas, en un comienzo se oponían a permitir esta manifestación económica, pues les parecía otra demostración de la dominación de los países con mayor poder en el Sistema Internacional. No obstante, bajo el alero de instituciones internacionales creadas por los países más desarrollados, la IED se afianzó en las Relaciones Económicas Internacionales. De este modo, lo que en un principio infundió temor o recelo, con el correr de los años se convirtió en una aspiración, donde los Estados buscaron mejorar su imagen hacia el exterior, ofreciendo condiciones atractivas para el inversionista extranjero, en la convicción de poder obtener beneficios mutuos.

Sudamérica como región optó por la adopción de medidas orientadas a atraer inversiones foráneas, convencidos en torno a sus efectos potencialmente benéficos en la búsqueda del desarrollo. En ese contexto, siguiendo la tendencia mundial, se celebraron acuerdos bilaterales entre Estados, destinados a garantizar al inversor condiciones estables y adecuadas. Los TBIs evolucionaron en su contenido y proliferaron en número, mientras el Banco Mundial concebía e implementaba un Centro especializado en el arbitraje inversor - Estado, el CIADI. La regulación se estandarizó por medio de la replicación de las cláusulas y del establecimiento de la solución de controversias ante el Centro como mecanismo generalizado. El caso chileno nos sirvió para demostrar con datos empíricos que los TBIs son homogéneos y que esta semejanza se extiende también a los acápite sobre inversiones que podemos encontrar en los TLCs.

En efecto, más allá de las proposiciones hipotéticas que podrían haberse hecho al respecto, fue el propio estudio comparativo de las cláusulas de los TBIs celebrados por Chile, país que utilizamos como caso ejemplar, el que reveló la certidumbre sobre la estandarización de las disposiciones en este tipo de acuerdos. Tomando en consideración su condición de país en vías de desarrollo, miembro de la OCDE, Chile se constituye en un muy adecuado caso de estudio. En un esfuerzo que mezcla el estudio estadístico con el trasfondo jurídico, el análisis de los resultados comparativos de los textos presentes en la mayoría de los 39 TBIs,

contrastados con los modelos doctrinales delineados por los autores –por ejemplo, en las Guías para el Tratamiento de la IED–, permitió refrendar fehacientemente la correlación entre teoría y práctica. En efecto, fue posible constatar la presencia de las cuatro grandes áreas de regulación de los TBIs: admisión, trato, expropiación y arreglo de diferencias. Dentro de las citadas áreas, se confirmó que las cláusulas cumplen con los delineamientos descritos en doctrina en cuanto al texto tipo. Además, en concordancia con los planteamientos realizados, la incidencia de las inclinaciones políticas de los gobiernos en el clausulado de los TBIs fue a su vez comprobada, encontrando un ejemplo emblemático en el caso de Cuba, único país cuya cláusula arbitral no contempla al CIADI como una alternativa. Las cláusulas de los TLCs en materia de inversiones probaron que también son una extensión de la regulación contenida en los TBIs, materializando los mismos modelos, exceptuando al acuerdo más reciente, el TPP, cuya regulación está en sintonía con las sugerencias de UNCTAD y perfecciona los mecanismos hasta ahora vigentes.

Por otra parte, una de las motivaciones principales que impulsaron la realización de este trabajo es la inexistencia de un estudio de esta índole, donde ponemos un énfasis en el aporte que implica en cuanto al contenido de los TBIs suscritos por Chile, ya sea de sus disposiciones en general, como de la cláusula arbitral en particular. Sin duda que esta circunstancia dota de un valor adicional a las tablas comparativas exhibidas en este trabajo, que pueden servir de punto de partida para un análisis más meticuloso en el futuro. La cláusula arbitral derivando al CIADI fue estudiada de forma minuciosa, desentrañando los detalles que permitieron deslindar sus rasgos comunes, para así conformar el modelo presente en los TBIs y TLCs suscritos por Chile.

A pesar de la estandarización de las cláusulas de los TBIs y su propagación por el mundo, constatamos que los esfuerzos por crear un AMI han sido infructuosos, en circunstancias que tampoco se avizora en el futuro inmediato una posibilidad de alcanzar un acuerdo de gran envergadura en materia de inversiones. Si hasta hace poco eran más numerosos los acuerdos bilaterales, lo que prima en la actualidad son los acuerdos regionales, con diversos grados de integración: UE, TTIP, RCEP, TPP, por nombrar algunos. Las divergencias que no permiten regulaciones de nivel mundial, no obstan a que los analistas coincidan en la necesidad de imponer mayores exigencias a la IED, dejando de lado las normas desbalanceadas a favor del inversor.

Las críticas al sistema IED – AII – SCIE emanan de la propia organización que impulsó las inversiones como un aliciente al desarrollo, pues UNCTAD, organismo especializado de la ONU, ha puesto énfasis en la necesidad de adecuar las realidades económicas y sus ropajes jurídicos a los objetivos de desarrollo sustentable. Esta visión la compartimos y estimamos que es plausible actualizar y mejorar los acuerdos existentes por la vía de una reforma de los principios internacionales que están a la base, propugnando su aplicación generalizada. Si estos principios se convirtieran en normas de rango internacional, modificarían en consecuencia las cláusulas de los tratados y la práctica de los tribunales

internacionales, generando un efecto expansivo que impactaría positivamente en los países, independientemente de su grado de desarrollo.

Sudamérica, como en muchos otros ámbitos, ha probado ser una región donde los acuerdos de aplicación general son difíciles de alcanzar. En materia de IED, encontramos posiciones divergentes, con Estados que no celebran acuerdos (Brasil), Estados que los celebraron y luego los denunciaron (Bolivia, Ecuador y Venezuela), y otros Estados que estiman que es más valioso el status quo y mantenerse dentro de la institucionalidad actual (los restantes países, incluido Chile). En este orden de ideas, nuestro análisis recoge que no hay una correlación directa entre la firma de numerosos acuerdos sobre inversiones y un aumento efectivo de la IED; como tampoco hay una directa proporcionalidad entre la existencia de IED y una mejora en la calidad de vida de las personas, pues los índices de desarrollo humano responden a otras necesidades de ajuste, por ejemplo, en materia de políticas públicas o de redistribución de los ingresos.

El espíritu de las reformas al régimen internacional de la IED encuentra asidero en nuestro subcontinente, plasmado en las cláusulas del TPP (firmado por Perú y Chile), que innovan en la materia, imponiendo obligaciones también al inversor extranjero, basadas en el respeto de normas medioambientales, de salud, laborales y de responsabilidad social. Asimismo, con el auspicio principal de Ecuador, está en ciernes una eventual creación de un Centro de Mediación y Arbitraje de Inversión en UNASUR, iniciativa que busca perfeccionar todas las áreas en que CIADI es insatisfactorio para un número no menor de Estados, varios de ellos sudamericanos.

Nuestra opinión es que en una región en donde la desigualdad está muy arraigada en el orden interno, estas desconfianzas se proyectan al plano internacional. La confrontación entre los actores menos relevantes y aquellos que detentan el poder, va enraizando las suspicacias, distorsionando los parámetros de un eventual análisis objetivo. Esa es la evaluación que hacemos de los fundamentos de la denuncia del Convenio por parte de Bolivia, Ecuador y Venezuela; es esta mirada escéptica sobre los verdaderos propósitos de la institucionalidad internacional asociada a la IED, la que actúa como un lente que magnifica lo negativo. En los hechos, la cuantía de las demandas y la consonancia de idearios políticos propulsaron las medidas de retiro; pero al día de hoy no han encontrado un asidero en una inclinación de los procedimientos ante el CIADI a favor de los inversionistas extranjeros, puesto que los resultados no son únicamente laudos favorables a ellos. Así lo ratificó la revisión de los desenlaces de los casos que involucran a Bolivia, Ecuador y Venezuela como demandados.

Consiguientemente, postulamos que una mejora de las instituciones ya existentes, un perfeccionamiento que ofrezca contrapesos en la forma de obligaciones para el inversionista y que garantice efectos positivos para el Estados receptor; puede ser la solución más adecuada. Ello implicará revertir la mirada suspicaz sobre sus verdaderas motivaciones, a la vez que

generará un menor costo, versus el posicionamiento de un nuevo foro de arbitraje inversor – Estado, empresa que requiere recursos cuantiosos, en capital monetario y humano.

Aún así, la aparición de un posible Centro UNASUR, aunque todavía es remota, y en el entendido que cumpla con los estándares proyectados, podría también incidir en una aceleración de las reformas al Convenio y al Centro, algo que a todas luces se ha hecho imperioso.

Finalmente, la reflexión fundamental que queda luego de la realización de este trabajo, es que la naturaleza de ciertas actividades de alta complejidad, como lo son las inversiones extranjeras, hace necesaria una adecuación de los procedimientos de solución de controversias a las realidades particulares de cada Estado. Hoy existen nuevas exigencias para todos los involucrados, a partir de la implementación de nuevos parámetros, como lo son la responsabilidad social, el desarrollo sostenible, el cuidado del medioambiente y los derechos humanos. Estas consideraciones, en nuestra opinión, deben ser preponderantes en la sustanciación de los procedimientos arbitrales, y deben guiar siempre la labor de los árbitros como supervisores de lo que las partes exigen.

En la actualidad, estas nuevas inquietudes no encuentran una respuesta satisfactoria, ni en los TBIs, ni en el Centro, requiriendo ambas instituciones una modernización e incorporación de estos nuevos objetivos que deben ser considerados a la par con las ideas de lucro o crecimiento económico. Ciertamente que es esa la principal tarea pendiente, sobre todo en lugares donde los mecanismos jurídicos no poseen la calidad técnica para asegurar a los ciudadanos de los Estados receptores de inversiones el respeto de estas premisas básicas, prestándose para abusos como los que se han producido en materia de derecho de aguas en varias regiones del mundo. Esperamos que las actuales negociaciones regionales (TTIP, RCEP, por citar dos ejemplos icónicos) sean capaces de reconocer y amparar estas consideraciones, para así impulsar nuevas tendencias que modifiquen el panorama en favor de estándares más exigentes, capaces de ofrecer progreso y desarrollo en armonía con el entorno y con una mejor calidad de vida para las personas.

§14- BIBLIOGRAFÍA.

1. FUENTES PRIMARIAS.

Documentos:

- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969.
- Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, suscrito en Washington el 18 de marzo de 1965.
- Documentos Básicos del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI):
Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio CIADI.
Reglamento Administrativo y Financiero.
Reglas Procesales aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (Reglas de Iniciación).
Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Conciliación (Reglas de Conciliación).
Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (Reglas de Arbitraje).
Lista de Estados Signatarios y Contratantes del Convenio.
Estados Contratantes y Medidas Tomadas por Ellos para el Propósito del Convenio.
Cláusulas Modelo.
- Documentos de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI):
Reglamento de Arbitraje (1976).
Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional (1985).
Notas sobre la Organización del Proceso Arbitral (1996).
- Guías para el Trato de la Inversión Extranjera Directa, Banco Mundial, 1992.
- La IED en América Latina y el Caribe 2015, CEPAL.
- Informe Anual Comercio Exterior de Chile 2014 – 2015 Primera Edición, DIRECON, Departamento de Estudios, Dirección General de Relaciones Internacionales, Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, Junio de 2015.
- Informe sobre el Desarrollo Mundial 2005: "Un Mejor Clima para la Inversión en Beneficio de Todos", Panorama general; Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento / Banco Mundial, Washington D. C., 2004.

- Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2006: “La Inversión Extranjera Directa de Los Países en Desarrollo y las Economías en Transición: Consecuencias para el Desarrollo”, UNCTAD.
- Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2007: “Corporaciones Transnacionales, Industrias Extractivas y Desarrollo”, UNCTAD.
- Informe sobre las Inversiones en el Mundo 2015: “Reformando la Gobernanza Internacional en Materia de Inversiones”, Panorama General en Español e Informe completo en inglés, UNCTAD.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), Policy Framework for Investment (Marco de Políticas para la Inversión), Edición 2015.
- Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Extranjeras suscritos por CHILE.
- Tratados de Libre Comercio suscritos por Chile.
- United Nations Centre on Transnational Corporations, Bilateral Investment Treaties, UN, New York, 1988.
- World Economic Outlook (WEO) 2015: Ajustándose al Precio Más Bajo de las Materias Primas, Fondo Monetario Internacional.

2. Fuentes Secundarias Generales:

- BARBÉ, Esther, *Relaciones Internacionales*³, Editorial Tecnos, Madrid, 2008.
- BENADAVA, Santiago, *Derecho Internacional Público*, Editorial Lexisnexis, Santiago, 2004.
- BUERGENTHAL, Thomas; MURPHY, Sean D., *Public International Law in a Nutshell*⁶ (*Derecho Internacional Público en Breve*), West Academic Publishing, Minnesota, 2013
- DOLZER, Rudolf; STEVENS, Margrete, *Bilateral Investment Treaties (Tratados Bilaterales de Inversión)*, M. Nihjoff Publishers, Londres, 1995.
- FEENSTRA, Robert; TAYLOR, Alan; *Comercio Internacional*, Editorial Reverté, Barcelona, 2011.
- FERNÁNDEZ MASIÁ, Enrique, *Arbitraje en Inversiones Extranjeras: el Procedimiento Arbitral en el CIADI*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

- GAMBOA SERAZZI, Fernando, *Derecho Internacional Público*, Editorial Universidad de Talca, Talca, 1998.
- MAYORGA, Roberto; MORALES, Joaquín; POLANCO, Rodrigo, *Inversión Extranjera Régimen Jurídico y Solución de Controversias*, Editorial Lexisnexis, Santiago, 2005.
- RAMÍREZ NECOCHEA, Mario, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Lexisnexis, Santiago, 2005.
- SCHREUER, Christoph, y otros autores, *Course on Dispute Settlement, International Centre for Settlement of Investment Disputes (Curso sobre Arreglo de Diferencias, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones)*, UNCTAD, Naciones Unidas, New York y Ginebra, 2003.
- TEMPONE, Rubén Eduardo, *Protección de Inversiones Extranjeras*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2003.
- VEGA, Jorge, *La Protección Arbitral de Inversiones Extranjeras en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2009.
- YMAZ VIDELA, Esteban M., *Protección de Inversiones Extranjeras. Tratados Bilaterales*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1999.

3. Fuentes Secundarias Especializadas.

- AIMONE GIBSON, Enrique, *Derecho Económico Internacional*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1980.
- ALLARD, Raúl, *Serie Materiales en Relaciones Internacionales N. 01, Agosto de 2010, Actores y Relaciones Transnacionales y la Sociedad Civil Internacional: Su Rol en el Sistema Internacional en la Globalización*.
- AL - SHARMANI, Mona, *Curso sobre Arreglo de Diferencias, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Módulo 2.4: Requerimientos Rationae Personae*, UNCTAD, Naciones Unidas, New York y Ginebra, 2003.
- ALVINS, Ramón; ELJURI, Elizabeth, *Venezuela Denuncia el Convenio CIADI*, enero de 2012.
- ARATA, Renzo, *Apuntes de Clase Derecho Internacional Privado*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2007.
- ÅSLUND, ANDERS, *The World Needs a Multilateral Investment Agreement*, en Policy Brief N° PB13-01, enero de 2013, Peterson Institute for International Economics.

- BAS VILIZZIO, Magdalena, *Solución de Controversias en los Tratados Bilaterales de Inversión: Mapa de Situación en América del Sur*, en Rev. secr. Trib. perm. revis. Año 3, N° 5.
- BELLAK, Christian, *Economic Impact of Investment Agreements*, agosto de 2015, Departamento de Economía de la Universidad de Viena de Economía y Negocios.
- BIGGS, Gonzalo, *The Latin American Treatment of International Arbitration and Foreign Investments and the Chile – U.S. Free Trade Agreement (El Trato Latinoamericano del Arbitraje Internacional y las Inversiones Extranjeras y el Tratado de Libre Comercio Chile – EE.UU.)*, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 19, 2004.
- BOEGLIN, Nicolás, *ICSID and Latin America: Criticisms, withdrawals and regional alternatives*, 25 de junio de 2013, en Bilaterals.org.
- BROCHES, Aron, *A Guide for Users of the ICSID Convention (Guía para los Usuarios del Convenio CIADI)*, News from ICSID 8 (1), invierno de 1991.
- BROCHES, Aron, *Observations on the Finality of ICSID Awards (Observaciones sobre la Finalidad de los Laudos CIADI)*, ICSID Rev./FILJ 6 (1991).
- CHAISSE, Julien, *Tendencias Globales en la Construcción de Normas y Arbitraje de Inversión*, en Revista Puentes Volumen 15 - Número 8, 16 Octubre 2014.
- CHOMSKY, Noam, *Domestic Constituencies*, en Z Magazine, Mayo de 1998.
- COTULA, Lorenzo, *Regulatory Takings, Stabilization Clauses and Sustainable Development (Expropiaciones Regulatorias, Cláusulas de Estabilización y Desarrollo Sustentable)*, VII Global Forum on International Investment (VII Foro Global sobre Inversión Extranjera), Sesión 2.2, OCDE, 2008.
- CREMADES, Bernardo; CAIRNS, David, *La seguridad jurídica y las inversiones extranjeras en América Latina. El caso argentino WP2-2004 - 09.01.2004*, Real Instituto Elcano de Estudios Internacionales y Estratégicos, Madrid,
- DE PINA, Rafael, *Diccionario de Derecho*³⁰, Editorial Porrúa, México, D. F., 2001.
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA²², Real Academia Española, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 2001.
- DONG, Wang, *Curso sobre Arreglo de Diferencias, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Módulo 2.8: Remedios y Procedimientos Post – Laudo y Módulo 2.9: Fuerza Obligatoria y Ejecución*, UNCTAD, Naciones Unidas, New York y Ginebra, 2003.

- DÍAZ BALBUENA, Hugo, *La denuncia de los tratados de protección de las inversiones: Estudio y análisis de los casos de Bolivia, Ecuador y Venezuela. Problemas y perspectivas*, Lunes 24 de febrero de 2014, en NODO50.
- ELKINS, Zachary, GUZMAN, Andrew T. y SIMMONS, Beth, *Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960-2000 (Competiendo por el Capital: La Difusión de los Tratados Bilaterales de Inversión, 1960-2000)*, Agosto de 2004, UC Berkeley Public Law Research. Paper No. 578961.
- ESCOBAR, Alejandro A., *Curso sobre Arreglo de Diferencias, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Módulo 2.5: Requerimientos Rationae Materiae*, UNCTAD, Naciones Unidas, New York y Ginebra, 2003.
- FONDO MONETARIO INTERNACIONAL, *Balance of Payments Manual⁵ (Manual de Balanza de Pagos)*, 2003.
- GILPIN, Robert, *Global Political Economy. Understanding the International Economic Order (Economía Política Global. Entendiendo el Orden Económico Internacional.)*, Princeton University Press, New Jersey, 2001.
- GRIGERA NAÓN, Horacio, *The Settlement of Investment Disputes between States and Private Parties, An Overview from the Perspective of the ICC (El Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Partes Privadas)*, The Journal of World Investment, Julio de 2000, Volumen 1, número 1, Werner Publishing Company Ltd., Ginebra.
- HALLWARD – DRIEMEIER, Mary, *Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit... and They Could Bite*, Banco Mundial, Grupo de Investigación para el Desarrollo, Clima de Inversión, Agosto de 2003.
- KEOHANE, Robert; NYE, Joseph S., *Power and Independence. World Politics in Transition (El Poder y la Independencia. La Política Mundial en Transición.)*, Little Brown, Boston, 1977. Traducción de BARBÉ, Esther.
- KHAIL, Mohamed; MARCHAIS, Bertrand; PARRA, Antonio; TSCHOFEN, Franziska; WESTBERG, John, *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment, Volume I: Survey of Existing Instruments (Marco Legal para el Trato de la Inversión Extranjera, Volumen I: Estudio de los Instrumentos Existentes)*, Grupo del Banco Mundial, 1992.
- LAL DAS, Bhagirath, *A Critical Analysis of the Proposed Investment Treaty in WTO (Un Análisis Crítico de la Propuesta de Tratado sobre Inversiones en la OMC.)*, en Global Policy, Julio de 2003.

- LALUMIÈRE, Catherine, *Lalumière Report*, ex Secretaria General del Consejo Europeo (1989 - 1994), miembro del Parlamento Europeo (1994 - 2004). Disponible en el sitio web: <http://webcitation.org/5knuYvqH2> (Accedido en enero de 2016).
- MALIK, Mahnaz, *Time for a Change. Germany's Bilateral Investment Treaty Programme and Development Policy (Tiempo de un Cambio: El Programa Alemán de Tratados Bilaterales de Inversiones y la Política de Desarrollo)*, Dialogue on Globalization N° 27 / Noviembre de 2006, Friedrich Ebert Stiftung, Nueva York – Ginebra.
- MARCHAIS, Bertrand; PARRA, Antonio; SHIHATA, Ibrahim, *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment, Volume II: Guidelines (Marco Legal para el Trato de la Inversión Extranjera, Volumen II: Guías)*, Grupo del Banco Mundial, 1992.
- MENDILUCE, Fernando Martino, *Diccionario de Conceptos Económicos y Financieros*, Editorial Andrés Bello, Santiago, 2001.
- MUNNÉ CATARINA, Frederic, *La Administración del Arbitraje. Instituciones arbitrales y procedimiento prearbitral*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2002.
- OTTONE, Ernesto, “*Gobernar la Globalización*”, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2011.
- PASTOR RIDRUEJO, José A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*¹⁰, Editorial Tecnos, Madrid, 2006.
- PÉREZ-RAGONE, Álvaro, *Jerarquía del Derecho Internacional y Funcionalidad de los Bilateral Investment Treaties en la Tutela Adecuada de Derechos: Jurisdicción Internacional*, Génesis, Revista de Direito Processual Civil, Año IV, Número 11, Curitiba, 1999.
- PICCIOTTO, Sol, *Linkages in International Investment Regulations: the Anatomies of the Draft Multilateral Agreement on Investment (Vínculos en la Regulación Internacional de las Inversiones: La Anatomía del Borrador del Acuerdo Multilateral sobre Inversiones.)*, en University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, 1998.
- POLANCO LAZO, Rodrigo, *¿Cuáles son los verdaderos efectos de los acuerdos internacionales de inversión?* 19 Diciembre 2013, Centro Internacional para el Desarrollo Sustentable, Puentes, Volumen 14 - Número 9.
- REINISCH, August, *Curso sobre Arreglo de Diferencias, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Módulo 2.2: Eligiendo el Foro Apropriado*, UNCTAD, Naciones Unidas, New York y Ginebra, 2003.

- RIPINSKY, Sergey, *Venezuela's Withdrawal From ICSID: What it Does and Does Not Achieve (La Denuncia de Venezuela del Convenio CLADI: ¿Qué es lo que Consigue y lo que No?)*, 13 de abril de 2012, en Investment Treaty News, International Institute for Sustainable Development.

- RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, *Proposed Changes to the Investment Dispute – Resolution System: A South American Perspective (Cambios Propuestos a los Mecanismos de Solución de Diferencias sobre Inversiones: Una Perspectiva Sudamericana.)*, 19 de enero de 2014, en Investment Treaty News, International Institute for Sustainable Development.

- SCHREUER, Christoph, *Curso sobre Arreglo de Diferencias, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Módulo 2.1: Panorama General, y Módulo 2.3: El Consentimiento al Arbitraje*, UNCTAD, Naciones Unidas, New York y Ginebra, 2003.

- SCHREUER, Cristoph, *The ICSID Convention: A Commentary (El Convenio CLADI: Un Comentario)*, Cambridge University Press, 2001.

- SHIHATA, Ibrahim, *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment, Volume I: Survey of Existing Instruments (Marco Legal para el Trato de la Inversión Extranjera, Volumen I: Estudio de los Instrumentos Existentes)*, Grupo del Banco Mundial, 1992.

- TAWIL, Guido Santiago, *Curso sobre Arreglo de Diferencias, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Módulo 2.6: Derecho Aplicable*, UNCTAD, Naciones Unidas, New York y Ginebra, 2003.

- UNCTAD, *Key Terms and Concepts in ILAs: A Glossary (Términos Clave y Conceptos en los Acuerdos Internacionales sobre Inversiones: Glosario)*, Nueva York y Ginebra, 2004.

- WITHERELL, William H., *The OECD Multilateral Agreement on Investment (El Acuerdo Multilateral sobre Inversiones de la OCDE)*, en Transnational Corporations (UNCTAD).

- WONG, JARROD, *Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide Between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes (Las Umbrella Clauses en los Tratados Bilaterales de Inversión: Incumplimientos Contractuales, Violaciones de los Tratados, y la División entre los Países Desarrollados y en Desarrollo en las Diferencias Relativas a Inversiones Extranjeras)*, George Mason Law Review, Volumen 14, Otoño de 2006, Número 1.

4. Webgrafía:

- Agencia Central de Inteligencia de Estados Unidos <http://www.cia.gov> (Accedido en febrero de 2016).
- Alternativa Bolivariana (ALBA) <http://www.alternativabolivariana.org> (Accedido en febrero de 2016).
- Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) <http://www.ftaa-alca.org> (Accedido en diciembre de 2008).
- Banco Mundial <http://www.bancomundial.org> / <http://www.worldbank.org> / <http://data.worldbank.org> (Accedido en febrero de 2016).
- Banco Mundial, Glosario, disponible en el sitio web: <http://www.worldbank.org/depweb/spanish/beyond/global/glossary.html> (Accedido en febrero de 2016).
- Biblioteca del Congreso Nacional <http://www.bcn.cl> (Accedido en febrero de 2016).
- Bilaterals.org (Información Mundial Alternativa) <http://www.bilaterals.org> (Accedido en febrero de 2016).
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones <http://icsid.worldbank.org> (Accedido en febrero de 2016).
- Chomsky, Noam, Sitio Oficial, <https://chomsky.info> (Accedido en febrero de 2016).
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional <http://www.uncitral.org> (Accedido en febrero de 2016).
- Comité de Inversiones Extranjeras (Hoy Agencia de Promoción de la Inversión Extranjera) <http://www.ciechile.gob.cl> (Accedido en febrero de 2016).
- Comité para la Anulación de la Deuda del Tercer Mundo <http://www.cadtm.org> (Accedido en febrero de 2016).
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) <http://www.unctad.org> (Accedido en febrero de 2016).
- Corte Internacional de Justicia <http://www.icj-cij.org> (Accedido en febrero de 2016).

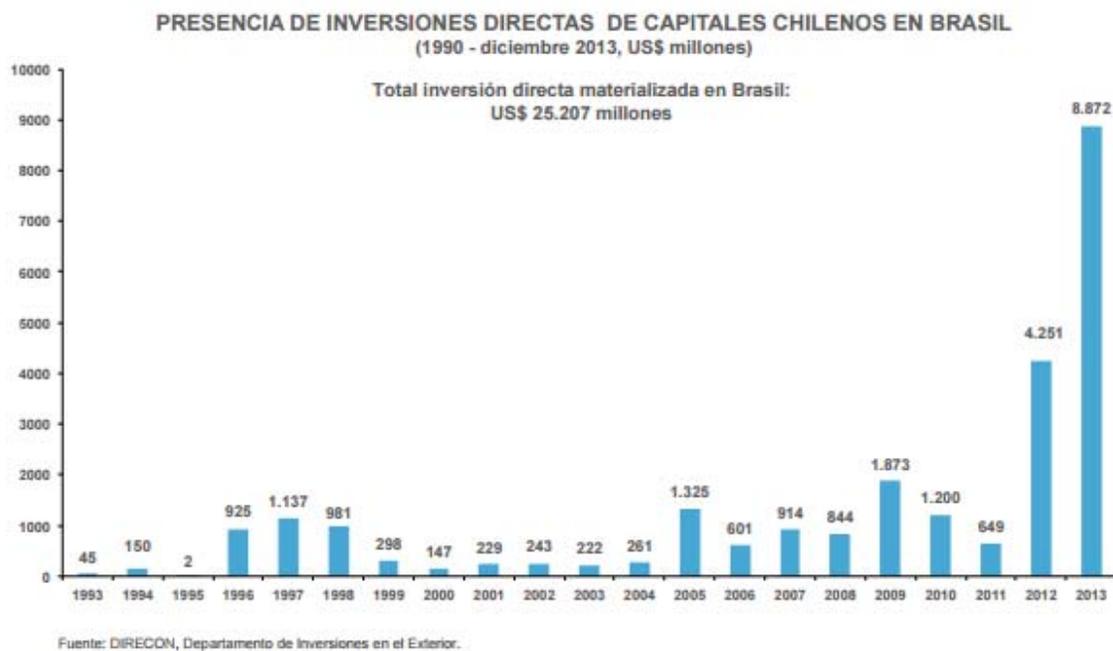
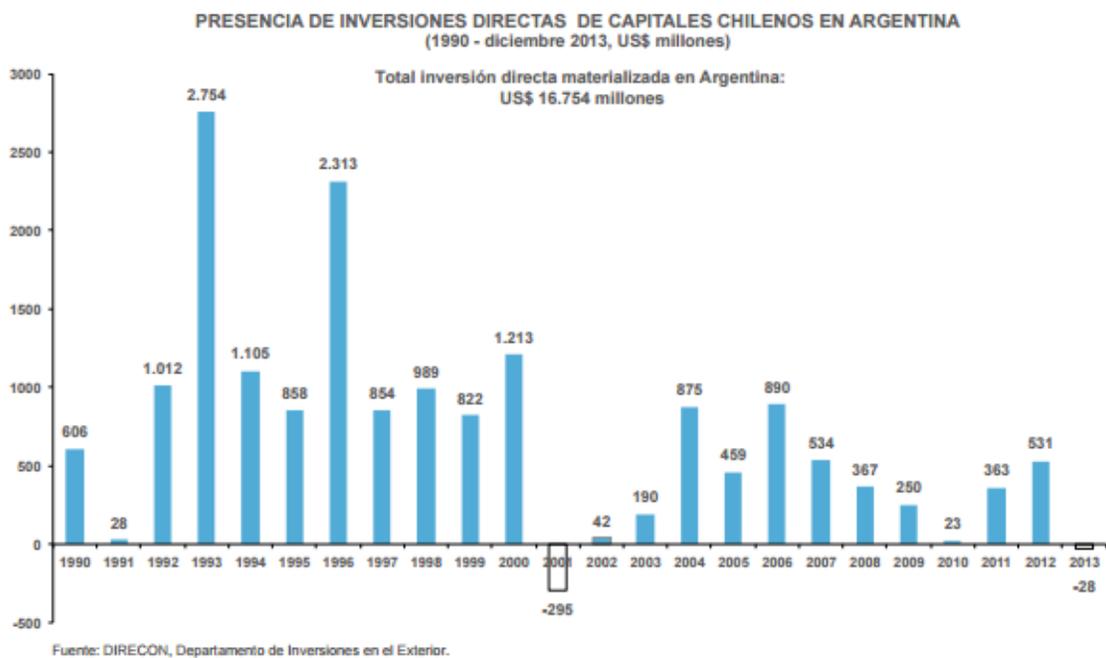
- Diario El Comercio (Ecuador) Edición Online <http://www.elcomercio.com> (Accedido en febrero de 2016).
- Diario El Mercurio Edición Online <http://www.emol.com> (Accedido en febrero de 2016).
- Diario El País Internacional (España) Edición Online <http://internacional.elpais.com> (Accedido en febrero de 2016).
- Diario Gestión (Perú) Edición Online <http://www.gestion.pe> (Accedido en febrero de 2016).
- Diario La Razón (Bolivia) Edición Online <http://www.la-razon.com> (Accedido en febrero de 2016).
- Diario La Tercera Edición Online <http://www.latercera.com> (Accedido en febrero de 2016).
- Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales de Chile <http://www.direcon.cl> (Accedido en febrero de 2016).
- Forbes (Revista) <http://www.forbes.com> (Accedido en febrero de 2016).
- Fondo Monetario Internacional <http://www.imf.org> / Herramienta Datamapper del FMI <http://www.imf.org/external/datamapper/index.php?db=FM> (Accedido en febrero de 2016).
- Fundación Solón (Bolivia) <http://funsolon.civilblog.org> (Accedido en febrero de 2016).
- Global Policy Forum (Observatorio Internacional) <http://www.globalpolicy.org> (Accedido en febrero de 2016).
- Globserver (Datos Mundiales) <http://globserver.cn/en> (Accedido en febrero de 2016).
- International Center for Trade and Sustainable Development (Centro Internacional para el Comercio y el Desarrollo Sustentable) <http://www.ictsd.org> (Accedido en febrero de 2016).
- Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable <http://www.iisd.org> (Accedido en febrero de 2016).
- International Council for Commercial Arbitration (ICCA) o Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial <http://www.arbitration-icca.org> (Accedido en febrero de 2016).
- Investopedia (Enciclopedia Finanzas Online) <http://www.investopedia.com> (Accedido en febrero de 2016).

- Multilateral Investment Guarantee Agency u Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones <http://www.miga.org> (Accedido en febrero de 2016).
- NAFTA North American Free Trade Agreement (Acuerdo de Libre Comercio de Norte América) <http://www.naftanow.org> (Accedido en febrero de 2016).
- NODO50 (Noticias Internacionales Alternativas) <http://info.nodo50.org> (Accedido en febrero de 2016).
- Norton Rose Fulbright (Firma Internacional de Abogados) <http://www.nortonrosefulbright.com> (Accedido en febrero de 2016).
- Organización Internacional del Trabajo <http://www.ilo.org> (Accedido en febrero de 2016).
- Organización de las Naciones Unidas <http://www.un.org> (Accedido en febrero de 2016).
- Organización Mundial de Comercio <http://www.wto.org> (Accedido en febrero de 2016).
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) <http://www.oecd.org> / <http://www.oedemexico.org.mx> (Accedido en febrero de 2016).
- Peterson Institute for International Economics (Centro de Estudio de Economía Política Internacional) <http://www.iie.com> (Accedido en febrero de 2016).
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo <http://hdr.undp.org> (Accedido en febrero de 2016).
- Reuters Latinoamérica (Agencia de Noticias) <http://lta.reuters.com> (Accedido en febrero de 2016).
- UNCTAD Investment Policy Hub (Herramienta de Búsqueda de Datos sobre Inversiones) <http://investmentpolicyhub.unctad.org> (Accedido en febrero de 2016).
- Unión Europea <http://europa.eu> (Accedido en febrero de 2016).
- Unión de Naciones Suramericanas <http://www.unasursg.org> (Accedido en febrero de 2016).
- Visualizing Economics Blog (Blog de Visualización de la Economía) <http://visualizingeconomics.com> (Accedido en febrero de 2016).
- Worldometers.info (Sitio con Estadísticas Globales) <http://www.worldometers.info> (Accedido en febrero de 2016).

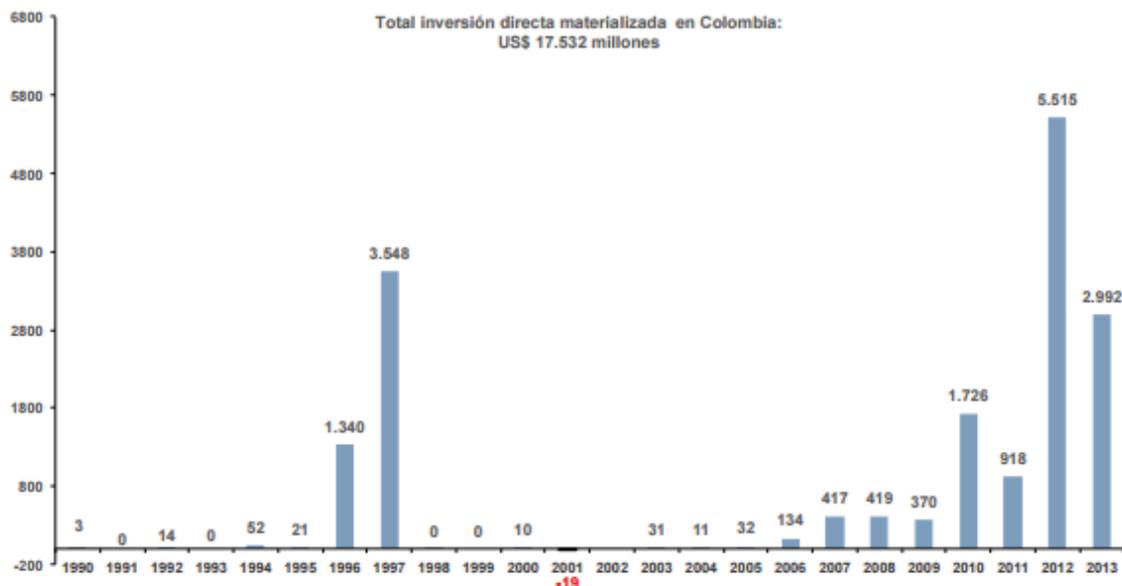
§15- ANEXOS.

ANEXO 1: CIFRAS DIRECON IED CHILENA EN SUDAMÉRICA.

(Fuente: Sitio Web Oficial DIRECON).

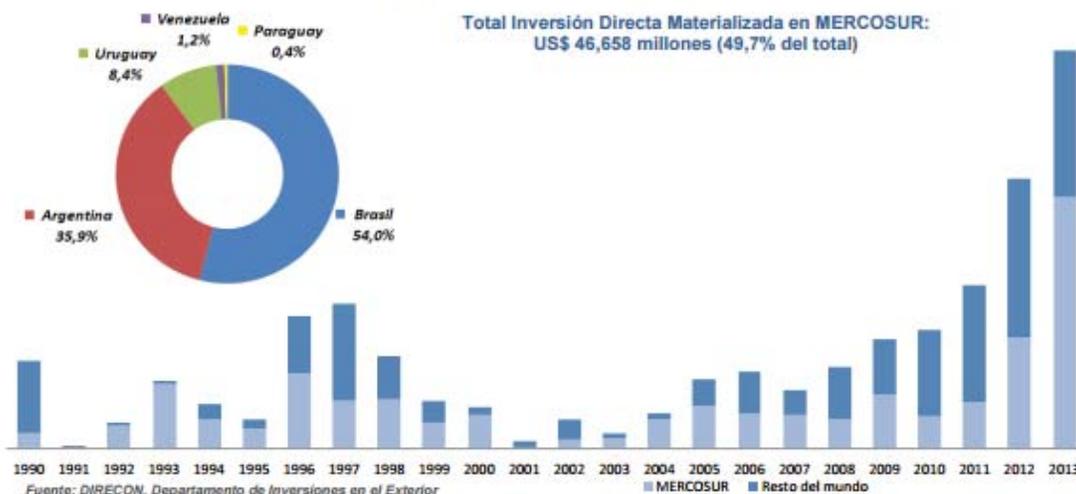


PRESENCIA DE INVERSIONES DIRECTAS DE CAPITALES CHILENOS EN COLOMBIA
(1990 - diciembre 2013, US\$ millones)



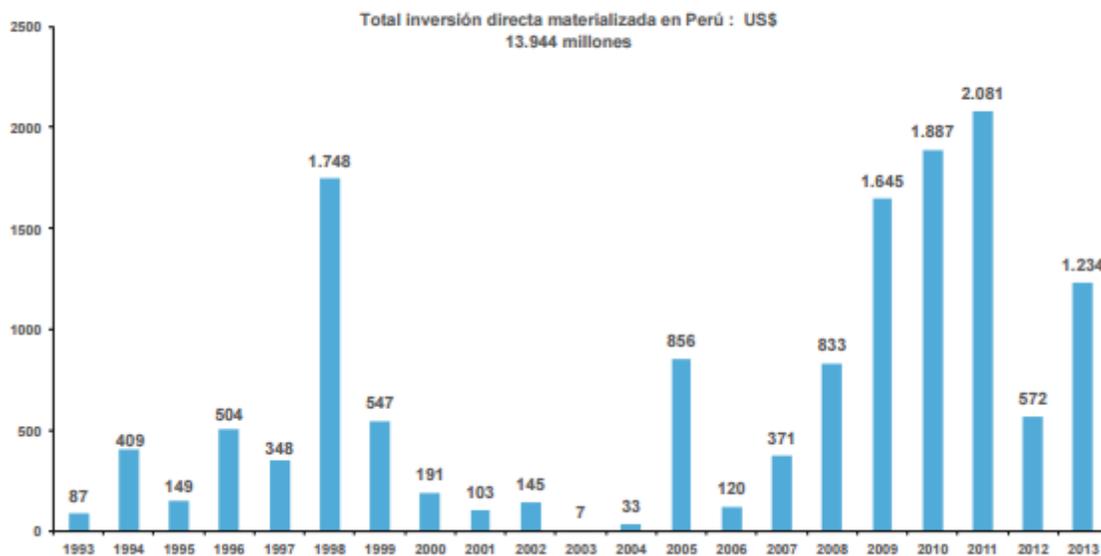
Fuente: DIRECON, Departamento de Inversiones en el Exterior.

PRESENCIA DE INVERSIONES DIRECTAS DE CAPITALES CHILENOS EN MERCOSUR
1990 - diciembre 2013
Flujos anuales (US\$ millones)



Fuente: DIRECON, Departamento de Inversiones en el Exterior

PRESENCIA DE INVERSIONES DIRECTAS DE CAPITALES CHILENOS EN PERÚ
(1990 - diciembre 2013, US\$ millones)



Fuente: DIRECON, Departamento de Inversiones en el Exterior.

PRESENCIA DE INVERSIÓN DIRECTA DE CAPITALES CHILENOS EN URUGUAY
(1990 - diciembre 2013, US\$ millones)



Fuente: DIRECON, Departamento de Inversiones en el Exterior.

**ANEXO 2: LEY 20848 ESTABLECE MARCO PARA LA INVERSIÓN
EXTRANJERA DIRECTA EN CHILE Y CREA LA INSTITUCIONALIDAD
RESPECTIVA.**

ANEXO 3: CAPÍTULO 9 TRANSPACIFIC PARTNERSHIP.

(Fuente: Sitio Web Oficial DIRECON).

ANEXO 4: CONVENIO CIADI.

(Fuente: Sitio Web Oficial CIADI).