

ARBITRAJE DE INVERSIONES: EL ESCRUTINIO A LA POTESTAD POLÍTICA Y
REGULATORIA DEL ESTADO ANTE EL CIADI

[Investment Arbitration: The scrutiny of the political and regulatory power of the state before
ICSID]

BEATRIZ BRAVO CUADRA

RESUMEN

El presente trabajo pretende el análisis de los riesgos que representan para Chile continuar con su adscripción al CIADI, en consideración a la influencia que pueden tener los laudos arbitrales emitidos por el mismo Centro, en el desarrollo de la potestad política y regulatoria del Estado. En ese sentido, durante la investigación se analizaron 88 laudos arbitrales y a partir de las estadísticas que estos arrojaron, se extrajo como conclusión que la idea de denunciar todos los instrumentos internacionales que reconozcan jurisdicción a centros de arbitraje sería un error.

PALABRAS CLAVE

CIADI - arbitraje de inversiones- soberanía.

ABSTRACT

The present work intends to analyze the risks that continue with its affiliation to the ICSID represent for Chile, in consideration of the influence that arbitral awards issued by the same Center may have, in the development of the political and regulatory power of the State. In this sense, during the investigation, 88 arbitral awards were analyzed and from the statistics that they yielded, the conclusion was drawn that the idea of denouncing all international instruments that recognize jurisdiction of arbitration centers would be a mistake.

KEYWORDS

ICSID - investment arbitration.

INTRODUCCIÓN

En un contexto global en el cual un inminente cambio climático, la gran ola de inflación, la vigente crisis de salud y la inesperada guerra en Ucrania se han convertido en los protagonistas de los últimos años, resulta imperativo reflexionar sobre el origen y fin de nuestras instituciones, para efectos de determinar si las mismas continúan al servicio de las necesidades que las fundaron en un inicio, permitiendo que nos encaminemos hacia el progreso, o si más bien, el nuevo contexto global fuerza a un replanteamiento del funcionamiento de las instituciones.

Frente a este panorama, durante los últimos años se han alzado grandes críticas al sistema del derecho internacional de inversiones. Rama del derecho encargada de regular la relación entre inversionistas extranjeros y el Estado en el que estos realizan sus inversiones, cuyo desarrollo ha sido principalmente en base a Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) o capítulos de inversión de los Tratados de Libre Comercio (TLC), triada de instrumentos que para efectos de esta memoria se asociarán bajo el término genérico de Acuerdo Internacional de Inversión (AII). Gracias a la firma de AIIs, se ha abierto la puerta a que inversores extranjeros puedan utilizar el mecanismo del arbitraje de inversiones. Toda vez, que se ha permitido a estos presentar sus demandas ante Centros de Arbitraje Internacional cuando estos consideren que cambios regulatorios o acciones adoptadas por el Estado receptor de la inversión afectan directa o indirectamente a su inversión. De esta manera, el arbitraje de inversiones representa garantías y protecciones para las partes, pero también presenta desventajas. En ese sentido, se han cuestionado las malas prácticas que pueden derivarse del mismo, toda vez que admite la posibilidad de que los agentes inversores extiendan el conflicto a materias tales como derechos fundamentales, acceso a la salud pública, derechos laborales, protección del medio ambiente, entre otros.

Por lo anterior, el derecho internacional de inversiones y los mecanismos de resolución de controversias que este propone están pasando por una grave crisis de legitimidad. Diversos autores han planteado inquietudes relacionadas con la falta de uniformidad, coherencia, previsibilidad y corrección de las decisiones dictadas por tribunales arbitrales. También, se han presentado cuestionamientos en forma directa a los árbitros por la falta real o aparente de independencia e imparcialidad. Sin embargo, las mayores críticas se han diseñado desde la óptica del proceso arbitral en sí mismo, cuestionándose el costo y la duración de los procesos, así como también su idoneidad, eficacia y transparencia. Lo cual, en consecuencia, ha llevado a que el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), al ser uno de los foros más importantes del mundo, ha sido el objetivo más recurrente de dichos cuestionamientos.

En el mismo sentido, a nivel país, desde la Convención Constituyente también puso en tela de juicio al arbitraje de inversiones. En concreto, se pre aprobó un artículo que prohibía al Estado celebrar tratados internacionales en los que se le reconociera jurisdicción a instancias de arbitraje internacional, en controversias entre el Estado e inversionistas extranjeros. Asimismo, se establecía originalmente un plazo de dos años al Presidente de la República para que re negociare todos los Tratados Internacionales vigentes contrarios a la disposición. Este precepto, pese a que finalmente no fuese incluido en la propuesta constitucional definitiva, sí da cuenta de la intención del poder constituyente de modificar significativamente el ordenamiento jurídico chileno actual y la principal estrategia de comercio internacional y de desarrollo económico del país.¹

Así las cosas, el presente trabajo tendrá por objeto determinar, mediante el análisis de la experiencia nacional e internacional, si efectivamente representa un riesgo para la República de Chile continuar con su adscripción al CIADI, en consideración a la influencia que pueden tener

¹ El artículo pre aprobado por la Comisión de Economía el pasado 22 de marzo finalmente no fue incluido en consolidado normas aprobadas finalmente en la Propuesta Constitucional entregado el pasado 14 de mayo de 2022 por el pleno de la Convención Constitucional. Sin embargo, para efectos de este trabajo, de igual manera se analizará el debate que surgió en torno a esta posibilidad.

los laudos arbitrales emitidos por el mismo Centro, en el desarrollo de la potestad política y regulatoria del Estado. Toda vez que actualmente el CIADI representa la institución por excelencia para la resolución de conflictos derivados de contratos de inversión extranjera directa avalados por AII vigentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Para lograr dicho objetivo, se seguirá un modelo de investigación preponderantemente cuantitativo y se dividirá el presente trabajo en tres capítulos. El primero, tratará de una breve introducción al panorama general del mundo del arbitraje de inversiones. La forma de funcionamiento del mismo a través del CIADI, su regulación dentro del ordenamiento jurídico chileno, y una mención a las principales críticas a las que se ha visto efecto últimamente. En el segundo capítulo se procederá a analizar, en base al estudio casuístico de 88 laudos pronunciados por el CIADI y las estadísticas que estos arrojen, el nivel de escrutinio al que se ven sometidas las políticas estatales de Chile, Argentina, Perú y Bolivia. Países latinoamericanos seleccionados en razón a su cercanía geográfica a nuestro país y a la cantidad de demandas presentadas en su contra. En el tercer capítulo, se analizará el impacto que han tenido en Chile los laudos arbitrales pronunciados por el CIADI, con especial atención a las consecuencias que ha traído aparejadas para el Fisco su cumplimiento y el impacto de lo resuelto en el desarrollo de políticas públicas, en consideración al rol de la inversión extranjera en el país y el debate actual en torno a la materia a raíz de lo propuesto por la Convención Constitucional. Y finalmente, se procederá a cerrar con propuestas y visiones personales, sumado a las correspondientes conclusiones de la investigación.

Por último, es importante mencionar aquello que no será parte del objetivo de esta memoria. El presente trabajo no contendrá un estudio de los acontecimientos históricos y sociales que han llevado a los Estados a ser demandados ante el CIADI, ni tampoco pretende dejar en evidencia los costos sociales y monetarios que pueda producir el sistema de protección de inversiones y los arbitrajes internacionales como mecanismos de resolución de disputas ISDS. El estudio realizado por esta memoria será principalmente de tipo explorativo y no se compromete a abordar cuestiones ulteriores que vayan más allá del laudo arbitral mismo. Por lo mismo, no se analizarán los tipos de Tratados o AII que son invocados para acceder al CIADI, tampoco la nacionalidad de los árbitros ni los bufetes de abogados que defienden a los inversores y a Estados. Como se mencionó, esta memoria sólo tratará de aportar con una postura sobre la utilidad o riesgo que conlleva la adscripción al Convenio CIADI en consideración a la influencia que los laudos arbitrales pudiesen tener en el despliegue de la potestad política y regulatoria del Estado chileno, lo que se realizará a través de una evaluación al panorama general de la situación actual del arbitraje de inversiones y el análisis de laudos pronunciados por el Centro arbitral.

CAPÍTULO I: EL DERECHO DE LOS CONFLICTOS INVERSOR Y ESTADO

1. *Arbitraje de inversiones*

A) *¿Qué es?*

El arbitraje internacional de inversiones, también llamado arbitraje inversionista, es definido por la Enciclopedia de Derecho Internacional Max Planck como “una forma de adjudicación consensuada en la que las partes contendientes consienten en someter su disputa a la adjudicación de un tribunal

*designado de acuerdo con los términos del acuerdo de arbitraje.*² En particular, este actúa como un mecanismo de resolución de conflictos entre partes que prestan su consentimiento ya sea mediante un contrato celebrado entre un inversor extranjero y el Estado receptor de la inversión, o bien, este haya sido pre establecido de forma general bajo en un Tratado de Inversión o en la legislación nacional.³

De esta manera, se permite que un inversor extranjero demande al Estado anfitrión de su inversión ante una Corte o Centro Arbitral Internacional. Toda vez que, estén ambas partes vinculadas a través de un contrato, y a la vez, mediante de la firma de un Tratado Bilateral de Inversión (TBI), un Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) o algún Capítulo de Inversión incluido en Tratados de Libre Comercio (TLC) entre los países del cual sea nacional el inversor y el Estado en cuestión.

Así, la utilidad que pueda reportar este mecanismo es la posibilidad que se le a sus usuarios de “salirse de la jurisdicción de un Estado y trasladar esa competencia a un sujeto que se aprecia completamente imparcial, que será quien resuelva la controversia entre estos dos agentes.”⁴ Bajo esta perspectiva, podríamos sostener que permite que se revise un acto administrativo en particular del Estado anfitrión, respecto de un sujeto en específico, ante una sede internacional. Claro que, dicha “revisión” debe por cierto entenderse en un sentido amplio, ya que un tribunal arbitral internacional, tal como lo es el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), no tiene jamás competencia para modificar leyes internas, ni para exigir o solicitar el cambio de políticas estatales, puesto que es un foro en el que se resuelve en base a derecho. En ese sentido, este no funciona como un tribunal contencioso de anulación, si no que determina la responsabilidad o irresponsabilidad internacional de un Estado al conocer de acciones reclamatorias de daños, generalmente relacionadas a una presunta expropiación directa o indirecta del Estado. Por ende, se hace imperativo dejar en claro que el CIADI no está facultado para dictar laudos condenatorios que impongan algo diferente de un pago indemnizatorio al inversor extranjero. E inclusive, pese a que sus laudos han entenderse obligatorios para las partes que han consentido a someterse al proceso, no cuenta con fuerza de ejecución de los mismos, sino que entrega la libertad a cada Estado de ejecutarlo de acuerdo a su propio sistema jurídico.⁵

La necesidad de contar con un mecanismo de resolución de conflictos vinculados al derecho internacional de inversiones nace en razón de la naturaleza esencialmente contractual y bilateral de los AII, lo cual genera que no se pueda contar con normas armónicas o un derecho uniforme a las que se pueda recurrir para resolver en conformidad a fuentes normativas previamente establecidas. El derecho de inversiones se basa principalmente en la interpretación de un AII en específico que es objetado en un caso en concreto. En consecuencia, ni la decisión ni el razonamiento extraído de la resolución de un caso será vinculante para los demás, a diferencia

² Max Planck Encyclopedias of International Law. (s.f.). Citación. *Contract Claims: Investment Arbitration*. [Disponible en <https://opil-ouplaw-com.pucv.idm.oclc.org/view/10.1093/law-mpeipro/e3288.013.3288/law-mpeipro-e3288?rskkey=nquMet&result=3&prd=MPIL>.]

³ Ibid.

⁴ AGUILAR GOEZ, María Isabel; BOTERO URIBE, Alejandro, *El arbitraje de las inversiones y su influencia en el desarrollo sostenible*, en *Journal of International Law*. 7 (2016) 1, pp. 94-113.

⁵ CIADI. (2006). *Convenio CIADI, Reglamento y Reglas*. [Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>]

de lo que sucede respecto del derecho comercial internacional, el cual se supedita directamente al derecho administrado por la Organización Mundial del Comercio.⁶

El arbitraje de inversiones, establece la responsabilidad internacional de los Estados.⁷ Pues de la misma manera que sucede con cualquier otra norma internacional, si un Estado no cumple con las disposiciones de un AII incurre en un hecho ilícito internacional. Toda vez que la afectación al inversionista extranjero sea atribuible a una acción u omisión del Estado receptor de la inversión, y que por supuesto, se pruebe que dicho acto no equivalía meramente a un acto en uso del poder soberano que tiene cada Estado, sino que se actuó como parte en un contrato, evaluándose así, los derechos contractuales más que los derechos emanados de un Tratado en sí mismo.

Ahora bien, en cuanto a los requisitos básicos necesarios para hacer uso de esta herramienta de solución de controversias internacionales, en primer lugar, el inversionista extranjero ha de ser nacional de un Estado que haya ratificado y tenga en vigencia un AII con el Estado anfitrión de su inversión. Así como también, que efectivamente la inversión que este se encuentre llevando a cabo caiga bajo la definición de “inversión” del AII. Es decir, el Tratado sólo protegerá, mediante derecho internacional, a las inversiones que se encuadren bajo la definición que el propio Tratado establezca como tales. De esta forma, la calidad de inversor extranjero se encontrará directamente ligada al concepto de nacionalidad, toda vez que este ha de ser nacional del Estado con el cual el Estado anfitrión de la inversión ha firmado un AII. No un nacional del propio Estado anfitrión. Lo anterior en razón de la finalidad intrínseca del derecho internacional de inversiones, pues este no fue diseñado para las resoluciones de inversionistas nacionales contra su propio Estado. Para el caso de personas naturales, especialmente en los casos de doble nacionalidad, la determinación de esta generalmente la jurisprudencia la ha resuelto a partir del concepto de la nacionalidad efectiva, es decir, el país con el que la persona tiene una relación más intensa materialmente.⁸ Esto, con el objetivo de evitar el *treaty shopping*⁹, es decir *situaciones en las cuales al menos una de las partes no es un residente de buena fe de un país del cual se busca protección conforme al convenio*. Lo cual sucedería, por ejemplo, cuando un inversor tenga intenciones de invertir en un Estado, pero en vez de efectuar una inversión directa en dicho Estado, constituye varias compañías, con diversos domicilios, a pesar de que el Estado en el que realmente estén constituidas o donde realicen realmente sus operaciones principales no sea parte del Tratado. Con el objeto de poder verse favorecido por los beneficios de los AII firmados por el Estado. Habilitándose así, al inversionista para reclamar beneficios fiscales a los cuales no podría de otra manera tener derecho. Inclusive permitiendo que una empresa demande al propio Estado del que es nacional, mediante la triangulación de una empresa intermediaria creada en otro país.¹⁰ Situación que por cierto, sería contraria a los objetivos del arbitraje de inversiones.

⁶ Saco, V. (Octubre 22, 2020). *Derecho internacional de las inversiones. Respuestas a preguntas a partir de un breve ensayo*. IUS 360. [Disponible en: <https://ius360.com/derecho-internacional-de-las-inversiones-respuestas-a-preguntas-a-partir-de-un-breve-ensayo/>]

⁷ Ibid.

⁸ Aceris Law LLC, (s.f). *Arbitraje internacional*. International Arbitration Attorney. [Disponible en: <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/investment-arbitration/>]

⁹ Rogers-Glabush, J. & International Bureau of Fiscal Documentation. (2009). En *International Tax Glossary* (6 ed., p. 453). IBFD.

¹⁰ Ibid.

En cuanto a la inversión extranjera efectivamente realizada como requisito para poder hacer uso de este mecanismo, se han presentado múltiples discusiones, en atención a que el concepto de inversión en sí mismo no es una definición que se haya establecido de forma uniforme por el derecho internacional. De esta manera, ha ocurrido en los hechos que ciertas “inversiones extranjeras” no reciben protección precisamente por no encuadrarse en los términos establecidos por el AII. Ahora bien, es importante hacer notar que el resolver dicha discusión dista completamente del objetivo primordial de este trabajo, razón por la cual nos limitaremos a entender como inversión extranjera en general “*a cualquier movimiento económico, en la forma que sea, en que un nacional de un Estado realice en otro Estado con una cierta vocación de permanencia*”.¹¹ Y por inversión extranjera directa, siguiendo el Diccionario de Términos de Comercio presentado por la Organización de Estados Americanos (OEA) a la “*inversión transfronteriza donde un residente de un país (el inversionista directo) adquiere una participación duradera en una empresa en otro país. Una participación duradera implica una relación a largo plazo entre el inversionista directo y la empresa y generalmente le da al inversionista voz en la administración de dicha empresa. En general se considera que existe inversión directa cuando el inversionista directo ha adquirido 10 por ciento o más de las acciones ordinarias o del derecho a voto de una empresa en el exterior*”.¹²

Esclarecidos los puntos anteriores, el nivel de protección al que efectivamente puedan llegar a tener acceso los inversores extranjeros dependerá directamente del AII en cuestión sobre el cual presenten sus reclamaciones. Ya que las protecciones brindadas por cada Estado no necesitan ser las mismas protecciones que la ley interna del Estado anfitrión, otorga a sus propios inversionistas internacionales, y se ha criticado muchas veces que pudiesen ser incluso mayores. Actualmente, las más comunes de acuerdo a la jurisprudencia arbitral son; (1) la protección contra la expropiación, (2) el deber de trato justo y equitativo, (3) el deber de otorgar un trato nacional, (4) la estipulación de la cláusula de la nación más favorecida, (5) el deber de otorgar protección y seguridad, así como también (6) el derecho a la no expropiación.¹³ Es necesario recalcar, que dichas protecciones, si bien existe cierto consenso sobre su significado, su alcance también ha sido constante objeto de debate. Pues debido a que la jurisprudencia arbitral no es vinculante, su definición exacta la otorgará la Corte arbitral que conozca del caso en concreto, interpretando todos los términos a la luz de los AII vigentes entre ambos países. Dicho análisis será considerado parte crucial del laudo, pues en base a este es que se interpretarán los hechos particulares del caso y para finalmente poder emitir una decisión sobre la controversia.

2. La crisis de legitimidad a la que se enfrenta el arbitraje de inversiones actualmente

Durante los últimos 15 años, luego de que se estabilizara un poco el boom de las demandas por arbitraje de inversiones ocurridas entre 1996 y 2008, es que se han presentado grandes críticas al actual sistema de solución de controversias entre inversionistas extranjeros y Estados. Desde la política, la academia e inclusive desde la propia ciudadanía, distintas voces se han alzado para exponer sus opiniones sobre un sistema que se ha considerado derechamente en crisis, con

¹¹ GRINÓ, Miquel, *Arbitraje de inversiones. Concepto y evolución. Una breve introducción al tema*, en GINÉS CASTELLET, Núria; STAMPA, Gonzalo (ed.), *El arbitraje internacional. Cuestiones de actualidad*, (Barcelona, Ed. J.M. Boch Editor, 2009), pp. 193-239.

¹² Sistema de Información sobre Comercio Exterior (SICE). (s/f). *Inversión extranjera directa (IED)*. [Disponible en: http://www.sice.oas.org/dictionary/in_s.asp]

¹³ Aceris Law LLC. (s.f.). *Arbitraje internacional*. International Arbitration Attorney. [Disponible en: <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/investment-arbitration/>]

una urgente necesidad de reforma para devolverle la legitimidad y credibilidad con la que fue inicialmente diseñado¹⁴.

Claro está, que el régimen internacional de inversiones es tan criticado como defendido. Básicamente se enfrentan dos grandes sectores. Por un lado, se presentan las preocupaciones por sus elevados costos, falta de transparencia y de consistencia en las decisiones, posibles implicancias y falta de independencia de los árbitros y afectación al poder soberano de los Estados. Y por el otro, se defiende la idea de que la inversión extranjera es vital para el desarrollo de los países y que no se puede prescindir de ella, por tal, debe de dejarse abierta la puerta al arbitraje de inversiones como método de resolución de controversias. Un ejemplo de esto, nos entrega la investigación del Profesor NICOLÁS M. PERRONE, quien ha podido apreciar lo paradigmático de que mientras hay países como los Estados Unidos y Canadá que siguen firmando Tratados y mantienen abierto un diálogo sobre la continuidad dicha política e inclusive elaborando nuevos modelos de TBI, por otra lado, tenemos desde 2006 tenemos países que ya están repensando las cosas, es así como Sudáfrica realizó procesos de revisión de todos sus AII, y Australia decidió suspender la inclusión del arbitraje de inversiones en sus Tratados futuros.¹⁵

Los movimientos académicos y políticos a favor de la modificación o sustitución del actual sistema surgieron de forma pionera y con gran fuerza en Sudamérica, motivados por el recelo a la presunta incerteza jurídica a la que se ven afectos principalmente los Estados en vías de desarrollo cuando son cuestionados ante el CIADI por decisiones adoptadas en uso de facultades propias de un Estado soberano que debe cumplir con obligaciones para con sus ciudadanos y el mejoramiento de su nación. A tal nivel ha llegado esto, que algunos países Sudamericanos, como es el caso de Bolivia y Venezuela, se han retirado del Centro, con el fin de buscar cierta autonomía latinoamericana respecto del sistema del Banco Mundial, y han propuesto la creación de un nuevo Centro, a modo de jurisdicción independiente, llamado UNASUR.¹⁶ En el mismo sentido, recientemente los Estados parte de la Unión Europea también han manifestado sus intenciones de desligarse de la jurisdicción del CIADI y de uniformar el derecho de las inversiones con su propio derecho comunitario, por considerar al modelo existente como “*exento de control, poco transparente, coherente y fiable*” según las palabras de la Dra. Beatriz Sáenz de Jubera Higuero. Desde 2015, la Comisión Europea ha trabajado por la institucionalización y judicialización de un mecanismo, para que se traslade el conflicto de inversiones desde un Centro privado hacia un sistema concreto y especializado, el cual ya no conocería de procedimientos arbitrales, sino como un proceso judicial ante un tribunal especial más.¹⁷

A) Principales cuestionamientos al diseño del sistema actual

¹⁴ KELSEY, Jane, *The Crisis of Legitimacy in International Investment Agreements and Investor-State Dispute Settlement*, en EKINS, Richard; GEE, Graham (ed.), *Judicial Power and the Left* (Londres, Policy Exchange, 2017), pp. 97-105.

¹⁵ PERRONE, Nicolás M., *Los tratados bilaterales de inversión y el arbitraje internacional: ¿en dirección al mejor funcionamiento de las instituciones domésticas?*, en *Revista de Derecho*, 17, (2012), pp. 63-88.

¹⁶ NILO DONOSO, Pablo, *Crisis de legitimidad en el arbitraje inversionista Estado: ¿apariciencia o realidad? ACHMEA, CNUDMI y UNASUR como distintos caminos con rumbo común*, en FIGUEROA, Rodrigo (ed.), *Anuario de Derecho Público* (Santiago, ediciones Universidad Diego Portales, 2018), pp. 227-255.

¹⁷ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz, *Posición actual de la Unión Europea ante el arbitraje de inversiones*, en ALISTE SANTOS, Tomás; SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz; CREMADES SANZ-PASTOR, Bernardo María (ed.), *Problemas actuales del arbitraje internacional de inversiones* (España, Atelier, 2019), pp. 97-114.

Antes que todo, debemos considerar que como parte de los presupuestos bases necesarios para que se desarrolle el arbitraje de inversiones se encuentran los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) y capítulos de inversión de los Tratados de Libre Comercio (TLC), al ser los instrumentos que han de estipular la posibilidad de que ante una eventual controversia entre las partes, se consienta el sometimiento del conflicto ante un Centro arbitral. Dicho esto, actualmente inclusive la utilidad de estos instrumentos está siendo cuestionada. En efecto, durante los últimos 10 años se ha debatido en torno a la idea de que los TLC realmente no serían herramientas aptas para permitir a los países a alcanzar el desarrollo.¹⁸ A pesar de que históricamente, la justificación para proceder a la firma de estos Tratados ha sido permitir el desarrollo del libre comercio para así incrementar el flujo de las exportaciones e importaciones, lo cual se traduciría en un aumento general del producto interno bruto (PIB), y consecuentemente, en el desarrollo del país. Ha adquirido fuerza la idea de que los TLC potencialmente aumentan los niveles de desigualdad, porque la riqueza se sigue concentrando en los sectores más acaudalados, por lo que realmente no beneficiarían a todo el país, sino simplemente a unos pocos. Además, pese a la cantidad de años que han pasado desde la primera firma de uno de ellos, aún hay países como Chile que no han alcanzado el estatus de país desarrollado, cuestionándose así la capacidad efectiva de los mismos para permitir el desarrollo de los países latinoamericanos, en tanto se deja de lado la promoción del emprendimiento del Estado y la protección de ciertos sectores que pudiesen ser más competitivos en el mercado mundial.¹⁹

Ahora en cuanto al arbitraje de inversiones como tal, debido a que son múltiples las áreas desde las cuales se critica al mecanismo ISDS (*Investor-state dispute settlement*), y que el análisis de dicho debate no es el objeto principal del presente trabajo, se procederá a hacer una enunciación de sólo algunas de las críticas más populares.

En primer lugar, tenemos a la cuestionada falta de legitimidad y de transparencia. Es sabido que a la mayoría de los sistemas judiciales del mundo se les exige coherencia, transparencia y responsabilidad. Sin embargo, al modelo actual del arbitraje de inversiones se le permite trabajar de una forma muy distinta. Se critican a “beneficios especiales” tales como la no exigencia de publicidad y permisividad del secretismo cuando las partes así lo desean, o la posibilidad de que los laudos arbitrales no sean vinculantes entre sí, permitiendo que se creen infinitas líneas jurisprudenciales sin que necesariamente haya coherencia entre las misma. Para solucionar este problema, FERNANDEZ sostiene que para poder establecer la legitimidad del arbitraje debiese analizarse “tres elementos básicos, el aumento de la transparencia, el desarrollo de la noción de precedente en la jurisprudencia arbitral y el monitoreo del funcionamiento de los actores (en particular de los árbitros).”²⁰ En ese mismo sentido, FERNANDEZ destaca la necesidad de un marco de control al actuar de los Centros de arbitrajes, no desde la perspectiva del control estatal público y tradiciones, si no de

¹⁸ AHUMADA, José Miguel, *El TLC entre Chile y Estados Unidos: de la euforia a la frustración*, en MARTNER, Gonzalo; RIVERA, Eugenio, (ed.) *Radiografía Crítica del Modelo Chileno* (Chile, Lom, 2013)

¹⁹ Latorre, J. (Agosto 7 2018). *Por qué firmar más TLC no nos llevará al desarrollo*. El mostrador. [Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/columnas/2018/08/07/por-que-firmar-mas-tlc-no-nos-llevara-al-desarrollo/>]

²⁰ FERNÁNDEZ AROYO, Diego P., *El auge del arbitraje frente al debate sobre su legitimidad*, en *The Transformation of Enforcement*, (2013), pp. 261-280.

uno más genérico que venga desde sus mismos usuarios²¹. Entendiendo que promover el acceso público a todos los laudos arbitrales a través de mecanismos centralizados sería un elemento esencial en el mejor desarrollo del derecho arbitral como rama en sí misma. Ahora, pese a estas críticas, me parece que se va por buen camino, toda vez que desde la enmienda a las Reglas del CIADI en 2006, se permite que las partes ajenas a la controversia intervengan en los procedimientos de arbitraje a través de la figura del *amicus curiae*. Asimismo, en virtud de la Regla 48 del CIADI, se deben publicar extractos de las reglas legales aplicadas por los tribunales arbitrales, con el fin de proporcionar acceso público al razonamiento legal de los tribunales.²²

En segundo lugar, nos enfrentamos al problema de la inexistencia de una jurisprudencia vinculante, permitiéndose que se produzcan decisiones arbitrales contradictorias en casos con características y supuestos similares, lo cual conlleva a la incoherencia del sistema. El “precedente” como tal, no existe en el arbitraje de inversiones. La academia está de acuerdo en que la misión del árbitro es solucionar una controversia en particular, con sujetos específicos y hechos propios, en virtud de las obligaciones emanadas de un contrato o AII en concreto. Sin embargo, esta no es una labor automatizada, requiere de la intervención del poder de interpretación del que gozan los árbitros para poder colmar lagunas y apreciar la normativa en conformidad al contexto.²³ Así, los críticos a la falta de jurisprudencia vinculante arbitral sostienen que la razón fundamental para propugnar el desarrollo de una doctrina del precedente es bajo el razonamiento de que la idea de que, cada procedimiento arbitral constituye una porción aislada de la realidad que no concierne a nadie más que a las partes implicadas en el mismo, estaría sumamente obsoleta y denotaría una visión completamente simplista del arbitraje como método de resolución de disputas transnacionales. Bajo su lógica, hoy en día existirían casos tan significativos, cualitativa como cuantitativamente, que convertirían su resultado en un hecho relevante para todos. No sólo para la sociedad civil del Estado anfitrión de un caso en concreto, si no que para todos los actores económicos en general vendrá a ser relevante el fundamento sobre el cual se toman decisiones arbitrales que a su vez se mezclan con temas tales como el medio ambiente, leyes laborales, perspectiva de género, pueblos indígenas y más.²⁴ La jurisprudencia que es capaz de sentar precedente, genera inmediatamente las condiciones base para que podamos hablar de un principio de coherencia. Y tal como lo mencionan múltiples autores, *un mínimo de coherencia es inherente a cualquier marco específico de resolución de disputas y el arbitraje no puede ser una excepción a esta regla, menos aun cuando él está reivindicando ser un verdadero ordenamiento jurídico.*²⁵

²¹ POTESTA, Michele; KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle, *Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism? Analysis and roadmap*, en CIDS- Geneva Center for International Dispute Settlement, (2016), pp. 4-115.

²² CIADI. (2006). *Convenio CIADI, Reglamento y Reglas*. [Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>]

²³ BENTOLILA, Dolores *Hacia una jurisprudencia arbitral en el arbitraje internacional de inversiones*, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, (2012), pp. 373-420.

²⁴ FERNÁNDEZ AROYO, Diego P., cit. (n. 23), pp. 261-280.

²⁵ Véase por ejemplo; GAILLARD, Emmanuel, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, en *Recueil des Cours*. 49 (2007), 9, p. 329. KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle, *Is Consistency a Myth?*, en GAILLARD, Emmanuel; BANIFATEMI, Yas (ed.), *Precedent in International Arbitration* (Nueva York, Juris Publ, 2008), pp. 137-157. LEW, Julian, *The Case for the Publication of Arbitral Awards*, en *Liber Amicorum Pieter Sanders*, (Países bajos, Kluwer, 1982), p. 223. MOURRE, Alexis, *Precedent and Confidentiality in International Commercial Arbitration. The Case for the Publication of Arbitral Awards*, en GAILLARD, Emmanuel & BANIFATEMI, Yas (eds.), *Precedent in International Arbitration*, (Nueva York, Juris Publishing, 2008) p. 39.

Ahora bien, si se considera que el derecho internacional de inversiones no se contiene en un único cuerpo legal y está integrado por más de 2.500 tratados de inversión vigentes en el mundo²⁶, los cuales han sido negociados por partes diferentes, con necesidades y deseos particulares, claramente existirá dificultad en lograr uniformidad en la decisión de los caso. Especialmente cuando el tribunal que conoce *ad hoc* además ha de analizar los términos del Tratado teniendo en cuenta el objeto y fin que tuvieron las partes en mente al contratar. No siendo aceptable interpretar cualquier término de manera genérica. De esta manera, la presencia de divergencias en la interpretación y la falta de un precedente vinculante, podría interpretarse como una consecuencia directa de la ausencia de un único cuerpo legal para el derecho de inversiones.²⁷

Como tercera gran crítica, se encuentra la larga duración y los elevados costos. De acuerdo a un estudio realizado por Allen & Overy en el año 2017²⁸, la duración promedio de un arbitraje es de 4 años y 8 meses²⁹, sin embargo, existen registros entregados por el propio CIADI de que el arbitraje más largo de la historia continuó durante un período de 19 años.³⁰ Por otra parte, el costo promedio en honorarios de abogados, peritos y testigos correspondería en promedio a USD\$4.559.000. Y en cuanto a los costos de acceso a los tribunales CIADI, en promedio ascenderían a USD\$769.000.³¹ Lo anterior, se critica bajo la idea de que es más complejo para los Estados invertir inmensas cantidades de recursos en la resolución de una disputa que para grandes empresas multinacionales, sumado además al grave peligro que representan las eventuales indemnizaciones millonarias para las arcas fiscales de los Estados anfitriones en el caso eventual de ser condenados.³² Sin embargo, no se presentan estudios que demuestren que los Estados asignarían menos recursos a la resolución de una disputa ISDS si esta se celebrase al interior de su jurisdicción o, que en sí mismo, el litigio en los tribunales nacionales es efectivamente menos costoso que el arbitraje en Centros internacionales.³³

²⁶ Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales. (Febrero 7, 2022). *Consulta pública OCDE: Futuro de los tratados de inversión*. [Disponible en: <https://www.subrei.gob.cl/sala-de-prensa/noticias/detalle-noticias/2022/02/07/consulta-p%C3%BAblica-ocde-futuro-de-los-tratados-de-inversi%C3%B3n>]

²⁷ ALVAREZ, Gloria María; BLASKIEWICZ, Blazej; VAN HOOLWERFF, Tabe; KOUTOUZI, Kleopatra; LAVRANOS, Nikos; MITSU, Mary; SPITERI-GONZI, Emma; VERDEGAY MENA, Adrian; WILLINSKI, Piotr, *A Response to the Criticism against ISDS by EFILA*, en *Journal of International Law*. 33 (2016), 1, pp. 1-36.

²⁸ Hodgson, M. (Diciembre 14, 2017). *Investment Treaty Arbitration: cost, duration and size of claims all show steady increase*. Allen&Overy. [Disponible en: <https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/publications/investment-treaty-arbitration-cost-duration-and-size-of-claims-all-show-steady-increase>]

²⁹ CIAR Global. (Junio 4, 2021). *Estudio Análiza Costes, Daños y Duración De Los Arbitrajes De Inversiones*. CIAR Global. [Disponible en: <https://ciarglobal.com/estudio-analiza-costes-danos-y-duracion-de-los-arbitrajes-de-inversiones/>]

³⁰ Aceris Law LLC, (s.f.). *Arbitraje internacional*. International Arbitration Attorney. [Disponible en: <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/investment-arbitration/>]

³¹ Hodgson, M. (Diciembre 14, 2017). *Investment Treaty Arbitration: cost, duration and size of claims all show steady increase*. Allen&Overy. [Disponible en: <https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/publications/investment-treaty-arbitration-cost-duration-and-size-of-claims-all-show-steady-increase>]

³² Saco, V. (Octubre 22, 2020). *Derecho internacional de las inversiones. Respuestas a preguntas a partir de un breve ensayo*. IUS 360. [Disponible en: <https://ius360.com/derecho-internacional-de-las-inversiones-respuestas-a-preguntas-a-partir-de-un-breve-ensayo/>]

³³ ALVAREZ, Gloria María; BLASKIEWICZ, Blazej; VAN HOOLWERFF, Tabe; KOUTOUZI, Kleopatra; LAVRANOS, Nikos; MITSU, Mary; SPITERI-GONZI, Emma; VERDEGAY MENA, Adrian; WILLINSKI, Piotr, *A Response to the Criticism against ISDS by EFILA*, en *Journal of International Law*. 33 (2016), 1, pp. 1-36.

En cuarto lugar, se critica a inexistencia de vías de apelación al laudo. En definitiva, el Reglamento del CIADI no contempla esta posibilidad, sólo se permite por motivos limitados³⁴, volver a recurrir al Centro con el objeto de obtener la anulación del laudo arbitral. En este sentido, no han sido solo políticos o académicos los que han criticado esta falencia del procedimiento, sino que inclusive la propia Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) ha sido partidaria de la necesidad de introducir un mecanismo de apelación y crear una Corte Permanente de Inversiones.³⁵ En este sentido, la Unión Europea se ha planteado la idea de salirse del Convenio que le otorga jurisdicción al CIADI y así, reemplazar a los tribunales ad hoc por una Corte Permanente diseñada de acuerdo al marco regulatorio europeo. Lo anterior, con el objetivo de lograr detener las especulaciones actuales sobre árbitros que tienen incentivos económicos para fallar en contra de la regulación pública, y cambiar esta situación a través del establecimiento de jueces independientes, quienes simplemente debiesen tener como incentivo el deseo resguardar el legítimo interés público. Asimismo, se contaría con la creación de un Tribunal de Apelaciones. Lo cual si bien, por un lado, permitiría a las partes una revisión de la decisión del tribunal, retrasaría aún más los procedimientos, aumentando los costos para todos. Además de las posibilidades de que se interpongan apelaciones infructuosas con la mera intención de elevar los costos de la contra parte o ganar un poco más de tiempo.³⁶

Y, como quinta crítica principal, la presunta falta de imparcialidad de los árbitros y potenciales conflictos de intereses en el caso. Sin embargo, pareciera que hacer este tipo de alegaciones de forma generalizada carece de fundamentos, toda vez sería tarea de las partes el nombramiento de los árbitros. Este se hace mediante la expresión de voluntad de las partes, siendo ellas mismas las que proponen y designan. En ese sentido, sería también su labor, en el caso en concreto, probar cualquier falta de independencia e imparcialidad de los árbitros o cualquier otra irregularidad procesal mediante la recusación de los árbitros. Y de hecho, el CIADI si cuenta con los mecanismos necesarios para recusar a un árbitro en caso de no cumplirse con las exigencias de rectitud e independencia necesarias.³⁷ Los mismos, fueron aplicados durante la tramitación del caso *Blue Bank v. Venezuela*³⁸.

B) Actitud del CIADI ante las críticas

Según mis apreciaciones, el Centro desde su creación siempre se ha mostrado dispuesto a la apertura de diálogo y a posibilidades de evolución y mejoramiento. De hecho, en varias oportunidades desde 1966, como parte de las labores del Consejo Administrativo, órgano de

³⁴ Por ejemplo, Las Reglas del CIADI permiten la anulación de un laudo si: (1) el Tribunal no estaba debidamente constituido; (2) el Tribunal ha excedido manifiestamente sus poderes; (3) hubo corrupción por parte de un miembro del Tribunal; (4) ha habido una seria desviación de una norma fundamental de procedimiento; o (5) que el laudo no ha explicado los motivos en los que se basa.

CIADI. (2006). *Convenio CIADI, Reglamento y Reglas*. [Disponible en:

<https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>

³⁵ UNCTAD, Junta de Comercio y Desarrollo. Documento TD/B/C.II/EM.4/2, 17 de diciembre de 2004, p. 6. [Disponible en http://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/cjiem4d2_es.pdf]

³⁶ ALVAREZ, Gloria María; BLASIKIEWICZ, Blazej; VAN HOOLWERFF, Tabe; KOUTOUZI, Kleopatra; LAVRANOS, Nikos; MITSU, Mary; SPITERI-GONZI, Emma; VERDEGAY MENA, Adrian; WILLINSKI, Piotr, *A Response to the Criticism against ISDS by EFILA*, en *Journal of International Law*. 33 (2016), 1, pp. 1-36.

³⁷ ICSID. (2006). *ICSID Convention, Regulations and Rules*. [Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>]

³⁸ ICSID. (2012). *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*. [Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/1513>]

gobierno del CIADI, en conjunto con los Estados Miembros del Convenio, han trabajado en la elaboración de una Propuesta de Enmiendas al Reglamento y a las Reglas del CIADI³⁹. El 20 de enero de 2022 se puso a disposición de los Estados Miembros el texto definitivo para que emitieran sus votos y se procediese a su aprobación. Es así como, el pasado 21 de marzo de 2022 se logró tal aprobación, cuyas nuevas reglas entrarían en vigor el 1 de julio de 2022.

Los objetivos primordiales de las enmiendas, según las propias palabras del CIADI, son modernizar, simplificar y agilizar las Reglas, para hacer del procedimiento arbitral uno cada vez más efectivo en términos de tiempo y costo, preservando el debido proceso y un equilibrio entre los inversionistas y los Estados.⁴⁰ Estas incorporaron importantes mejoras para el sistema, por ejemplo; el fortalecimiento de los requisitos para la declaración de los árbitros⁴¹, se dispuso la posibilidad de celebrar audiencias públicas⁴², se ampliaron las disposiciones en materia de transparencia para publicar los laudos tan pronto como fuera posible⁴³, se otorgó la oportunidad a las partes no contendientes de realizar presentaciones (escritos *amicus curiae*)⁴⁴, y se introdujo la posibilidad a la demandada de obtener la desestimación temprana de un caso que de forma manifiesta carecía de todo mérito jurídico, entre otras.⁴⁵ En ese sentido, a partir del 1 de julio 2022 potencialmente veremos cambios efectivos, los que quizás podrían llegar a cambiar la opinión de algunos e inclusive, llegar a derribar los argumentos detrás de ciertas críticas a través de su implementación práctica.

Además, me parece importante mencionar que el CIADI, a pesar de sus múltiples críticas, posee una gran virtud. El hecho de otorgar una opción. Particularmente al entregar a la comunidad internacional la posibilidad de acceder a un sistema que permite a través del establecimiento de criterios basados en derecho, resolver conflictos en materia de inversión a partir de un procedimiento pre establecido y serio. El CIADI aplica derecho, y por ende, juzga en base a los establecido por las partes recurrentes en las cláusulas de AII que ellas mismas han pactado. Es por ello, que TRANKMAN sostiene que es injusto estigmatizar al CIADI como el villano en contra de los Estados, cuando a este solo le corresponde aplicar las normas que los propios Estados parte han acordado en materias de inversión extranjera⁴⁶. En ese sentido, el autor estima que es importante hacerle notar a los Estados que son ellos mismos quienes tienen el deber de asesorarse adecuadamente al momento de la redacción y suscripción de Tratados o Convenios.

3. La visión chilena de los Tratados de Inversión

El Estado chileno se encuentra muy abierto a la inversión extranjera. Al ser un país dedicado a la extracción e importación de cobre, litio y yodo, así como también, de productos agrícolas como uvas frescas, arándanos, ciruelas y manzanas deshidratadas, la inversión extranjera, en

³⁹ CIADI. (s.f.). *Propuesta de Enmiendas al Reglamento y a las Reglas del CIADI*. [Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/es/recursos/reglamento/enmendar-de-la-reglamento-y-el-reglas-del-ciadi-documentos-des-trabajo>]

⁴⁰ CIADI. (s.f.) *Acerca de las Enmienda del CIADI*. [Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/es/node/81961>]

⁴¹ CIADI. (2006). *Convenio CIADI, Reglamento y Reglas*. p. 57. [Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>]

⁴² *Ibid.*, p.71.

⁴³ *Ibid.*, p.125.

⁴⁴ *Ibid.*, p.119.

⁴⁵ *Ibid.*, p.121.

⁴⁶ TRANKMAN, Leon, *The ICSID under Siege*, en *Cornell International Journal*. 45, (2012), 3.

conjunto las exportaciones, se han convertidos en uno de los ejes fundamentales de la economía chilena.

En ese sentido, Chile mantiene vigentes 32 Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (APPRI), los cuales otorgan un marco jurídico para regular la inversión recíproca y contemplan mecanismos de solución de controversias ISDS.⁴⁷ Además, de ser parte de 30 Acuerdos económico–comerciales vigentes, y haber celebrado múltiples convenios para evitar la doble tributación con miras a otorgar un tratamiento más favorable a la inversión extranjera procedente de tales Estados en materias tributarias.⁴⁸ Constituyéndose así, la Republica de Chile como parte de una red de Tratados de Libre Comercio con más de 65 economías, provenientes de los cinco continentes del planeta.⁴⁹

A) Ordenamiento jurídico chileno: tratamiento genérico de las inversiones extranjeras y del arbitraje de inversiones

La Constitución del Estado de Chile, vigente desde 1980, no establece actividades económicas que tengan la calidad de reservadas exclusivamente al Estado ni a las personas naturales o jurídicas de nacionalidad chilena.⁵⁰ Por ende, se permite la participación de privados, tanto nacionales como extranjeros, sin discriminación en todos los sectores económicos.⁵¹ Siguiendo esa misma lógica, es que dentro de la legislación ordinaria chilena tampoco se han establecido limitaciones de ese orden. Así, por ejemplo, en el Código de Comercio no se establecen prohibiciones a la posibilidad de que el capital extranjero pueda representar hasta el 100% del capital de una empresa, en consecuencia, se admite esta posibilidad. De esta forma, el ordenamiento jurídico chileno le otorga la posibilidad a los inversionistas extranjeros de acceder a las garantías establecidas tanto por las leyes como por Tratados internacionales, de conformidad al inciso segundo del artículo quinto de la Constitución.⁵² Lo cual vendría a otorgar a la inversión extranjera en el Estado chileno estándares de protección internacional.

En cuanto a la protección específica de la inversión extranjera dentro del derecho nacional, la protagonista vendría siendo la Ley Marco de la Inversión Extranjera Directa en Chile (Ley 20.848 o “Ley IED”)⁵³, vigente desde 2016, como la encargada de regular el marco para la Inversión Extranjera Directa. Esto es, el régimen aplicable a las personas naturales y jurídicas constituidas en el extranjero, no residentes ni domiciliadas en Chile, que transfieran capitales al país, cuya inversión fuere igual o superior a los USD\$5.000.000 o su equivalente en otras

⁴⁷ Subsecretaría de Relaciones Económicas. (s.f.). *Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones*. [Disponible en: <https://www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales/acuerdos-de-promocion-y-proteccion-reciproca-de-las-inversiones>]

⁴⁸ DÍEZ PÉREZ-COTAPOS, Cariola. *Como hacer negocios en Chile 2020*. (Chile, Cariola Díez Pérez-Cotapos SPA, 2020).

⁴⁹ Biblioteca del Congreso Nacional (BCN). (s.f.). *Tratados Internacionales firmados por Chile*. [Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/consulta/tratados_por_pais]

⁵⁰ Constitución Política de Chile. (1980). Artículo 19. *Gaceta Asamblea Constituyente de 1980 N. 21*. [Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_chile.pdf]

⁵¹ Constitución Política de Chile (1980). Artículo 19. *Gaceta Asamblea Constituyente de 1980 N. 22*. [Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_chile.pdf]

⁵² Constitución Política de Chile (1980). Artículo 5. *Gaceta Asamblea Constituyente de 1980 N. 2*. [Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_chile.pdf]

⁵³ Ministerio de Hacienda. (s.f.) *Ley 20848 Establece Marco Para La Inversión Extranjera Directa En Chile Y Crea La Institucionalidad Respectiva*. BCN. [Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1078789>]

monedas extranjeras.⁵⁴ Esta ley tiene como principios fundantes a la libertad económica y a la no discriminación arbitraria, sea directa o indirecta, sujetándose el inversionista extranjero al mismo régimen jurídico aplicable a los inversionistas nacionales.⁵⁵ Y también, le otorga una serie de derechos básicos al inversionista extranjero tales como; (1) acceso al Mercado Cambiario Formal para liquidar las divisas constitutivas de su inversión y la repatriación de capital y utilidades, siendo el tipo de cambio aquél que libremente se acuerde con la respectiva entidad del MCF. Y a (2) a remesar el capital transferido y las utilidades líquidas que sus inversiones generen, una vez cumplidas las obligaciones tributarias correspondientes, (3) a solicitar la exención del impuesto al valor agregado (IVA) en la importación de bienes de capital y (4) solicitar el Certificado de Inversionista Extranjero/a emitido por la Agencia de Promoción de la Inversión Extranjera.⁵⁶

Ahora bien, en cuanto a la vigencia de los contratos de inversión extranjera celebrados bajo el anterior régimen IED, es decir, a los contratos de inversión extranjera suscritos hasta el 31 de diciembre de 2015 entre el Estado de Chile y los inversionistas extranjeros al amparo del Decreto Ley 600 de 1974⁵⁷ mantendrán su plena vigencia y, en consecuencia, los respectivos inversionistas extranjeros conservarán todos los derechos y obligaciones contemplados en los referidos contratos de inversión extranjera.⁵⁸ La administración de dichos contratos extranjeros corresponderá a la Agencia de Promoción de la Inversión Extranjera (APIE), institución encargada de ser la continuadora legal del anterior Comité de Inversiones Extranjeras.⁵⁹

B) El Programa de Defensa en Arbitrajes de Inversión Extranjera de SUBREI

Dentro de todo aparataje estatal, es recomendable que exista algún órgano o institución eminentemente abocado a la defensa del Estado en caso de disputas inversor-Estado (ISDS). Lamentablemente, cuando Chile recibió su primera demanda ante el CIADI en 1997, en el caso *Víctor Pey y Fundación Presidente Allende v. Chile*, no se encontraba pre determinado cual institución sería la encargada de manejar la defensa del Estado y todos los trámites y actuaciones aparejadas a este, en pos de la protección de los intereses del país ante una demanda de arbitraje de inversión.⁶⁰ Debido a la inexperiencia chilena, la defensa del Estado estuvo a cargo de entidades no especializadas ni enfocadas únicamente a esta tarea. Pasando por manos de la Secretaría General de la Presidencia, luego del Ministerio de Economía y finalmente, a través de su consagración en el Artículo 12 inciso 8 de la Ley N°21.080, la defensa de los derechos e intereses de Chile en las controversias que involucren al Estado de Chile en materias internacionales quedó

⁵⁴ Banco Central de Chile. (s.f.). *Inversión Extranjera Directa (IED)*. [Disponible en: <https://www.bcentral.cl/web/banco-central/areas/estadisticas/inversion-extranjera-directa-ied#:~:text=La%20IED%20es%20la%20categor%C3%ADa,de%20su%20inversi%C3%B3n%20lo%20que>]

⁵⁵ InvestChile. (2015). *Nuevo Régimen en Materia de Inversión Extranjera, Ley 20.848*.

⁵⁶ InvestChile. (Diciembre 31, 2021). *Cómo Invertir en Chile: ¿Qué garantías a la inversión ofrece Chile?* [Disponible en: <http://blog.investchile.gob.cl/blogs/garantias-inversion-extranjera-chile>]

⁵⁷ Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción; Subsecretaría de Economía, Fomento y Econstrucción. (1974). *Decreto Ley 600 Estatuto de la Inversión Extranjera*. BCN. [Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=74454>]

⁵⁸ BCN. (s.f.). *Historia de la Ley N. 20.848*. BCN. [Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=74454>] [<https://www.bcn.cl/historiadelaley/historia-de-la-ley/vista-expandida/4027/>]

⁵⁹ InvestChile. (2015). *Nuevo Régimen en Materia de Inversión Extranjera, Ley 20.848*.

⁶⁰ Equipo Estado Diario. (Julio 1, 2020). *La Defensa del Estado de Chile en Arbitrajes de Inversión*. Estadodiaro. [Disponible en: <https://estadodiaro.com/al-aire/la-defensa-del-estado-de-chile-en-arbitrajes-de-inversion/>]

a cargo de la Subsecretaría de Relaciones Exteriores, organismo dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores.⁶¹

De esta manera, actualmente la Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales es *la entidad encargada de la coordinación y administración de los tratados en materia de relaciones económicas internacionales, y de las eventuales reclamaciones en materias relativas a inversión extranjera.*⁶² Y, para que esta pudiese actuar de la manera más eficiente y eficaz posible en el cumplimiento de sus objetivos, es que durante el año 2016, por vía del Decreto Supremo 125, se creó el “Comité Interministerial para la Defensa del Estado en Controversias Internacionales en Materiales Relativas a Inversiones”. El cual cumple una función tanto de supervisión como de asesoría, al proponer estrategias y medidas específicas al Presidente/a de la República para la coordinación, defensa y representación del Estado en disputas de inversiones.⁶³

Según información otorgada por la propia SUBREI, el Programa de Defensa en Arbitrajes de Inversión Extranjera es el encargado de defender a Chile ante eventuales controversias, sin embargo, su labor no es meramente la de coordinar con el estudio jurídico que asesore al Estado en su defensa, sino que actúa como Secretaría Técnica del Comité, centralizando la información de las disputas y haciendo seguimiento de los casos que presuntamente pudiesen culminar en potenciales controversias, esto con el objetivo de evitar el escalamiento de conflictos en la materia. Así las cosas, esta comienza a trabajar antes de que si quiera se presente una solicitud de arbitraje demandando al Estado chileno. Y para lograr dicho cometido, el Programa debe llevar adelante diversos procesos de consultas y negociaciones con el inversionista, y a su vez, procurar la coordinación entre las instituciones públicas del Estado involucradas directa o indirectamente en la controversia, para así determinar la postura del Fisco.⁶⁴ Asimismo, entre otras de sus funciones relevantes, el Programa es el encargado de capacitar funcionarios públicos para que conozcan las obligaciones internacionales contraídas por Chile y de determinar la postura que llevará el Estado chileno a los Consejos Administrativos tanto del CIADI y de la CNUDMI en los procesos de reforma de los respectivos sistemas de resolución de controversias.⁶⁵

C) La postura crítica de la Convención Constitucional

⁶¹ Ministerio de Relaciones Exteriores. (2018). *Ley 21080. Modifica Diversos Cuerpos Legales con el Objeto de Modernizar el Ministerio de Relaciones Exteriores.* BCN. [Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1116334>

⁶² Subsecretaría de Relaciones Económicas. (s.f.). *Programa de Defensa em Arbitrajes de Inversión Extranjera.* [Disponible en: <https://www.subrei.gob.cl/ejes-de-trabajo/soluci%C3%B3n-de-controversias-inversionista-estado#tab-lateral-2>]

⁶³ Subsecretaría de Relaciones Económicas. (Enero 22, 2021). *El silencioso equipo legal que lleva la defensa de Chile en juicios económicos internacionales.* [Disponible en: <https://www.subrei.gob.cl/sala-de-prensa/noticias/detalle-noticias/2021/01/22/el-silencioso-equipo-legal-que-lleva-la-defensa-de-chile-en-juicios-econ%C3%B3micos-internacionales>]

⁶⁴ Oficina de Estudios y Relaciones Internacionales del CAM Santiago. (Octubre, 2021). *Mairée Uran Bidegain y el Programa de Defensa en Arbitrajes de Inversión Extranjera de la Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales de Chile.* [Disponible en: <https://www.camsantiago.cl/mairee-uran/>]

⁶⁵ Subsecretaría de Relaciones Económicas. (s.f.). *Quiénes Somos.* [Disponible en: <https://www.subrei.gob.cl/nosotros/quienes-somos#:~:text=De%20acuerdo%20con%20la%20Ley,materia%20de%20relaciones%20econ%C3%B3micas%20internacionales.>]

Como se mencionó en la introducción, tal y como el arbitraje de inversiones está sufriendo una crisis de legitimidad en el mundo, también está siendo objeto de críticas en Chile. Existen académicos que constantemente publican artículos en contra de este⁶⁶, pero a mi parecer, el sector que más amenaza a la inversión extranjera en Chile y a sus mecanismos de resolución de disputas asociados, es el sector político. Específicamente, la Convención Constitucional. Es decir, el órgano con origen en la Ley 21.200 de reforma constitucional, que fue habilitado por el plebiscito del 25 de octubre de 2020, y cuya misión es redactar y aprobar la propuesta de una nueva Constitución de la República.⁶⁷

El pasado 21 de marzo 2022, desde la Comisión de Economía de la Convención, se aprobó un artículo que expresamente establecía que “*El Estado no podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que reconozca jurisdicción a instancias de arbitraje internacional, en controversias de índole comercial, entre el Estado e inversionistas extranjeros.*”⁶⁸ Otorgándole un plazo de dos años al Presidente de la República para que re negociara todos los Tratados Internacionales vigentes contrarios a esta disposición. Lo cual, sin duda equivale a una modificación significativa del ordenamiento jurídico chileno actual y de la principal estrategia de comercio internacional y desarrollo económico del país.

Esto se decidió en base a una iniciativa convencional presentada por Mauricio Daza, Manuela Royo, Vanessa Hoppe, Hugo Gutiérrez, Carolina Sepúlveda, Jorge Abarca, Wilfredo Bacian, Paulina Valenzuela y Camila Zárate.⁶⁹ En el documento oficial presentado, se inicia por reconocer que Chile es uno de los países sudamericanos que más TLC ha firmado y que si bien, se podría sostener que ayudaron en el despegue de la economía desde los años noventa, sin embargo, esto ha traído aparejado ciertos costos. El auge de las importaciones afecta el desarrollo de empleo en sectores de producción nacional y a su vez, en virtud de los proyectos extractivistas de recursos naturales se ha dejado en estado de abandono a las comunidades que habitan a los alrededores de las industrias exportadoras. Asimismo, se critica la supuesta amenaza al “derecho a regular” que conllevaría la firma de los Tratados de Protección de Inversiones, debido a que los mecanismos de resolución de controversias, tal como es el caso del arbitraje de inversiones ante el CIADI, por presuntamente tener un sesgo pro-empresarial muy marcado, careciendo de independencia necesaria e interpretando muy restrictivamente las obligaciones establecidas en los AII, limitando así, la capacidad regulatoria del Estado al obstaculizar procedimientos legislativos que, por ejemplo, no buscasen expropiar sino simplemente reducir externalidades negativas, Bajo esta lógica, se identifica el gran problema del “enfriamiento regulatorio” producto del arbitraje asimétrico, pues los Estados dejarían de hacer las políticas públicas necesarias ante el temor a exponerse a demandas en un sistema sesgado donde tienden a perder. Problema que nuevamente, más que tener raíz en el foro (CIADI), lo tendría en el amplio margen interpretativo que el sistema les entrega a los árbitros y en el sistema de selección de los mismos.

⁶⁶ Véase la bibliografía de Nicolas M.Perroné. Ejemplo, *Investment Treaties and the Legal Imagination: How Foreign Investors Play By Their Own Rules* (2021); *Making Local Communities Visible: A Way to Prevent the Potentially Tragic Consequences of Foreign Investment?* (2018); *International Investment Law, Development and Sovereignty: No Harm?* (2016)

⁶⁷ Convención Constitucional. (s.f.). *El Mandato*. [Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/que-es-la-convencion-constitucional/>]

⁶⁸ Convención Constitucional. (2022). *Iniciativa Presentada Por Convencionales Constituyentes Sobre “Tratados Internacionales De Inversiones”*. [Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/02/820-Iniciativa-Convencional-Constituyente-del-cc-Mauricio-Daza-sobre-TTII.pdf>]

⁶⁹ Ibid.

Así las cosas, a los convencionales les pareció sensata la posibilidad de prohibir constitucionalmente que el Ejecutivo firme más Tratados que entreguen a tribunales arbitrales el conocimiento de disputas por IED. Ya que mencionan inclusive temor a que a través del arbitraje de inversiones se pudiese llegar a impedir la efectiva implementación de la Nueva Constitución, en caso de que esta llegase a ser aprobada en el plebiscito de salida. En ese sentido, se establece como excepción la posibilidad de firma de AIIs siempre que estos “*contemplan mecanismos para la resolución de controversias entre Estados e inversionistas por órganos jurisdiccionales integrados por jueces permanentes designados por los países signatarios.*”⁷⁰ Lo anterior, básicamente parece indicar que los convencionales apuntan a seguir el modelo que durante los últimos años ha propuesto la Unión Europea para implementar al interior de su comunidad. Es decir, reemplazar los tribunales ad hoc por una Corte Permanente.⁷¹ O inclusive como lo señala explícitamente el documento iniciativa; “*puedan incluir una o más Cortes Multilaterales de Inversiones.*”⁷²

Ahora bien, esta iniciativa convencional simplemente llegó a ser pre aprobada, y no logró ser formalmente parte del consolidado de normas aprobadas para la Propuesta de Borrador Constitucional por el pleno de la Convención Constituyente publicado en mayo de este año. En efecto, este último no prohíbe la celebración de Tratados que reconozcan jurisdicción a centros de arbitraje internacional, sino que simplemente establece que “*al negociar los tratados o instrumentos internacionales de inversión o similares, el Presidente de la República procurará que las instancias de resolución de controversias sean, preferentemente, permanentes, imparciales e independientes.*”⁷³ Enunciado que parece mucho más moderado que el planteado en primera instancia. Dicho esto, la propuesta definitiva de Nueva Constitución no será entregada hasta el 4 de Julio, fecha en que esta investigación ya habrá concluido por lo que no podrá ser parte de este trabajo el análisis del articulado definitivo. Sin embargo, aun siendo una mera posibilidad, estimo relevante especular sobre sus eventuales efectos en caso de convertirse en ley vigente, por lo cual, esta temática volverá a ser abordada durante el tercer capítulo.

CAPÍTULO II: ESCRUTINIO POR PARTE DEL CIADI A LAS POLÍTICAS ESTATALES. ESTUDIO CASUÍSTICO.

1. Potestad política y legislativa del Estado soberano dentro del arbitraje de inversiones.

En el entendido de que el objeto de este trabajo no es cerrar el debate en cuanto al controvertido concepto de potestad estatal, el siguiente apartado estará construido en base a lo propuesto por ZÚÑIGA, quien en su trabajo si bien no define directamente, si delimita las implicancias del concepto, entendiendo que “*a partir del concepto de potestad se concluye que el Estado*

⁷⁰ ARTICULO [XX, inciso segundo]. Sobre la resolución de controversias en los Tratados de Inversiones Convención Constitucional. (2022). *Iniciativa Presentada Por Convencionales Constituyentes Sobre “Tratados Internacionales De Inversiones”*. [Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/02/820-Iniciativa-Convencional-Constituyente-del-cc-Mauricio-Daza-sobre-TTII.pdf>]

⁷¹ Unión Europea, Estados miembros al Grupo de Trabajo III de la CNUDMI. (2019). *Creación de un mecanismo permanente para la solución de controversias internacionales en materia de inversiones*. [Disponible en: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/february/tradoc_157682.pdf]

⁷² Convención Constitucional. (2022). *Iniciativa Presentada Por Convencionales Constituyentes Sobre “Tratados Internacionales De Inversiones”*. [Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/02/820-Iniciativa-Convencional-Constituyente-del-cc-Mauricio-Daza-sobre-TTII.pdf>]

⁷³ Convención Constitucional. (2022). *Consolidando Normas Aprobadas para la Propuesta Constitucional por el Pleno de la Convención*. p. 33-35. [Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/05/PROPUESTA-DE-BORRADOR-CONSTITUCIONAL-14.05.22.pdf>]

*no puede estar obligado, ligado o limitado más que en virtud de su propia voluntad (soberanía), base de la doctrina de la "auto-limitación"*⁷⁴.

Como se ha mencionado anteriormente, últimamente se ha popularizado la idea de que un Estado acuda a un Centro de arbitraje internacional y permita que una Corte de conformación no permanente decida sobre materias que incluyan asuntos de Estado equivale a una cesión de poder y de soberanía inmensa. Sin embargo, es momento de presentar ciertas cuestiones que no apuntan en la misma dirección que tal idea. Recordemos, que sólo los Estados pueden crear normas de derecho internacional, no así, los jueces de tribunales internacionales. Esta es la premisa base que representa cómo se consagra la potestad política de los Estado en el derecho internacional. Así, por ejemplo, en el ámbito del arbitraje internacional, en caso de lagunas jurídicas, los árbitros no tienen la competencia para simplemente crear una norma jurídica que la complete. Pues, mientras que los Estados no tengan la voluntad política de regularla mediante alguna norma internacional, el vacío normativo ha de permanecer, y lo único que puede hacer el juez es a través de la interpretación y deducción dotar de contenido dicho vacío únicamente para la solución del caso en concreto. Lo anterior, es una consecuencia derivada del sistema de fuentes del derecho internacional, pues prevalecen las normas en las que se evidencia la voluntad de los Estados durante su proceso de formación.

Es importante considerar también que, al interior del sistema internacional del derecho, las sentencias judiciales y las decisiones de los tribunales, incluyendo a los laudos arbitrales, no son automáticamente vinculantes por sí mismas. Se necesita que el Estado con anterioridad a su pronunciamiento haya consentido en la posibilidad de que asuntos que lo involucren puedan conocerse ante la jurisdicción de ese tribunal. Sin ese consentimiento previo, los Estados no se pueden entender comprometidos a acatar el fallo. Esto, a pesar de la presunción de validez con la que cuentan los laudos arbitrales, y que en teoría, obligaría directamente a los Estados a reconocer los laudos como obligatorios, salvo circunstancias extraordinarias y taxativas.⁷⁵ En conformidad a lo último, se entiende que pronunciado un laudo en que durante su tramitación el Estado consintió el conocimiento del Centro, luego no podrá desconocerlo a fin de evitar hacer ejecutar lo juzgado. Es por ello que, la Convención del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) ha establecido en su artículo 54 que “*los Estados contratantes deben reconocer el laudo que dirime una controversia relativa a una inversión y ejecutarlo dentro de su territorio como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal doméstico.*”⁷⁶ Y asimismo, en virtud de los artículos 52 y 53, no se contempla la posibilidad de que cortes nacionales puedan revisar el laudo. Imponiéndose así, una barrera muy clara en la posibilidad de que jueces aleguen incompatibilidad del laudo con el ordenamiento interno con el fin de no seguir la ejecución del laudo, y por ende, incumplir la obligación internacional.⁷⁷

⁷⁴ ZÚÑIGA URBINA, Francisco, *Controles de la Potestad Legal y Reglamentaria*, en *Ius et Praxis*. 7 (2001) 2, pp. 105- 178.

⁷⁵ OSSA, Felipe, *El Orden Público en el Arbitraje Comercial Internacional: la experiencia chilena y comparada*, en MCLEAN, Magaly (ed.), *Arbitraje Comercial Internacional. Reconocimiento y ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros* (Estados Unidos, OAS Cataloging-in-Publication Data), pp. 331- 342. [Disponible en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_comercial_publicaciones_Reconocimiento_y_Ejecucion_de_Sentencias_y_Laudos_Arbitrales_Extranjeros_2015.pdf]

⁷⁶ CIADI. (2006). *Convenio CIADI, Reglamento y Reglas*. [Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>]

⁷⁷ Bohoslavsky, J., Justo, J. (2011). *Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

Ahora bien, entender que el Estado al otorgar su consentimiento renuncia a la posibilidad de que el laudo sea revisado por tribunales nacionales es algo muy diferente a que el Estado renuncie a ejercer libremente su poder regulatorio por el mero hecho de haber consentido en la firma de un AII. En ese sentido, la opinión del árbitro disidente, Pedro Nikken, en el caso *Suez y otros v. Argentina* es muy clara y propone una visión sumamente interesante, al entender que la renuncia a ejercer el poder regulatorio de un Estado soberano con miras al cumplimiento de una obligación internacional no es una cuestión presumible. En efecto, “*el poder regulatorio es esencial para la realización de los fines del Estado, de modo que la renuncia a ejercerlo es un acto extraordinario que debe surgir de un compromiso inequívoco, más aún cuando está en juego su capacidad para ocuparse de una grave crisis. (...) Como lo dijo el Tribunal de Continental, “un país actuaría en forma imprudente si prometiera abstenerse de modificar su legislación aunque la época y las circunstancias varíen, o, aún más, si se atara las manos a través de una estipulación de ese género para el caso de que se produjera un tipo de crisis de cualquier género u origen.” Tal compromiso tocaría competencias esenciales del Estado, a las cuales sería inconcebible que renunciara tácitamente. Una obligación convencional, mediante la cual el Estado garantiza la estabilidad de su orden legal y que renuncia al ejercicio del poder regulatorio, debe ser explícita y no puede presumirse a través de una declaración implícita, diluida en expresiones generales y ambiguas relativas a un estándar de tratamiento a las inversiones (ni del preámbulo de un tratado, de paso sea dicho).”*⁷⁸ Así, NIKKEN entiende que la renuncia sólo podría hacerse de forma expresa, y es en este sentido, que no podemos presumir que el hecho de firmar un contrato, convenio o AII implicaría que el Estado está cediendo parte de su poder soberano. Sus palabras traen consigo nuevos aires interpretativos al tan cuestionado CIADI. Ya que se reconoce explícitamente en este laudo que Argentina aun siendo parte de múltiples AII y contratos derivados de los mismos, como Estado soberano conserva su legítimo poder regulatorio. Lo que permite que nuevas tendencias jurisprudenciales en el CIADI, consideren especialmente los contextos sociales de los países para evaluar la forma en que estos realizan actos de Estado al momento de pronunciarse sobre el caso.

2. Concepto de responsabilidad internacional y vinculatoriedad de las decisiones del CIADI

La mera existencia de los sistemas de solución de controversias inversor-Estado presupone del reconocimiento a Estados independientes que sean capaces de desplegar su poder soberano sobre su territorio y su población, pues el derecho internacional reconoce y respeta el hecho de que los Estados disponen del uso exclusivo de la coercibilidad para imponer dentro de sus fronteras sus normas de conducta a través de la ley, sobre bienes y personas. Siendo los mismos quienes determinarían ingreso de personas, bienes o inversiones a su territorio. En ese sentido, cuando un Estado comienza a relacionarse con otros Estados, en uso de su poder soberano, mediante la ley o Tratados, puede permitir, prohibir o exigir los requisitos que estime conveniente a los inversores extranjeros.⁷⁹ Sin embargo, a medida que el Estado crea relaciones jurídicas con otros debe respetar los acuerdos bilaterales o multilaterales que firme. Y justamente, cuando decida no hacerlo, es cuando puede producirse la comisión de un hecho internacionalmente ilícito, dando lugar a la responsabilidad internacional.

La responsabilidad internacional del Estado atiende a “*la acción u omisión de cualquier autoridad pública contraria a los mandatos convencionales constituye un hecho ilícito imputable al Estado que compromete*

⁷⁸ Nikken, Pedro. (2019). Caso CIADI. *Opinión disidente árbitro Pedro Nikken*. [Disponible en: <https://carlosesposito.files.wordpress.com/2010/08/suez-argentina-2010-opinion-separada.pdf>]

⁷⁹ Bohoslavsky, J., Justo, J. (2011). *Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

*su responsabilidad. Con motivo de aquélla nace para el Estado una relación jurídica nueva que consiste en la obligación de responder —algo que dista de limitarse al pago de una simple indemnización— y frente a la cual ninguna disposición o instituto de derecho interno puede oponerse. Admitir esa posibilidad importaría privar de eficacia a la protección transnacional de los derechos.*⁸⁰ Y se hace importante entenderla, porque precisamente la responsabilidad que se atribuye a los Estados en un procedimiento de arbitraje de inversiones es de tipo internacional. Esto en virtud de que el Tribunal decide principalmente en consideración a los principios y normas del derecho internacional en general, y también, a lo establecido por los Tratados celebrados entre el Estado anfitrión y el Estado del que sea nacional el inversionista extranjero, así como también, los demás Tratados que hayan sido celebrados con terceros que le sean aplicables de acuerdo al caso. Tal así, que por ejemplo, en el *Caso Teinver S.A v. Argentina*, el laudo final en su párrafo 1001⁸¹, denota claramente la visión de un Tribunal que consideró que una expropiación puede ser llevada a cabo de acuerdo a lo establecido por el derecho local y aun así ser considerada ilícita para el derecho internacional si no cumple con sus estándares y principios básicos.

Por tal, los Estados deben ser cuidadosos y no creer que por simplemente el hecho de contar con una regulación interna que respete los derechos fundamentales estarán libres de cualquier tipo de responsabilidad, sino que, tendrán que procurar que sus prácticas estatales no colisionen con lo dispuesto en otros instrumentos internacionales, ya sea por una acción u omisión.⁸² Así las cosas, todo Estado que asuma obligaciones en el marco de un Tratado, posteriormente no podrá invocar otro Tratado como justificación para el incumplimiento del primero sin que sea calificado como responsable internacionalmente. Idea que refuerza el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969⁸³, en la cual se establece que los Estados no pueden por razones de orden interno dejar de atender la responsabilidad internacional ya establecida.

De esta manera, para que se estime como legítima la limitación de un derecho ha de tener un necesario correlato con la protección de otro, lo cual debe ser argumentado y probado por el Estado en orden de probar su irresponsabilidad. Como consecuencia de esto, por ejemplo en relación con controversias relativas a inversiones, el Estado anfitrión que se vea cuestionado por la ejecución de medidas en virtud de su poder soberano que pudiesen traducirse en una restricción de los derechos que el inversor extranjero ha adquirido en virtud de un AII, deberá probar que dichas medidas han tenido como objetivo concreto el cumplimiento de sus obligaciones en materia de aseguramiento a niveles mínimos de acceso a derechos sociales cuya afectación con la medida adoptada ha pretendido prevenir o subsanar. Si el Estado es capaz de probar el correlato entre la medida y su deber de protección, existe un efectivo cumplimiento de su deber positivo. De lo contrario, se enfrenta a la posibilidad de ser encontrado responsable de

⁸⁰ BAS VILIZZIO, Magdalena; MICHELINI, Felipe, *Arbitraje de inversiones y derechos humanos: un análisis particular del caso Philip Morris contra Uruguay* (Uruguay, Bibliotecaplural, 2017)

⁸¹ “Una expropiación que se lleva a cabo de acuerdo con la legislación local puede satisfacer esta parte de la prueba, pero puede seguir siendo ilícita para el derecho internacional si no se han cumplido las restantes condiciones relativas a la expropiación lícita.” Centro Internacional De Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (2017). Laudo. *Procedimiento entre Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. y La República Argentina*. [Disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9237.pdf>]

⁸² Bohoslavsky, J., Justo, J. (2011). *Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

⁸³ UNTS. (1969). *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados* [Disponible en: https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf]

un ilícito internacional, no por el hecho de ejercer su poder soberano, si no por haberlo hecho apartándose de las finalidades tenidas en miras por el ordenamiento convencional para su otorgamiento. Esto en virtud de que, si bien los inversores y sus derechos están protegidos en virtud de Tratados, sus actividades no pueden estimarse como exentas indudablemente de la posibilidad de que el Estado despliegue sobre ellas sus potestades regulatorias, o de lo contrario se vería limitada la soberanía estatal y su capacidad protectora.⁸⁴ De todas maneras, al momento de aplicación de cualquier de Tratado, quien debería encargarse de evitar cualquier posibilidad de incumplimiento es, precisamente, el funcionario interno del Estado como agente inicial de control, pues el deber estatal de protección se destaca por considerarse rasgo de la esencia de las obligaciones internacionales en general.

Dicho esto, me parece importar destacar que no toda cesión de soberanía es en sí misma, mala o indeseable. Por ejemplo, en el caso de los Tratados de derecho humanos, desde su ratificación, no existe parte del territorio de un Estado que se vea exento de su seguir su compromiso. El nivel de cesión de soberanía sigue siendo alto, simplemente se estima como algo aceptable en razón a que se ha atendido de modo generalizado como “una buena y justa causa”, por tanto, dicha cesión sería proporcional a la recompensa obtenida, en consideración a la dificultad e importancia de promover y proteger a los derechos humanos.

Es más, en materia de derechos fundamentales, por ejemplo, podríamos aventurarnos a afirmar que es en el área en el cual los Estados más ceden “soberanía” respecto de tribunales internacionales. De hecho, para Chile la mejor representación de esto sería su experiencia ante la Corte Internacional de Derechos Humanos. Institución cuya fuerza decisoria es inmensamente vinculante para sus Estados firmantes, ya que cuenta con las facultades para efectivamente exigir cambios regulatorios o revocación de sentencias de tribunales nacionales, en razón de que sus pronunciamientos son obligatorios para los Estados en cada caso concreto, de conformidad con los artículos 62.3 y 68 del Pacto de Costa Rica.⁸⁵ En concreto, lo anterior le ha ocurrido a Chile en más de una ocasión. Por ejemplo, a raíz del pronunciamiento de la Corte en el caso “*La Última Tentación de Cristo*”,⁸⁶ Chile se vio compelido a la modificación de su propia Constitución. O como en el año 2006 a raíz del caso “*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*”⁸⁷ se dispuso que el Estado debía dejar sin efecto las resoluciones y sentencias judiciales ya dictadas. E inclusive, como consecuencia de lo fallado tras el caso “*Claude Reyes y otros vs. Chile*”⁸⁸ la Corte IDH condenó a la modificar su legislación doméstica, imponiendo a Chile el deber de dictar una nueva normativa sobre el derecho de acceso a la información pública. Estos pues, las sentencias de la Corte IDH son atrapantes no sólo para el caso juzgado, sino también para todo el Estado en asuntos similares.⁸⁹

⁸⁴ Bohoslavsky, J., Justo, J. (2011). *Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

⁸⁵ Corte Interamericana De Derechos Humanos. (2019). *ABC Corte Interamericana de Derechos Humanos 2019. El cómo, cuándo, dónde y porque de la corte interamericana de derechos humanos*.

⁸⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001). Sentencia. *Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*.

⁸⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). Caso. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile Sentencia de 26 de septiembre de 2006*.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ HITTERS, Juan Carlos, *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)*, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*.10 (2008), pp. 131-156.

Diferente es el caso del CIADI, pues este no discute política, discute principalmente derecho privado, y por lo mismo, si bien sus laudos han de entenderse obligatorios para las partes, no cuenta con una fuerza de ejecución para pedir revertir políticas públicas o normas como si la tiene la Corte IDH. El Artículo 54 de la Convención CIADI “*exige a todos los Estados Contratantes que reconozcan el carácter vinculante del laudo y que hagan cumplir las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratase de una sentencia firme de uno de sus tribunales locales.*”⁹⁰ Sin embargo, como existen sistemas procesales tan diversos alrededor del mundo, el CIADI no ha pre establecido metodologías específicas de cumplimiento interno del laudo, sino que entrega la libertad a cada Estado de ejecutarlo de acuerdo a su propio sistema jurídico⁹¹ Es así a tal nivel, que en su inciso tercero se consagra que “*el laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda.*”⁹²

3. Consideraciones sobre derechos fundamentales

Para observar la relación entre derechos fundamentales y el arbitraje de inversiones, primeramente debemos tomar en consideración que, como una consecuencia de su descendencia desde el derecho internacional privado, el derecho internacional de inversiones, así como sus fuentes y principios, se construye a partir de la coexistencia de diversas fuentes normativas. En efecto, MEREMINSKAYA sostiene que este está compuesto por relaciones jurídicas complejas estructuradas a través de figuras contractuales propias del derecho nacional de un Estado que a la vez gozan de protección en el derecho internacional privado y/o público.⁹³ Por lo cual no podemos afirmar que existe un único cuerpo normativo al que pueda recurrirse para ver qué asuntos se regulan y cuales no, ni tampoco para determinar concretamente la extensión de este derecho. Sino que, el derecho de inversiones se encuentra en constante creación y evolución, siendo resultados de los puntos de contacto o confluencia entre los ordenamientos nacionales e internacionales. De esta manera, la materia que se regule mediante un AII y el nivel de protección que se le otorgue dependerá de lo convenido bilateral o multilateralmente por las partes.

En consideración a que la mayoría de los AII no contiene referencias explícitas a los derechos humanos, durante muchos años, tanto a la doctrina como a la jurisprudencia, sostuvieron que el régimen jurídico de protección de las inversiones y el de esos derechos eran dos caminos totalmente bifurcados, cuyas posibilidades de confluencia son prácticamente nulas. Esto, apoyado por varios laudos arbitrales que ignoraron la incidencia que los derechos humanos pudiesen llegar a tener en determinados casos al momento de dirimir una controversia entre el Estado receptor y el inversor. Sin embargo, esta postura tradicional ha ido evolucionando, y es así como hoy contamos con varios autores que discuten sobre la posibilidad de una confluencia.⁹⁴ Inclusive, considerando que no solamente los Estados anfitriones invocan a los derechos humanos como defensa con el objeto de limitar su responsabilidad o reducir la indemnización.

⁹⁰ CIADI. (2006). *Convenio CIADI, Reglamento y Reglas*. [Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>]

⁹¹Ibid.

⁹² Ibid.

⁹³ MEREMINSKAYA, Elina, *La cláusula paraguas: lecciones de convivencia para los sistemas jurídicos*, en *Revista Internacional de Arbitraje* (2009), pp. 13-14

⁹⁴ BAS VILIZZIO, Magdalena, *Protección de os derechos humanos en la solución de controversias Estado-inversor: ¿confluencia o bifurcación de caminos?*, en *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. 7 (2019), 14, pp. 129-148.

Silvia Steininger, profesora de Cambridge, realizó un estudio en el cual concluyó que en la mayoría de los casos de arbitraje de inversiones, el reclamante es el primer actor en hacer una referencia a los derechos humanos.⁹⁵ Esto en consideración a que los inversores extranjeros también pueden invocarlos para sostener sus reclamaciones, principalmente al basar sus demandas en hechos relacionados con la violación al debido proceso, derechos de propiedad o deberes de protección. Acorde a STEININGER, los tribunales arbitrales también son parte activa durante el proceso de integración de los derechos humanos con el arbitraje de inversiones, principalmente al utilizar referencias del derecho internacional público como método comparativo durante el razonamiento legal con el objeto de construir coherencia en el sistema. Y lo anterior, acorde a VADI genera un circuito de legitimación a través de la generación de nueva jurisprudencia.⁹⁶

Ahora bien, cuando se conoce de un conflicto entre Estado y un inversor extranjero, los árbitros al tomar decisiones deben considerar que constantemente se encuentran interactuando varios regímenes internacionales de derecho, por lo que no puede prescindir completamente de alguno al momento de la toma de decisiones. De hecho, actualmente, existen decisiones recientes del CIADI que reflejan como los tribunales arbitrales poco a poco están cada vez más abiertos a considerar cuestiones de derechos humanos. Por ejemplo, el laudo del 8 de diciembre de 2016, en el caso *Urbaser v. Argentina*⁹⁷, el tribunal se consideró competente para conocer de una controversia que, el Estado en su defensa, trató de centrar en el derecho humano de acceder al agua potable y al saneamiento. Inclusive, en el laudo, el tribunal incorporó un apartado que literalmente se titula “*la relación del TBI con el derecho internacional y los derechos humanos*”⁹⁸ El cual, durante su desarrollo, reconoce la responsabilidad social de las empresas y que el “*derecho a condiciones de vivienda y vida adecuada so complementadas por una obligación de todas las partes, tanto públicas como privadas, de no realizar actividades tendientes a suprimir tales derechos*”. Así las cosas, este laudo marca el primer paso oficial para el reconocimiento explícito de obligaciones imponibles al inversor y al Estado en materia de derechos humanos.

Claro está, que siempre hay que considerar que el alcance de la jurisdicción arbitral tribunal depende de la legislación interna del Estado anfitrión y del AII correspondiente, por tanto la forma específica de redacción de la cláusula que contenga el consentimiento del Estado anfitrión para solucionar cualquier controversia ante una Corte Arbitral determinada, será de vital importancia al momento de determinar si dicho panel arbitral tiene jurisdicción o no en materia de derechos humanos en el caso concreto. Pero a pesar de ello, por la vía incidental es posible afirmar que siempre existe jurisdicción para analizar cuestiones de derechos humanos. Los tribunales arbitrales pueden recurrir al derecho internacional público para determinar el alcance de las disposiciones de los Tratados de inversión cuando el texto no lo prevea o su sentido no sea claro, y los derechos humanos son parte del derecho internacional. Esto es claro de conformidad al Artículo 42 del Convenio del CIADI, en el cual se establece que los tribunales

⁹⁵ STEININGER, Silvia, *What's Human Rights Got To Do With It? An Empirical Analysis of Human Rights References in Investment Arbitration*, en *Leiden Journal of International Law*. 31 (2018), pp. 35-58.

⁹⁶ SCHILL, Stephan W., *Enhancing International Investment Law's Legitimacy: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach*, en *Virginia Journal of International Law*. 52 (2011) pp. 57-102.

⁹⁷ International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID). (1991). Caso. *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. The Argentine Republic*. [Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/1144>]

⁹⁸ ICSID. (1991). Caso. *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. The Argentine Republic*. [Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/1144>]

decidirán las controversias de conformidad a las reglas de derecho acordadas por las parte y a falta de acuerdo, en base a “*las reglas de derecho internacional que sean aplicables*”.⁹⁹ Asimismo, autores como MEJÍA, plantean que siempre está la posibilidad de interpretar los Tratados acordes con lo estipulado por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, permitiéndose así, el respeto por las normas de otros instrumentos internacionales paralelos, como en materia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹⁰⁰

En ese sentido, parecería coherente buscar lecturas o interpretaciones a los AII que sean coherentes con el derecho internacional público además del privado, considerando especialmente al sistema internacional de derechos humanos. Sobre todo, considerando lo establecido en el artículo 42 de la Convención del CIADI y el artículo 31 de la Convención de Viena. Normativas que abren formalmente la puerta a que el derecho de internacional de inversiones sea aplicado e interpretado de forma armónica a asuntos de derechos humanos. De esta forma, los árbitros se verían en la obligación de valorar las acciones estatales desde la perspectiva del deber de protección consagrado en los pactos de derechos humanos.

4. *Análisis de laudos*

A) *Delimitación del estudio de campo*

Como se mencionó durante la introducción, esta memoria sigue el método de una investigación exploratoria, y por tal, su objetivo es proporcionar información más general sobre un campo de investigación. No se basa principalmente en el análisis de un estudio realizado por terceros con anterioridad, ni en una muestra muy grande. Sino que, a través del análisis de fuentes originales, en este caso laudos publicados por el CIADI, se tratará de dar respuesta a preguntas abiertas de una manera más flexible, al usar tantos datos numéricos empíricos y el raciocinio mediante operaciones deductivas. Sin nunca intentar que lo concluido sea observado como la verdad única, sino más bien como otra posibilidad a considerar.

Se ha seleccionado esta modalidad investigativa porque al inicio de este proyecto, como primera tarea, se inició revisando el informe semestral de estadísticas publicado por el CIADI¹⁰¹, y parecía una tarea titánica la posibilidad de analizar los 838 casos que en virtud del Convenio del CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario hasta la fecha 30 de junio de 2021 el CIADI había concluido.¹⁰²

Posteriormente, surgió la idea de sólo analizar los casos que incluyeran a Latinoamérica, en razón de que Chile es un país latinoamericano y que, de los 42 países de América Latina y el

⁹⁹ Artículo 42, Convenio CIADI inciso (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.

CIADI. (2006). *Convenio CIADI, Reglamento y Reglas*. [Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>]

¹⁰⁰ MEJÍA, Joaquín, *Tratados de Libre Comercio (TLC) y Derechos Humanos: un desafío para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, en *Revista Cejil*, 5 (2019), 5, pp. 1-102.

¹⁰¹ ICSID. (2021). *The ICSID Caseload- Statistics*. World Bank Group [Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Caseload%20Statistics%20Charts/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%202021-2%20Edition%20ENG.pdf>]

¹⁰² Ibid.

Caribe, 23 ya han sido demandados en el sistema internacional de arbitraje, lo cual representa más del 50% de los países de la región. Porcentaje que parecía una muestra suficientemente representativa. Sin embargo, esta segunda opción también fue descartada luego de descubrir que Transnational Institute (TNI) realiza un estudio anual sobre la misma materia.¹⁰³ Este es muy claro e ilustrativo, pues mediante el uso de diversas gráficas ha llegado a conclusiones como que “*las 303 demandas contra países de ALC representan un 27,4% de las demandas conocidas a nivel mundial, lo que hace que ALC sea la segunda región más demandada del mundo*”¹⁰⁴ Así las cosas, nuevamente la tarea de revisar un tan alto número de laudos parecía titánica, sobre todo considerando que dicho estudio tiene como objetivo poner en evidencia los costos sociales y monetarios que deja el sistema de protección de inversiones y los arbitrajes internacionales como mecanismo de resolución de disputas, lo cual como ya se ha mencionado, dista enormemente del fin de esta humilde investigación.

Así las cosas, pese a que Latinoamérica no puede concebirse como una región homogénea por una multiplicidad de factores jurídicos y extrajurídicos, como la naturaleza del régimen político, situación económica, contexto social, etc; de igual manera se ha decidido seleccionar una pequeña muestra de países latinoamericanos para realizar el análisis de los laudos emitidos por el CIADI en los casos que se encuentren ya concluidos que involucren a dichos países.¹⁰⁵

Luego de revisar diversos estudios que analizan los factores que mayormente inciden en la decisión de inversores extranjeros de acceder al mercado latinoamericano, los cuales han indicado como circunstancias influyentes la situación del estado de derecho, las libertades económicas tienen para el inversor extranjero o la solidez del poder judicial¹⁰⁶, es que se ha seleccionado a Chile, Argentina, Perú y Venezuela, lo cual corresponderá con el estudio de 88 laudos concluidos y publicados por el CIADI.

Las razones para haber elegido a estos países como muestra se debe, en primer lugar; a que Chile es el país del cual soy nacional y en base al cual gira en torno toda esta memoria. Argentina y Perú fueron seleccionados por ser países vecinos, geográficamente hablando, a Chile. Y Venezuela fue elegido ser uno de los casos latinoamericanos que se ha retirado del Convenio CIADI, permaneciendo adscrito a él sólo entre 1995 y 2012, y que a pesar de ello, logró posicionarse como el segundo país de Latinoamérica con la mayor cantidad de casos presentados ante dicho organismo. Además, debido a su controversial situación política regida por gobierno autoritario que causó una oleada de demandas ante el CIADI, hace del país un gran foco de atención en general. Y, si se permite a esta autora ser honesta, también fue seleccionado pues parecía un ejercicio entretenido realizar una comparación de carácter más serio y académico que los simples comentarios despectivos que normalmente se hacen en contextos sociales no formales entre Chile y Venezuela desde el estallido social de 2019 o desde que el 11 de marzo de 2022 asumió el gobierno de izquierda a cargo de Gabriel Boric.

Sumado a lo anterior, acorde al estudio de Transnational Institute (TNI); “*Argentina, Venezuela, México, Ecuador y Perú son los países más demandados de la región. Entre ellos suman 201*

¹⁰³ Véase ISDS. (2020). *Resumen Ejecutivo*. [Disponible en: <https://isds-americalatina.org/en-numeros/>]

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ Casos concluidos publicados hasta la fecha 11 de Mayo de 2022, por ser la fecha de término del estudio de los laudos.

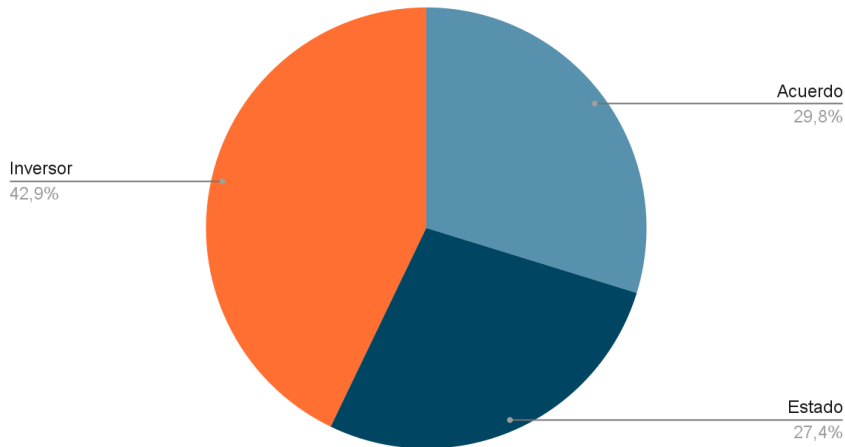
¹⁰⁶ STAATS, Joseph L; BIGLAISER, Glen, *Foreign Direct Investment in Latin America: The Importance of Judicial Strength and Rule of Law*, en *International Studies Quarterly*. 56 (2012), 1, pp. 193–202.

*demandas, lo que equivale a 2/3 del total de demandas contra los países de ALC.*¹⁰⁷ Y si bien, el presente estudio sólo analizará las demandas que a la fecha del 11 de Mayo de 2022 se hallasen efectivamente concluidas y cuyos laudos tengan calidad de públicos, parece interesante analizar casos de los países que en mayor medida han sido medidas, con el objetivo de en base a un número no tan grande de laudos, poder obtener conclusiones lo más representativas del panorama actual posibles.

B) Casos estudiados

La base muestral de este estudio está compuesta por 88 casos donde se ha demandado a un Estado receptor de inversión extranjera ante el CIADI para la resolución de conflictos derivados de contratos de inversión en el contexto de un AII vigente. Todas estas, son controversias que se encuentran en estado de concluidas y cuyo laudo arbitral se encuentra publicado por la página oficial del CIADI.

Resultado General de los Casos Concluidos ante el CIADI



[Gráfico N^o1: de elaboración propia en base a la información obtenida de <https://icsid.worldbank.org/cases/concluded>]

De los 88 laudos que tienen al Estado como parte demandada, 4 corresponden a la República de Chile, 42 de la República Argentina, 32 a la República Bolivariana de Venezuela y 10 a la República del Perú.¹⁰⁸ Cabe recalcar, que estos no son todos los casos presentados ante el CIADI en contra de estos 4 Estados. Existen muchos más casos presentados pero que aún se encuentran pendientes de resolución, y que por lo tanto, no han sido considerados para la realización de este estudio ya que no se cuenta públicamente con todos los datos necesarios para su cuantificación y deducción de conclusiones pertinentes al caso.

i.) Resultados del proceso arbitral original

Un primer acercamiento al análisis de esta muestra ha de ser los resultados obtenidos tras la emisión de un laudo en un procedimiento arbitral. Como el gráfico lo indica, un 42,9% de los

¹⁰⁷Véase ISDS. (2020). *Resumen Ejecutivo*. [Disponible en: <https://isds-americalatina.org/en-numeros/>]

¹⁰⁸ Véase el apartado al final de este trabajo, titulado “Casos incluidos en la investigación” para saber específicamente todos los que fueron considerados.

casos, es decir 36, fueron decididos a favor del inversor extranjero. Por otra parte, 23 casos, que equivalen a un 27,4 % fueron decididos a favor del Estado, y el 29,8% restante, que son 25 casos, terminaron por un acuerdo entre las partes y no por un pronunciamiento del Tribunal a favor de una u otra parte.

A simple vista, podría tender a afirmarse que sería completamente cierta la crítica popular de que el arbitraje siempre es decidido a favor del inversionista y que el CIADI no apoya a los Estados, pues claro, 36 contra 23 podría parecer un poco obvio. Sin embargo, toda estadística que deje afuera los casos que concluyen en acuerdo, en mi opinión, se encuentra incompleta, pues los casos de terminados por acuerdo entre las partes corresponden a una representación de la realidad de un alto de porcentaje de demandas presentadas ante el Centro. No siempre los casos han de concluir porque el tribunal adopte una postura, durante el proceso mismo las partes pueden conciliar sus intereses, y precisamente este es uno de los objetivos que un Centro de Arbitraje tiene.

Así las cosas, en el 56,5% de los casos la decisión del Tribunal no es pronunciada a favor del inversor extranjero simplemente, sino que el Estado se ve beneficiado de alguna u otra manera. Dentro de las misiones y objetivos del Centro está el mantenimiento de la paz y el dialogo en las relaciones internacionales. Y si este puede actuar como una mesa imparcial para que ambas partes puedan sentarse a conversar y llegar a un acuerdo que las beneficie a ambas, el CIADI lo va a hacer.

Recordemos que esta institución fue creada por el Grupo del Banco Mundial, como una de las cinco instituciones a través de las cuales se trabajaría coordinando esfuerzos con el objetivo de lograr acabar con la pobreza extrema y promover la prosperidad compartida. Ahora, que esto se haya logrado, o se vaya a lograr o no, es un debate que dista del objetivo de esta investigación. Pero si parece útil volver a centrarnos en la misión del CIADI para poder observar que desde su creación, la intención nunca fue convertirlo en un villano en contra de los Estados independientes, sino que un ente a su servicio en la colaboración del mejoramiento de sus relaciones diplomáticas y comerciales. Además, mediante el mero uso del sentido común, uno podría aventurarse a presumir como algo realmente factible, que en general no se llega a acuerdo si una parte está segura de que va a ganar. Si el CIADI fuese un foro tan marcadamente pro inversor, los inversionistas no se rendirían hasta obtener las sumas millonarias que en primera instancia suelen solicitar, ya que por acuerdo nunca podrían obtener algo así. Por tal, en los casos de acuerdo, es presumible que existe un inversor que no desea perder más recursos, ya sea tiempo, energía o dinero, por lo que decide ceder hacia pretensiones más aceptables por el Estado. O bien, también pudiese ocurrir que el Estado sea quien desee no invertir más recursos en la resolución del caso. En ambos supuestos, tras un acuerdo, el Estado se ve beneficiado de una u otra forma.

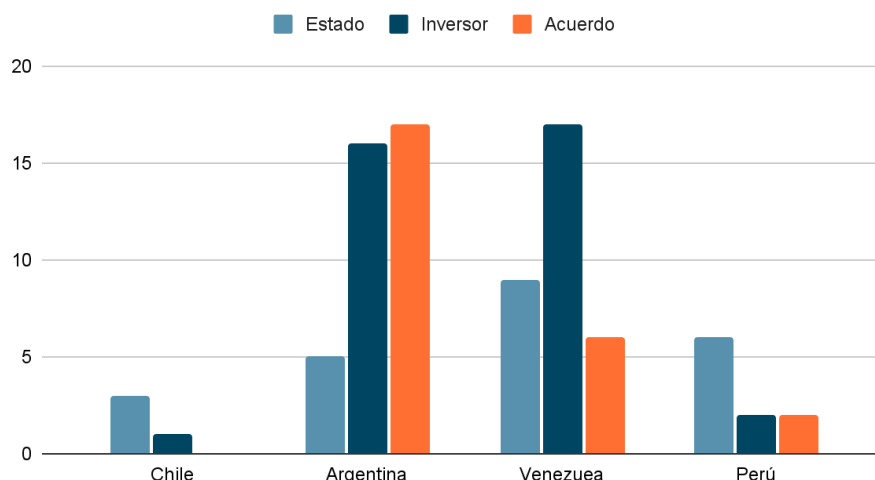
The European Federation for Investment Law and Arbitration (EFILA) publicó en 2017 un informe destinado a responder a las clásicas críticas dirigidas al mecanismo ISDS¹⁰⁹. En él, destacan el informe de estadísticas de casos presentado por el CIADI en 2015, pues en este se pone en evidencia que solo el 46 % de todos los laudos se pronunciaron a favor del inversionista

¹⁰⁹ ALVAREZ, Gloria María; BLASIKIEWICZ, Blazej; VAN HOOLWERFF, Tabe; KOUTOUZI, Kleopatra; LAVRANOS, Nikos; MITSU, Mary; SPITERI-GONZI, Emma; VERDEGAY MENA, Adrian; WILLINSKI, Piotr, *A Response to the Criticism against ISDS by EFILA*, en *Journal of International Law*. 33 (2016), 1, pp. 1-36.

extranjero, confirmando reclamaciones ya sea en parte o en su totalidad. En ese sentido, el 53 % de las reclamaciones presentadas por inversores fueron desestimadas por falta de competencia o sobre el fondo, y sólo el 1% de las reclamaciones carecía manifiestamente de fundamento jurídico.¹¹⁰ De esta forma, pusieron evidenciaron empíricamente que por lo menos hasta 2015, los tribunales arbitrales en la mayoría de los casos no fallaban a favor de los inversores, sino a favor de los Estados.¹¹¹

En el mismo trabajo, los autores recalcan la importancia de distinguir correctamente en la calificación que se le ha dado al laudo. Pues estos comentan que algunos académicos han tratado de sostener que cuando un tribunal estima que posee jurisdicción para el conocimiento del caso, pero no decide el fondo de la controversia, equivaldría a estar fallando a favor del inversionista por el mero hecho de reconocer el mérito de la jurisdicción. Lo cual a sus ojos, carecía de una conexión lógica para poder llegar a concluir algo así. Un laudo decidido a favor del estado es un laudo en el que se desestiman las demandas del inversionista y/o prosperan las reconvencciones; un laudo decidido a favor del inversionista es un laudo en el que la reclamación del inversionista gana sobre el fondo y tiene derecho a pago y/o compensación; y un laudo pro-jurisdicción es un laudo en el que el tribunal determina la jurisdicción sin decidir sobre el fondo de la disputa.¹¹²

Resultados por País



[Gráfico N°2: de elaboración propia en base a la información obtenida de <https://icsid.worldbank.org/cases/concluded>]

Ahora, para una apreciación menos genérica, resulta útil el análisis de los resultados por país. Toda vez que cada Estado tiene su propio sistema político con marco regulatorio en particular, que puede o no atraer en mayor o menor medida a inversores extranjeros. En particular, por sus diferentes niveles de estabilidad social, política y económica.

¹¹⁰ ICSID. (2015). *The ICSID Caseload Statistics*. [Disponible en: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Caseload%20Statistics/en/ICSID%20Web%20Stats%202015-1%20%28English%29_Redacted.pdf]

¹¹¹ ALVAREZ, Gloria María; BLASIKIEWICZ, Blazej; VAN HOOLWERFF, Tabe; KOUTOUZI, Kleopatra; LAVRANOS, Nikos; MITSU, Mary; SPITERI-GONZI, Emma; VERDEGAY MENA, Adrian; WILLINSKI, Piotr, *A Response to the Criticism against ISDS by EFILA*, en *Journal of International Law*. 33 (2016), 1, pp. 1-36.

¹¹² Ibid.

El gráfico indica que Chile como Estado ha ganado tres demandas, perdido sólo una y no ha concluido aún ningún caso mediante acuerdo entre las partes. En el caso de Argentina, esta ha ganado cinco veces, perdido 16 en contra de inversores extranjeros y ha llegado a acuerdo en 17 oportunidades. Por su parte Venezuela, ha ganado nueve veces, perdido 17 y llegado a acuerdo en seis. Y finalmente, Perú ha ganado seis veces, perdido sólo dos y llegado a acuerdo en dos oportunidades también.

Ahora bien, ante la pregunta de cómo explicamos que dentro de este estudio existan dos países que poseen un número de demandas considerablemente mayor, la respuesta en general es bastante simple, ha existido en tales Estados un cambio en el *status quo* muy grande devenido de un periodo de crisis sociales, políticas o económicas.

Como bien se ha dicho, un ambiente propicio a las inversiones requiere de estabilidad jurídica, política y económica a través de coordinación institucional. Por ejemplo, en el caso de Argentina, la mayoría de esas demandas fueron presentadas durante la crisis de los años 2001 y 2002, como consecuencia de una seguidilla de decisiones estatales, tales como, la promulgación la Ley de Convertibilidad que establecía una paridad fija del peso argentino con el dólar estadounidense, lo cual produjo un alza de la inflación, y la posterior imposición del “Corralito” que restringía la extracción de dinero en efectivo de los bancos. Lo anterior conllevó a huelgas, disturbios sociales, congelación de tarifas e incumplimiento de contratos por parte del Estado. Las condiciones iniciales bajo las cuales los inversionistas habían decidido hacer sus inversiones habían cambiado tan drásticamente, que provocó que muchos demandaran al mismo tiempo, y coincidentemente, el 20% de estas demandas se dio en sectores económicos relacionados con recursos naturales, particularmente dentro del sector de agua potable y saneamiento.¹¹³ Así también, en el caso de Venezuela, la mayoría de sus demandas se relacionan con la ola de nacionalizaciones que se produjo entre el año 2006 y 2008, principalmente debido a la forma en que se realizaron las expropiaciones en el sector de hidrocarburos y minería. Pues en la mayoría de los casos, las reclamaciones estuvieron fundamentadas en un retardo excesivo en los pagos indemnizatorios, constituyéndose expropiación indirecta.¹¹⁴

Por su parte, Perú sin ser un país completamente exento de controversia política, ya que ciertamente también ha pasado por periodos de crisis sociales, de todas maneras, ha logrado resultados muy favorables ante el CIADI. En este sentido, un académico peruano, el profesor Víctor Saco, publicó un artículo sumamente interesante en el cual expone sus ideas sobre las razones tras, lo que él mismo califica como *el secreto del éxito del Perú ante el CIADI*.¹¹⁵ En su trabajo, SACO resalta que a pesar de las múltiples demandas, Perú sólo ha perdido en dos oportunidades, e inclusive se atreve a calificarlas como no verdaderas derrotas, pues en esos dos casos, los reclamos económicos del inversor sólo se concedieron en un monto más del 50% menor al

¹¹³ ECHAIDE, Javier, *Demandas en el CIADI y el derecho humano al agua: ¿tratados de inversión vs. derechos humanos?*, en *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*. 31 (2016) pp. 81-14.

¹¹⁴ Véase Pardo, D. (Octubre 6, 2014). *¿Por qué Venezuela tiene tantos pleitos con inversionistas internacionales?* BBC. [Disponible en: https://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/10/141003_venezuela_exxon_ciadi_dp]

¹¹⁵ SACO, Victor, *El secreto del éxito del Perú en el CIADI: destruyendo el paradigma de que el sistema de solución de diferencias inversionista-Estado es peligroso para los países en desarrollo*, en TANZI, Attila; ASTERITI, Alessandra; POLANCO LAZO, Rodrigo; TURRINI, Paolo (ed.) *International Investment Law in Latin America* (Leiden, Koninklijke Brill, 2016), pp. 654 – 670.

originalmente solicitado, tal como ocurrió en *Duke Energy International v. Perú*¹¹⁶, e inclusive, en el caso *Tza Yap Shum v. Perú*¹¹⁷ de los USD\$23 millones que solicitó el inversionista extranjero a modo de compensación, el Tribunal sólo concedió el pago de USD\$1.0 millón.¹¹⁸

Así las cosas, SACO sostiene que siendo el CIADI un foro que discute derecho privado y no política, la defensa del Estado ha de basarse precisamente en un gran manejo del derecho privado internacional, y por tal, el “*capital humano es la clave del éxito.*”¹¹⁹ Para ello, el gobierno peruano ha optado por el desarrollo de un Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado de Controversias Internacionales de Inversión (SICRECI) el cual actúa, por medio de la Comisión Especial adscrita a su Ministerio de Economía y Finanzas.¹²⁰ Esta comisión tiene por labor la coordinación de las respuestas al interior de las distintas entidades que puedan verse involucradas del sector público y preocuparse por la estandarización de las cláusulas contenidas en AII’s. Así como también, la prevención de disputas mediante una actitud proactiva, generando reuniones de negociación entre el inversionista y una entidad estatal previo al inicio de la formalización del conflicto. Y por último, la selección de estudios jurídicos expertos en la materia, particularmente teniendo una preferencia por estudios estadounidenses, en razón de su mayor manejo del derecho anglosajón, el cual es la base del arbitraje.

Ahora bien, siguiendo lo que propone el académico peruano, en mi humilde opinión sus ideas son asimilables al caso chileno. El Estado de Chile, desde 2016, cuenta con el “Comité Interministerial para la Defensa del Estado en Controversias Internacionales en Materiales Relativas a Inversiones” creado mediante el Decreto Supremo 125 del Ministerio de Relaciones Exteriores, quien vendría actuando como el “capital humano”. Como ya se mencionó anteriormente, el Programa de Defensa en Arbitrajes de Inversión Extranjera de SUBREI actúa como Secretaría Técnica del Comité, y es la encargada de la coordinación de la información de las disputas y de hacer seguimiento de los casos que puedan resultar en potenciales controversias, trabajando en conjunto con el estudio jurídico que asesore al Estado en su defensa.

De esta manera, Chile también cuenta con una primera barrera para intentar frenar el conflicto antes de que se formalice ante al CIADI, lo que demuestra una actitud pro activa no sólo en la prevención de potenciales conflictos, sino que también, en la actitud del Estado frente al cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Ya que, es posible presumir que en las relaciones internacionales hay muchas cosas que suceden tras una puerta cerrada, y por ende, pudiesen haber muchos casos en los que se avecina un potencial conflicto y que la prensa y la ciudadanía nada sabe, pero en los cuales que bastaría una reunión entre la SUBREI y el inversionista extranjero para llegar a acuerdo en las modalidades de cumplimiento del acuerdo ya vigente, y que así todo se solucione de manera casi diplomática, respetando las voluntades de ambas partes.

¹¹⁶ ICSID. (2006). Caso. *Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. v. Republic of Peru* [Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/3399>]

¹¹⁷ ICSID. (2007). Caso. *Tza Yap Shum v. Republic of Peru*. [Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/255/tza-yap-shum-v-peru>]

¹¹⁸ SACO, Victor, cit. (n. 111), p. 665.

¹¹⁹ SACO, Victor, cit. (n. 111), p. 654.

¹²⁰ Ministerio de Economía y Finanzas Perú. (s.f.). *Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión- SICRECI*. [Disponible en: https://www.mef.gob.pe/es/?option=com_content&language=es-ES&Itemid=100906&lang=es-ES&view=article&id=3970]

También resulta interesante analizar, que incluso en los casos “perdidos” por Chile, se logró una reducción muy significativa del monto indemnizatorio que solicitaban los inversionistas extranjeros. De los dos casos perdidos por Chile en materia de arbitraje de inversiones, en *MTD v. Chile*¹²¹ el inversor reclamaba USD\$20 millones y el tribunal sólo concedió USD\$5.8 millones a su favor. Asimismo ocurrió con *Pey Casado and Allende Foundation v. Chile*¹²², caso que si bien no se sometió a la jurisdicción del CIADI, si no que de conformidad con las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, administrado por la Corte Permanente de Arbitraje, de igual manera resulta muy ilustrativo en materia del impacto que ha tenido el arbitraje de inversiones, en tanto el inversor solicitó una indemnización de USD\$515 millones y Chile sólo fue condenado por UDS\$10 millones. En ambos casos la defensa logró reducir el monto solicitado en un 71% y en un 98,06% respectivamente.

Además, cabe recalcar, que dichas derrotas datan de 2001 y 1998, es decir, son anteriores a la creación de la SUBREI, por lo que podríamos aventurarnos a sostener que Chile no ha perdido ni recibido una explosión de demandas ante el CIADI desde la creación de dicho organismo, a pesar de haber atravesado por momentos políticos muy complejos como los han sido el estallido social de octubre de 2019, la pandemia por el covid-19 y el debate por una nueva Constitución durante los últimos tres años.

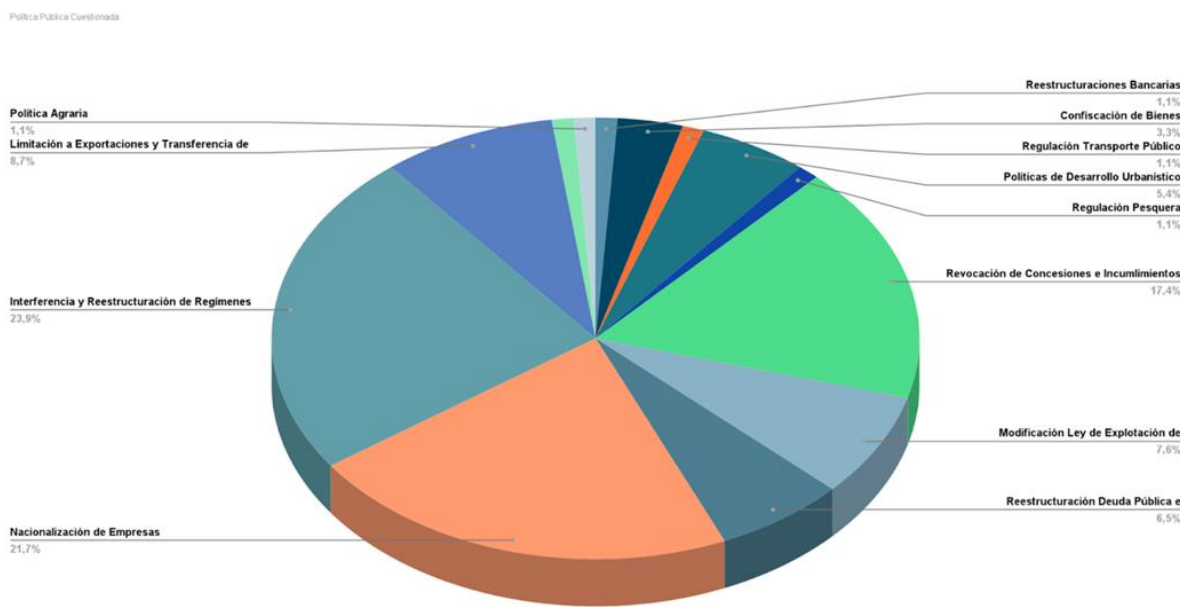
Y, como último punto comparativo hacia la propuesto por SACO, Chile también delega su defensa a estudios de abogados especializados en la materia. En 4 de los 5 casos concluidos ha trabajado con el estudio internacional Arnold & Porter LLP, y en el único caso que no, también se colaboró con otro estudio estadounidense, White & Case. Esto, en conjunto con estudios nacionales tales como Cariola, Diez, Pérez-Cotapos; Carey & Cía. Ltda; y Bofill, Mir & Álvarez.

ii.) Políticas Públicas Cuestionadas al Estado por inversionistas ante el CIADI.

Habiendo ya discutido sobre los resultados generales obtenidos por los países latinoamericanos seleccionados ante el CIADI, corresponde pasar a analizar las principales políticas públicas que fueron desafiadas ante el mismo Centro. Así, el gráfico n°3 da cuenta de que la mayoría de las demandas provienen, en primer lugar, de procedimientos de nacionalización de empresas. En segundo lugar, por interferencia o reestructuración estatal de régimen tarifarios a privados. Y en tercer lugar, por revocación de licencias o concesiones a privados.

¹²¹ ICSID. (2001). Caso. *MTD Equity Sdn. Bhd. And MTD Chile S.A v. Chile*. [Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/66/mtd-v-chile>]

¹²² ICSID. (1998). Caso. *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*. [Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/22/pey-casado-and-allende-foundation-v-chile>]



[Gráfico N°3: de elaboración propia en base a la información obtenida de <https://icsid.worldbank.org/cases/concluded>]

En concreto, de los 88 laudos estudiados,¹²³

- i. Se presentó una demanda por reestructuraciones bancarias.
- ii. Por confiscación de bienes y activos se presentaron sólo dos casos.
- iii. Por cambios en la regulación del transporte público sólo se presentó una demanda.
- iv. Por políticas de desarrollo urbanístico se presentaron cinco demandas.
- v. Por modificaciones en la regulación pesquera sólo se presentó una demanda.
- vi. Por revocación de concesiones o licencias e incumplimientos contractuales el CIADI se pronunció en 16 ocasiones.
- vii. Por modificaciones a Ley de Explotación de Hidrocarburos se presentaron siete demandas.
- viii. Por reestructuraciones a la deuda pública e incumplimiento de pagos u indemnizaciones hubieron seis casos.
- ix. Se conocieron 20 casos derivados de nacionalización de empresas
- x. Tras interferencia estatal y reestructuración de regímenes tarifarios se demandó en 22 ocasiones.
- xi. Por limitación a exportaciones y transferencia de fondos al extranjero se conocieron ocho demandas.
- xii. Ante el desarrollo política medio ambiental se demandó una vez.
- xiii. Y por nueva política agraria también se demandó una vez.

Durante el estudio de estos casos, pude observar que las demandas al Estado surgen esencialmente de incumplimientos contractuales concretos más que de meras acciones de gobierno de los Estados en uso de su potestad soberana. Las políticas públicas por muy justificada su adopción haya sido para el Estado, contravinieron en algún elemento del contrato

¹²³ Para el detalle de que caso en particular de relaciona con cada política ver el apartado “Jurisprudencia” al final del trabajo.

de inversión y es en razón de ello que fue reclamada. Ahora bien, esto no quiere decir que todas las políticas aquí señaladas fueron concedidas por el CIADI a favor del inversionista. Este cuadro simplemente representa las áreas que fueron cuestionadas y cuyo conocimiento se elevó al Centro, y en ningún caso es una representación de las actuaciones que efectivamente han sido condenadas.

Dicho esto, si me parece preocupante que en la mayoría de los casos, la conducta estatal cuestionada, según lo esgrimido por el Estado, tenía como objetivo directo o indirecto el mejoramiento, desarrollo o protección de asuntos tales como; la preservación del medio ambiente, los derechos de las comunidades, las legislaciones laborales, entre otros. A partir de esto mismo, es que se criticado al mecanismo ISDS por su potencial efecto enfriador sobre los poderes reguladores del Estado (*regulatory chill*). En ese sentido, los profesores TIETJE Y BAETENS abordan definen el enfriamiento regulatorio como la situación en la que “*un actor estatal no podrá promulgar o hacer cumplir medidas regulatorias de buena fe debido a una amenaza percibida o real de arbitraje de inversión*”¹²⁴. Lo anterior implicaría (i) no redactar una legislación por temor a ser demandado en un procedimiento arbitral; (ii) congelar el desarrollo de un procedimiento legislativo una vez presentada una demanda de arbitraje riesgosa y (iii) enfriar la legislación luego de obtenido el resultado de una disputa arbitral específica. De esta manera, podrían verse afectada no sólo la posibilidad de legislar con el objetivo de permitir el desarrollo de políticas públicas que promuevan tales intereses, sino que también podrían verse privados los Estados de dar saltos tecnológicos y científicos para alcanzar el estatus de país desarrollado. Así por ejemplo, podrían verse afectados eventuales cambios a los derechos de aguas, regulaciones energéticas, proyectos mineros a cargo del Fisco y más. Lo cual, de primeras parece una razón más que suficiente para estar en contra de que los Estados puedan ser cuestionados ante el CIADI.

Sin embargo, nuevamente esta crítica parece estar fundada más en suposiciones que en datos empíricos. En ese sentido, una vez más parece pertinente mencionar el informe publicado por *The European Federation for Investment Law and Arbitration* (EFILA) respondiendo las críticas en contra de los mecanismos ISDS.¹²⁵ En el cual, se trata desmitificar la presunción de que el arbitraje de inversiones tiene impactos en los procesos legislativos, considerando que de todos los casos CIADI concluidos hasta 2014, el 47 % se relacionan con actos ejecutivos o administrativos, como permisos y licencias, mientras que sólo el 9% de ellos se relacionan con actos legislativos. Así, los investigadores concluyeron que apoyan la postura de CADDEL Y JENSEN, quienes sostienen que “*dada la baja tasa de disputas que involucran la actividad del poder legislativo, los argumentos de que el arbitraje entre inversionistas y Estados pueden invadir las prerrogativas legítimas de los gobiernos nacionales parecen exagerados. Las legislaturas demócratas deberían adoptar el arbitraje entre inversionistas y estados como un control adicional sobre el mal comportamiento del poder ejecutivo*”.¹²⁶

Por tanto, me parece ser imposible medir a ciencia cierta el nivel efectivo de enfriamiento regulatorio derivado de controversias ISDS. Pues en el debate para el desarrollo de cualquier legislación o política pública, son tantas las aristas que se tienen en consideración, que la posibilidad de ser demandados ante el CIADI puede ser simplemente uno de los múltiples

¹²⁴ Tietje, C., Baetens, F., Rotterdam, E. (Junio 24, 2014). *The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership*. [Disponible en: https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvg5kjg27kof_j9vvik7m1c3gyxp/vjn8exgvufya/f=/blg378683.pdf

¹²⁵ Caddel J., Jensen, N. (2014) *Which Host Country Government Actors are Most Involved in Disputes with Foreign Investors?*. [Disponible en: <https://doi.org/10.7916/D8M32SWK>]

¹²⁶ Ibid.

factores que conducen al enfriamiento regulatorio de los países. Además, como se ha mencionado anteriormente, los laudos emitidos por el CIADI no tienen la capacidad para exigir ni obligar a los Estados a aflojar sus ordenamientos jurídicos. Estos únicamente se ocupan de decidir sobre el derecho de compensación invocado por los inversores sobre la base del AII pertinente. En ese sentido, me parece que a la fecha no se cuentan con investigaciones que otorguen pruebas concretas para medir los niveles de influencia que los conflictos ISDS tienen en los procesos de elaboración de leyes y políticas. Inclusive, ni siquiera se ha probado que un conflicto ISDS tenga más influencia sobre el Estado que las propias acciones ordinarias que los nacionales puedan iniciar dentro del sistema legal interno.¹²⁷

Ahora bien, además de este punto, a través de la lectura de los laudos pude apreciar que el CIADI es bastante acucioso en cuanto al examen preliminar sobre si la actuación estatal como tal, es susceptible de ser cuestionada o no durante el proceso. El Centro ha sido claro en numerosas ocasiones, que para que el inversionista pueda si quiera intentar reclamar un presunto incumplimiento, su inversión debe hallarse efectivamente materializada antes de que el Estado de inicio a los hechos o actos que suscitan a la demanda y que por tanto, fundamentan la controversia. Así sucedió, por ejemplo, en el caso *Renée Rose Levy and Gremcitel S.A. v. Perú*¹²⁸, en el cual el tribunal ni siquiera llegó a analizar el fondo de la controversia, declarándose así incompetente, pues el inversor, Levy, no pudo demostrar que tenía una inversión materializada antes que se suscitara el conflicto, y que por tal, el inversionista estaba incurriendo en un abuso del proceso, siendo condenado al pago de costas del tribunal y de los honorarios y gastos extras que Perú haya debido incurrir.

Por otra parte, pude observar que en los casos en que el Estado alega que sus acciones se justifican en base al principio “Estado de Necesidad” y es en ello que subyace la toma de decisiones que modifican el *estatus quo* bajo el cual fue realizada la inversión, el Tribunal para declararla como una defensa plausible utiliza para su análisis, como un estándar objetivo, lo establecido por Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado Por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU en 2001¹²⁹, el cual establece;

“1. Ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud de un hecho que no esté de conformidad con una obligación internacional de ese Estado a menos que ese hecho:

- a) Sea el único modo para el Estado de salvaguardar un interés esencial contra un peligro grave e inminente;*
- b) No afecte gravemente a un interés esencial del Estado o de los Estados con relación a los cuales existe la obligación, o de la comunidad internacional en su conjunto.*

¹²⁷ ALVAREZ, Gloria María; BLASIKIEWICZ, Blazej; VAN HOOLWERFF, Tabe; KOUTOUZI, Kleopatra; LAVRANOS, Nikos; MITSU, Mary; SPITERI-GONZI, Emma; VERDEGAY MENA, Adrian; WILLINSKI, Piotr, *A Response to the Criticism against ISDS by EFILA*, en *Journal of International Law*. 33 (2016), 1, pp. 1-36.

¹²⁸ ICSID. (2011). Caso. *Renée Rose Levy and Gremcitel S.A. v. Republic of Peru*. [Disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/447/levy-and-gremcitel-v-peru>].

¹²⁹ Véase: AG. (2001). *Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*. [Disponible en: https://www.u-cursos.cl/derecho/2011/1/CFRIERACIDH/1/material_docente/bajar?id_material=347750#:~:text=El%20Estado%20responsable%20de%20un,reparado%20mediante%20restituci%C3%B3n%20o%20indemnizaci%C3%B3n.]

Asamblea General de Las Naciones Unidas. (2010). *Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*. Dipublico. [Disponible en: <https://www.dipublico.org/4076/responsabilidad-del-estado-por-hechos-internacionalmente-ilicitos-ag5683/>].

2. *En todo caso, ningún Estado puede invocar el estado de necesidad como causa de exclusión de la ilicitud si:*
- a) *La obligación internacional de que se trate excluye la posibilidad de invocar el estado de necesidad*
 - b) *El Estado ha contribuido a que se produzca el estado de necesidad.”*

Claramente para la aplicación de este artículo se necesita que los árbitros hagan uso del principio de proporcionalidad. Y es relación con ello, que la Corte ha sido clara en varios casos al determinar que el Estado de Necesidad corresponde a una situación que ha de ser transitoria, en la cual se permite la adopción de medidas extraordinarias para paliar la crisis, pero que sin embargo, no puede utilizarse como una justificación para establecer un cambio de paradigma permanente, pues de lo contrario, no se cumpliría con el requisito de necesidad, ya que existirían medidas menos gravosas para conseguir el fin perseguido. Lo anterior queda perfectamente ejemplificado en el caso *Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina and Mobil Argentina S.A. v. Argentina*, a raíz de la opinión disidente del árbitro Antonio Remiro Brótons quien sostiene que “no es posible aprovechar un estado de emergencia para alterar de forma radical el modelo neoliberal subyacente a las obligaciones asumidas con el tratado”.¹³⁰

Por último, resulta curioso que, dentro de los 88 laudos no se presentaran casos relacionados a la seguridad social o sistemas de pensiones, especialmente considerando que, generalmente las prestadoras de servicios son grandes empresas transnacionales. Ahora bien, esto no significa que no existan Estados latinoamericanos que se hayan visto envueltos en una controversia en razón de esta materia. En este sentido, Chile en un futuro próximo podría brindar nuevos datos para esta estadística. Debido a que tanto la aseguradora Chilena Consolidada, filial del grupo Zurich Insurance Company Ltd., como Ohio National, aseguradora estadounidense, durante 2021 enviaron avisos al gobierno chileno sobre sus intenciones intención de acudir a arbitraje, dando así, paso a negociaciones previas al posible arbitraje de inversiones por el adelanto de rentas vitalicias.¹³¹ Lo anterior, en razón de los cambios en el sistema vigente debido a la promulgación de la Ley N°21.330, la cual permite un mecanismo excepcional de retiro de fondos previsionales y anticipo de rentas vitalicias por montos que alcanzasen hasta un 10% de los ahorros provisionales del sistema de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) sin impuestos.¹³²

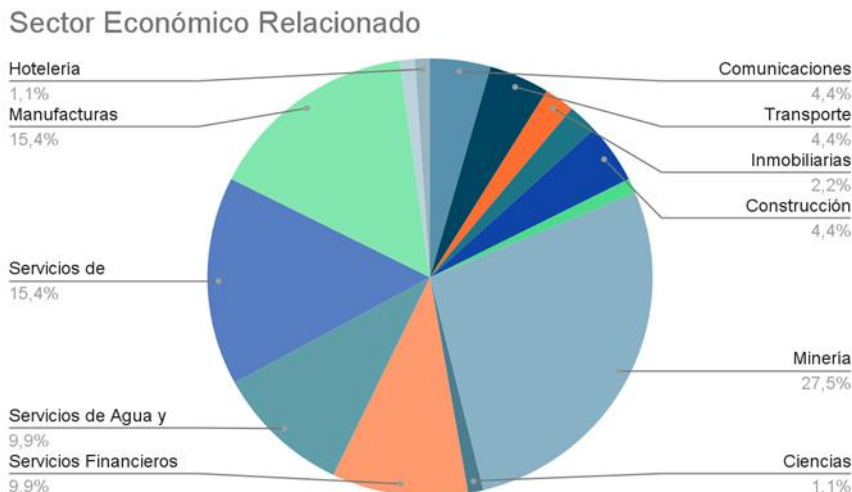
iii.) Sectores económicos que fueron involucrados en controversias Estado-Inversor ante el CIADI.

En relación con las anteriormente mencionadas políticas públicas desafiadas ante el CIADI, me pareció interesante agrupar las demandas por sector económico con el cual se relacionaban.

¹³⁰ Remiro Brotóns, Antonio. (2016). *Opinión Disidente del Arbitro Profesor Antonio Remiro Brotóns* [Disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10511_0.pdf]

¹³¹ CIAR Global. (Mayo 14 2021). *Ohio Envía Aviso de Arbitraje a Chile por Adelanto de Rentas Vitalicias*. [Disponible en: <https://ciarglobal.com/segundo-aviso-de-arbitraje-a-chile-por-retiro-de-rentas-vitalicias/>]

¹³² Ibid.



[Gráfico N°4: de elaboración propia en base a la información obtenida de <https://icsid.worldbank.org/cases/concluded>]

De su observación, concluimos que el mayor número de controversias sucede en sectores económicos relacionados a la prestación de servicios, y más específicamente, de servicios básicos derivados de la extracción y procesamiento de recursos naturales. Así, el sector de minería y extracción de hidrocarburos lidera con 25 demandas, lo siguen con 14 casos el sector de servicios de electricidad y gas, y posteriormente con 9 demandas cada uno el sector de servicios financieros y el de agua y alcantarillados.

El área de manufacturas también recibió un número elevado de demandas, 14 según mi investigación. Y luego los números comienzan a descender, por ejemplo, en comunicaciones y en transporte hay 4 demandas respectivamente. En el sector inmobiliario y en el de agricultura, pesca y silvicultura hubieron 2 para cada uno. Y finalizamos con ciencias; hotelería; administración pública y defensa; y en el sector de juegos de azar y entretenimiento se presentó un caso en cada una de las áreas mencionadas.

También, parecía interesante contrastar la pequeña muestra de esta investigación, los 88 casos concluidos de 4 países, con el trabajo de Transnational Institute (TNI) quienes utilizaron como muestra a los 42 países de Latinoamérica¹³³, y si bien sólo 170 de los 303 casos que analizaron corresponden a demandas presentadas ante el CIADI, de igual manera una comparación entre los resultados de ambas investigaciones puede ser muy ilustrativa para saber qué tan representativos son los datos obtenidos tras el análisis de nuestra pequeña muestra.

En su estudio titulado “ISDS en números”, el equipo de investigadoras del TNI; Cecilia Olivet, Bettina Müller y Luciana Ghiotto fueron capaces de identificar que “de los 303 casos conocidos contra los países latinoamericanos y caribeños, 70 se relacionan con los sectores de minería, y extracción de gas y petróleo, lo cual representa un 23,1% de las demandas. Si comparamos el período 1998-2008, en el

¹³³ Disponible en; Véase ISDS. (2020). *Resumen Ejecutivo*. [Disponible en: <https://isds-americalatina.org/en-numeros/>]

*cual los países de ALC recibieron 21 demandas en estos sectores, con la última década 2010-2020, en la cual recibieron 45 demandas, notamos un incremento del 114%.*¹³⁴

Asimismo, destacaron como sectores con alto número de demandas al de electricidad y gas, con 45 casos, y al de manufactura, con 40 demandas. Siguiendo en la lista, el sector de actividades financieras y seguros con 27 demandas, información y comunicaciones con 23, así como también el de construcción. Y luego ya tendríamos al sector suministro de agua y limpieza con 18, actividades inmobiliarias con 13, actividades profesionales, científicas y técnicas con 11, y finalmente el sector de transportes con 9.

De lo anterior, podemos concluir en primer lugar, que todos los sectores económicos mencionados por el estudio de TNI fueron también involucrados en los casos seleccionados por nuestro campo muestral. Asimismo, en ambos estudios el sector de la minería es el que lidera en cuanto al mayor número de demandas, así como también, existe coincidencia en los lugares 2 y 3 del ranking con las mismas categorías, ya que tenemos a electricidad y gas por un lado, seguido del sector de manufacturas. Por lo cual, al menos desde la perspectiva de los sectores económicos involucrados, me parece que la decisión de haber trabajar con los casos concluidos de Chile, Argentina, Venezuela y Perú fue la correcta, ya que nos otorga un espectro lo suficientemente amplio para obtener conclusiones que potencialmente serían aplicables a toda Latinoamérica.

5. Cláusulas más invocadas por inversores extranjeros y los criterios utilizados por el CIADI para su análisis

Tras una rápida lectura de un par de demandas o laudos arbitrales, fácilmente se puede notar que las inversiones invocan las mismas causas tipo para reclamar el incumplimiento de un Estado. Esto sucede, acorde a lo planteado por MINAVERRY, en razón de que *“los tratados suscritos en los años noventa fueron muy similares entre sí, debido a que no fueron el producto de una negociación entre los países signatarios, sino que había un modelo de TBI creado por cada Estado y ofrecido en su mayor parte a los países en vías de desarrollo con la promesa de un aumento de flujos de inversión extranjera. Por ello, en la mayoría de los tratados bilaterales de inversión se encuentran las mismas cláusulas de protección para los inversionistas.”*¹³⁵

Es por esto, que las más comunes son; el trato justo y equitativo, la cláusula de la nación más favorecida, el derecho a indemnización derivado de una expropiación directa o indirecta, la cláusula paraguas y, la cláusula de prórroga de jurisdicción y competencia.

El trato justo y equitativo suele ser la más invocada por ser un estándar genérico e indeterminado del nivel esperable de comportamiento del Estado, cuya interpretación queda a tarea del panel arbitral en específico que conozca del caso, pues si bien existen ciertos acuerdos en la jurisprudencia, el contenido expreso de este derecho del inversor se construye caso a caso.¹³⁶ Por tal, suele venir asociado a los principios de no discriminación, deber de protección de la propiedad extranjera por parte del Estado receptor y de las expectativas legítimas. Este último mencionado, suele ser de los conceptos más polémicos por su constante desarrollo jurisprudencial y falta de consistencia. Actualmente, se tiende a (i) apreciarlo equivalente al

¹³⁴ ISDS. (2020). *Resumen Ejecutivo* [Disponible en: <https://isds-americalatina.org/en-numeros/>].

¹³⁵ Minaverry, C. (2013). *El Arbitraje Internacional como Mecanismo de Solución de Disputas: El Caso Argentino en el CIADI*. Observatorio Latino Americano. [Disponible en: <https://observatorylatinamerica.org/es/el-arbitraje-internacional-como-mecanismo-de-solucion-de-disputas-el-caso-argentino-en-el-ciadi/>].

¹³⁶ BOTTINI, Gabriel, *Protección a las inversiones extranjeras*, en GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina (ed.), *Lecciones de Derecho Internacional Público* (Buenos Aires, Erreius, 2015), pp. 946-950.

mínimo estándar internacional del derecho consuetudinario; (ii) definirlo en relación a todas las obligaciones contenidas en diversas fuentes del derecho internacional; y (ii) entenderlo como un concepto que posee contenido independiente y autocontenido.¹³⁷

A propósito de ello, en el caso *Impregilo v. Argentina (I)*, el tribunal arbitral se pronunció diciendo que “(...) la frase “trato justo y equitativo” aparece en muchos TBIs. No es fácil de definir y, en términos generales, se considera que exige, como mínimo, que se respete el estándar mínimo de protección internacional que, de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario, cada Estado debe otorgar a la propiedad extranjera dentro de su territorio. (...) el propósito de la frase “trato justo y equitativo consiste en brindar una protección adecuada a las expectativas legítimas del inversor. (...) Si realmente existe una relación entre el trato justo y equitativo y las expectativas legítimas de los inversores, estas últimas deben ser evaluadas teniendo en cuenta todas las circunstancias. El Tribunal entiende que el principio de trato justo y equitativo no puede ser diseñado para asegurar la inmutabilidad del orden jurídico, del mundo económico y del universo social, y jugar el papel asumido por las cláusulas de estabilización reconocidas específicamente a los inversores extranjeros con quienes el Estado ha celebrado acuerdos de inversión. (...) Las expectativas legítimas de los inversores extranjeros no pueden consistir en que el Estado nunca modificará el marco legal, particularmente en tiempos de crisis; no obstante, sin duda los inversores deben gozar de protección en caso de que se lleven a cabo modificaciones irrazonables al marco legal.”¹³⁸ En el presente caso, el panel de árbitros estaba de acuerdo en las demarcaciones del concepto expectativas legítimas, no otorgándole el punto a los inversores que alegaban incumplimiento del Estado argentino tras efectuar cambios en su regulación interna.

Sin embargo, por la misma naturaleza humana, no siempre se puede llegar a consenso en todas las decisiones que se requieren para el pronunciamiento de un laudo final. Es aquí donde juega un papel muy importante la posibilidad de que los árbitros publiquen sus opiniones disidentes, permitiendo que se conozca de forma más pública el debate que se da de forma interna en el panel arbitral para llegar a una postura común en cuanto a definiciones e interpretaciones de las mismas. Esta puerta se abre en el caso *Suez y Vivendi v. Argentina*¹³⁹ a través de la opinión separada del Profesor Pedro Nikken, quien manifiesta su desacuerdo con el razonamiento del tribunal, a través de un análisis del largo debate jurisprudencial en cuanto al verdadero significado del estándar mínimo internacional vigente para proteger a la inversión extranjera. Así, NIKKEN sostiene; “En mi parecer, la interpretación más razonable sobre el contenido del trato justo y equitativo debería atribuirle el mismo sentido que el del estándar mínimo actualizado para el tiempo en que se celebró el TBI correspondiente y no en 1926. (...) en *Bivater Gauff*, el tribunal concluyó que “el contenido actual del estándar convencional de trato justo y equitativo no es materialmente diferente del contenido del estándar mínimo de tratamiento en derecho internacional consuetudinario.” (...) Sin embargo, aun como estándar mínimo actualizado, e incluso dentro del concepto que ha prevalecido en la doctrina y jurisprudencia recientes, en el sentido de que el trato justo y equitativo es diferente y autónomo del estándar mínimo consuetudinario, nunca podría perder su esencia como un estándar de conducta o comportamiento del Estado con respecto a las inversiones extranjeras, que no se debe traducir automáticamente en una fuente de derechos subjetivos de los inversionistas. (...) Independientemente de lo que se juzgue sobre la autonomía del trato justo y equitativo con respecto al estándar mínimo, el trato justo y equitativo representa el grado de diligencia debida que los Estados

¹³⁷ OECD. (2014). *Fair and Equitable Treatment, Standard in International investment law*. p. 8. [Disponible en: <http://www.oecd.org/dataoecd/22/53/33776498.pdf>].

¹³⁸ Centro Internacional De Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. (2017). Laudo. *Procedimiento entre Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. y La República Argentina*. [Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C109/DC2171_Sp.pdf].

¹³⁹ ICSID. (2005). Caso. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*. [Disponible en: <https://www.italaw.com/cases/1057>].

Partes en el TBI se comprometieron recíprocamente a observar con respecto a las inversiones provenientes de los nacionales de uno y otro Estado.(...) No es razonable presumir que los Estados hayan estado dispuestos a comprometerse más allá de lo que impondrían los cánones de un buen gobierno. (...) No hay nada en el texto de los TBIs, ni en su contexto ni en su objeto y fin que indique que los Estados Partes estuvieran refiriendo la obligación de dispensar trato justo y equitativo a las inversiones protegidas a conceptos ajenos a los de su propio comportamiento, como lo son las llamadas “expectativas legítimas” de los inversionistas. (...)Las expectativas de los inversionistas no son el instrumento apropiado para medir si un gobierno actuó o no correctamente conforme a los cánones de un Estado bien organizado. Creo que es desmesurado interpretar que los Estados que se han comprometido a un trato justo y equitativo entendieran que se estaban obligando a someter a sus gobiernos a semejante test..”¹⁴⁰ Con estas palabras, NIKKEN se refiere a que los TBIs no pueden ser entendidos como una declaración de derechos de los inversionistas, sino que deben verse como lo que son, un catálogo de obligaciones a los Estados. A quien, debido a los avances de la sociedad durante el siglo XX y los cambios de mentalidad en cuanto a nivel de tolerancia a los abusos de poder, ya no se requiere que el tratamiento arbitrario sea de mala o con intención de dañar. Bastaría así, aplicar un estándar objetivo respecto del hecho ilícito. Pero, la razón por la que él difiere de la Decisión del tribunal, y de otros laudos que han sido emitidos en el mismo sentido, es porque, acorde al profesor, al momento de analizar un TBI es necesario interpretar sus términos a la luz de su objeto y fin acorde al sentido normal de los mismos, sin presumir que las Partes deseaban atribuirles un sentido especial, a menos que aparezca de manifiesto.

En segundo lugar, la cláusula de la nación más favorecida (NMF), implica que habiendo convenido a través de un TBI con un Estado una concesión calificable de “más favorable” que otras cláusulas convenidas con otros Estados diferentes que cuenten también con un TBI vigente, la condición o cláusula “más favorable” también va a poder ser invocada por los demás Estados con los que también se haya firmado un TBI, inclusive si en el texto del TBI esta no se hubiese condición más beneficiosa no se hubiese mencionado. Así, básicamente esta permite que si Chile decidiese conceder beneficios arancelarios por medio de un TBI a Argentina, teniendo vigente un TBI entre Chile y Perú, el Estado peruano podría exigir el mismo beneficio arancelario en virtud de la cláusula NMF, lo cual crea indirectamente un régimen multilateral de protección a las inversiones extranjeras.

Para entenderla mejor, podemos utilizar, por ejemplo, el razonamiento del Tribunal en el caso *MTD v. Chile*, única derrota del Estado chileno ante el CIADI, ya que este se basó precisamente en esta cláusula.

Los inversores de Malasia sostuvieron sus reclamaciones en el hecho de que Chile habría incumplido la obligación de otorgar un trato justo y equitativo a la inversión establecido en el APPI suscrito por Chile con Croacia y Dinamarca, al cual los demandantes malayos tuvieron acceso por medio del Artículo 3 del APPI Chile-Malasia, que obliga al Estado a otorgar el Trato de la Nación más Favorecida. En este caso, el Tribunal estimó que debía de interpretarse de la forma que condujese a un cumplimiento objetivo de la obligación establecida por el TBI de proteger las inversiones y crear condiciones favorables a la inversión. Y que por tanto, “*el considerar como parte de las protecciones del TBI las incluidas en el párrafo 1 del Artículo 3 del TBI Dinamarca y en los*

¹⁴⁰ Nikken, P. (2019). Caso CIADI. *Opinión disidente árbitro Pedro Nikken*. [Disponible en: <https://carlosesposito.files.wordpress.com/2010/08/suez-argentina-2010-opinion-separada.pdf>].

párrafos 3 y 4 del Artículo 3 del TBI Croacia está en consonancia con dicho objetivo."¹⁴¹ Asimismo, se hizo hincapié en que durante la escrituración del TBI, las exclusiones de la cláusula nación más favorecida que se hicieron, se referían a aspectos tributarios y a la cooperación regional, entonces, a contrario sensu, otras cuestiones que no sean aspectos tributarios o de cooperación regional que puedan considerarse parte del trato justo y equitativo a los inversionistas, sí estarían cubiertos por la cláusula NMF.

El Tribunal utilizó como nexo entre los distintos TBIs para la determinación de la procedencia de la cláusula NMF el párrafo 2 del Artículo 3 del TBI Croacia, el cual establecía que en la medida en que la solicitud de un permiso reúna los requisitos exigidos por la ley, el permiso deberá otorgarse al inversionista. Pues la controversia entre MTD y Chile precisamente se basaba en la negativa a otorgar los permisos correspondientes para el desarrollo de un proyecto inmobiliario por parte de del Estado chileno a MTD para la realización de su proyecto, justificándose en que el terreno en el cual se quería realizar dicha construcción estaba destinado por ley al uso silvoagropecuario, lo que generaba que el proyecto fuese inviable. En ese orden de ideas, en el laudo se reconoció que el párrafo 2 del Artículo 3 del TBI Croacia no confería a un inversionista extranjero el derecho a solicitar la modificación del ordenamiento jurídico del país receptor, pues ese no es un derecho de ningún inversor extranjero bajo ningún AII. Los inversores extranjeros sólo pueden solicitar que se le aplique la ley, y no que se modifique la misma, por lo cual, el Estado chileno no violó el TBI al no modificar su regulación para permitir el avance del proyecto de inversión de MTD.¹⁴² Pues, *“todo Estado tiene la facultad de modificar cualquiera de sus leyes. El mero hecho de que Chile pueda cambiar el PRMS no significa, sin embargo, que Chile esté obligado a modificarlo”*.¹⁴³ Asimismo, el Tribunal reconoció que lo anterior no representaba un caso de expropiación, si no, lo que estaba en tela de juicio era el trato justo o injusto que pudiese representar el hecho de aceptar una inversión incompatible con su propia política regulatoria. Llegando a la conclusión que *“fue injusto admitir la inversión en el país”*¹⁴⁴ en relación con las obligaciones de coherencia, transparencia y no contradicción que le son exigibles al Estado.

Como tercera cláusula más popular invocada por inversores extranjeros ante el CIADI, tenemos el derecho a indemnización ante expropiación directa o indirecta. Esto pues, en el derecho privado no se prohíbe la expropiación, sino que simplemente se establece un margen de acción y condiciones para que la expropiación pueda calificarse de lícita. Así, se asegura que la toma de medidas expropiatorias o el inicio de procedimientos de nacionalización se basen en razones de utilidad pública, sean establecidos través de una ley, se realicen los procedimientos de forma no discriminatoria, y tal como lo indica su nombre, que se indemnice al inversor de forma adecuada (con el valor justo de mercado), efectiva y rápida. En ese mismo sentido, al invocar esta cláusula se permite que los inversionistas también puedan reclamar en casos de expropiación indirecta, es decir, en aquellos casos en los cuales el Estado adopta medidas equivalentes a la expropiación, limitando excesivamente el derecho de sobre su propiedad. Por ejemplo, en el caso *OIEG v. Venezuela*, el tribunal declaró que se entendería por medidas equivalentes a una expropiación a los actos legislativos o administrativos que se tradujeran en una interferencia significativa en los derechos de uso, goce y disfrute de la inversión. En ese sentido, en el laudo se estableció que *“la*

¹⁴¹ ICSID. (2004). Laudo. *MTD Equity Sdn. Bhd. And MTD Chile S.A v. Chile*. [Disponible en: [https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/ciadi/mtd/25_05_2004-decision-on-merits-\(spanish-original\).pdf?sfvrsn=e7145b11_2](https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/ciadi/mtd/25_05_2004-decision-on-merits-(spanish-original).pdf?sfvrsn=e7145b11_2)].

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Ibid.

expropiación radica en que el Estado, en ejercicio de sus facultades soberanas, desposee a un inversor protegido por el Tratado, privándole del control o de la titularidad de una inversión protegida. Desposesión implica que el inversor sufre la pérdida del uso y disfrute (y en ocasiones también de la propiedad) sobre la inversión. La definición del APRI se centra pues en el inversor, no en el Estado. No exige que la desposesión del inversor resulte en una apropiación en beneficio del Estado. Sin embargo, en la mayoría de los casos, el empobrecimiento del inversor provocará el recíproco enriquecimiento de un ente público, lo que facilitará la consideración de la actuación como expropiatoria. La definición del Tratado tampoco exige que exista intención de desposeer.”¹⁴⁵

En cuarto lugar, las cláusulas paraguas se utilizan para proteger las obligaciones emergentes de contratos de inversión una vez que ya existe un TBI vigente entre el Estado receptor de la inversión y el Estado del cual el inversionista es nacional, vinculando la violación de la ley local a la violación de una obligación internacional. Así las cosas, se indica que por el hecho de incumplir alguna de las obligaciones establecidas por dicho contrato, significaría estar incumpliendo el TBI, lo que acarrearía responsabilidad internacional para con el otro Estado también, y no sólo responsabilidad entre el inversionista extranjero y el Estado anfitrión. Sin embargo, esto no es tan fácil de dilucidar como pareciese, el Tribunal arbitral del caso *El Paso Energy v. Argentina*, fue claro al reconocer la dificultad de esta tarea al reconocer que “*existe un debate en curso sobre la cuestión, ya que distintos tribunales del CLADI han adoptado diferentes posiciones. Las cláusulas paraguas no siempre se redactan de la misma manera, y en algunas decisiones se ha insistido en las distintas redacciones para explicar los diferentes análisis.*”¹⁴⁶ Ello, en razón de la controversia derivada de la redacción del artículo II (2) (c) del TBI Estados Unidos – Argentina en que se dispuso que “*Cada Parte cumplirá los compromisos que hubiera contraído con respecto a las inversiones*”.¹⁴⁷

Careciendo de la claridad necesaria esta disposición, el tribunal arbitral tuvo que hacer uso de sus facultades de interpretación. En este caso, se adoptó una interpretación más moderada y equilibrada para ambas partes, al no aplicar el aforismo jurídico “*en caso de duda, lo más benigno*”¹⁴⁸ en favor de los inversores estadounidenses, al reconocer que “*(...) hace falta una interpretación equilibrada, que tenga en cuenta tanto la soberanía del Estado como la responsabilidad de este de crear un marco adaptable y en evolución para el desarrollo de las actividades económicas, así como también la necesidad de proteger la inversión extranjera y su flujo constante.*”¹⁴⁹ En ese sentido, el tribunal concluyó que la cláusula paraguas no podía tener el efecto de elevar todas las demandas al plano del derecho internacional. Y estableció como criterio la necesidad de distinguir entre actos del Estado efectuados en su calidad de soberano, de aquellos realizados por el Estado como si fuera un particular sometido a normas de derecho privado, es decir, en uso de sus facultades *ius gestionis*, con el fin de evitar elevar reclamos contractuales provenientes de un contrato con el Estado, al nivel de los reclamos por incumplimiento de un Tratado. Así las cosas, la protección a un inversionista extranjero no se extendería a violaciones de contratos comerciales comunes y corrientes, si no que sólo cubriría en

¹⁴⁵ ICSID. (2015). Laudo. *OI European Group B.V. y República Bolivariana de Venezuela*. [Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C1800/DC5643_Sp.pdf].

¹⁴⁶ ICSID. (2006). Decisión sobre competencia. *El Paso Energy International Company c. la República Argentina*. [Disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0269_0.pdf].

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ Diccionario panhispánico del español jurídico. (s.f.). Citación. En *dpej.rae.es*. [Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/in-dubio-mitius#:~:text=En%20caso%20de%20duda%2C%20lo%20m%C3%A1s%20benigno>].

¹⁴⁹ ICSID. (2006). Decisión sobre competencia. *El Paso Energy International Company c. la República Argentina*. [Disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0269_0.pdf].

casos de conflicto derivados de AII pactados con el Estado en su calidad de soberano.¹⁵⁰ En virtud de que el tribunal “(...) *tiene competencia sobre reclamos basados en el tratado y que no puede conocer de reclamos estrictamente contractuales que no entrañen violaciones de los niveles de protección del TBI.*”¹⁵¹

Y finalmente, el quinto recurso más utilizado por los inversionistas es la cláusula de prórroga de jurisdicción y competencia, la cual precisamente permite que ante cualquier controversia entre inversionista y Estado se pueda acudir al centro internacional de arbitraje que el TBI designe sin la necesidad de agotar las instancias procesales internas bajo la jurisdicción del Estado. En el caso *Impregilo v. Argentina*, se produjo un debate interesante en cuanto a esta cláusula, pues es una realidad que en muchos AIIs se establece la posibilidad de acudir a la jurisdicción interna del Estado receptor de la inversión, como una alternativa además de la jurisdicción del CIADI. En el caso mencionado, el artículo 8(2) del TBI entre Argentina-Italia establecía la posibilidad de que ante la eventualidad de una controversia que no se pueda resolver de en forma amigable, se podría someter a la jurisdicción administrativa o judicial de la Parte en cuyo territorio está situada la inversión. De inmediato, el Tribunal fue categórico al reconocer que el TBI entre ambos países no disponía que la parte “debía” someter el caso ante la justicia local.¹⁵² Inclusive, sostuvo que “*cualquiera sea la interpretación elegida, el término “podrá” incluido en el Artículo 8(2) encuentra justificativo en el sentido de que el inversor no se encuentra obligado a someter la disputa ante los tribunales locales. La única interrogante que surge en relación con el texto del Artículo 8(2) es cuáles serían las consecuencias jurídicas, si las hubiere, si el inversor no somete la diferencia ante los tribunales locales.*”¹⁵³

Así las cosas, el Tribunal intentó dilucidar cuales serían las intenciones que tuvieron en mente al momento de contratar las partes de la controversia, pues “*la ambigüedad a la que puedan dar lugar debe resolverse mediante la lectura de las disposiciones teniendo en cuenta no sólo su redacción sino también su contexto (cf. Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). El contexto inmediato del Artículo 8(2) es el Artículo 8(3), y al leer ambas disposiciones en conjunto, debe otorgárseles un significado razonable.*”¹⁵⁴ A lo que concluyó que el gobierno Argentino debía haber pretendido otorgar en primera instancia la oportunidad a sus tribunales para resolver las controversias derivadas de inversión extranjera directa.

Por lo cual se estableció que debía de considerarse como “*una condición general que debe ser cumplida por el inversor que desea someter la controversia a arbitraje internacional. La condición a cumplir es doble: en primer lugar, debe someterse la controversia a la jurisdicción local y, en segundo lugar, debe aguardarse dieciocho meses antes de recurrir al arbitraje internacional. Esta condición no fue cumplida por Impregilo.*”¹⁵⁵ Conclusión a la que llegó siguiendo la jurisprudencia adoptada en el caso *Wintershall v. Argentina*¹⁵⁶ donde se consideró que “*dicha cláusula obliga (y no simplemente autoriza) al inversor a litigar (durante un período determinado) ante el foro local*”, antes de que el derecho a someter la controversia ante el CIADI pueda

¹⁵⁰ MEREMINSKAYA, Elina, *La cláusula paraguas: lecciones de convivencia para los sistemas jurídicos*, en *Revista Internacional de Arbitraje* (2009), pp. 20-21

¹⁵¹ ICSID. (2006). Decisión sobre competencia. *El Paso Energy International Company c. la República Argentina*. [Disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0269_0.pdf].

¹⁵² ICSID. (2011). Laudo. *Impregilo S.p.A. c. República Argentina*. [Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C109/DC2171_Sp.pdf].

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ Ibid.

¹⁵⁵ ICSID. (2011). Laudo. *Impregilo S.p.A. c. República Argentina*. [Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C109/DC2171_Sp.pdf].

¹⁵⁶ ICSID. (2008). Laudo. *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina* [Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsidblobs/onlineawards/C39/DC1492_sp.pdf].

*siquiera concretarse. Dado que Impregilo no ha cumplido con este requisito, el Tribunal no puede determinar que existe competencia con fundamento en el Artículo 8(3) del TBI Argentina-Italia.*¹⁵⁷

CAPÍTULO III: IMPACTO DE LAS CONTROVERSIAS CONOCIDAS ANTE EL CIADI EN EL ESTADO CHILENO

En este capítulo, se analizará la situación de Chile ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Particularmente, se procederá a estudiar brevemente la historia de Chile frente al CIADI y los casos en que Chile ha sido demandado por inversionistas extranjeros. Esto con el fin de aportar una opinión sobre las incidencias reales que han tenido las controversias conocidas ante el CIADI que han involucrado al Estado chileno. Lo anterior, en consideración al nivel de relevancia que tiene la inversión extranjera en Chile.

1. Antecedentes históricos de la participación de Chile en el CIADI

La relación de Chile con el CIADI se remonta hasta mucho antes de la firma y ratificación del Convenio de Washington. De hecho, inicia en 1963 con los ciclos de reuniones de juristas en ciudades de todo el mundo, a solicitud del presidente del Banco Mundial para discutir el proyecto de Convenio del CIADI preparado por el personal del banco. Para la celebración de dichas reuniones se tuvo como sede a ciudades como Addis-Abeba, Ginebra, Bangkok y a Santiago de Chile. Así, entre el 3 y el 7 de febrero de 1964, bajo el gobierno de Jorge Alessandri Rodríguez, Chile fue sede de una de las reuniones que eventualmente llevarían a la aprobación del Convenio CIADI y a su entrada en vigor el 14 de octubre de 1966.¹⁵⁸

A pesar de ello, el Convenio CIADI no se aprobó automáticamente ni menos se convirtió en ley vigente en Chile. Es más, en septiembre de 1964, durante la reunión anual del Banco en Tokio, 10 países latinoamericanos, incluido Chile, votaron en contra de la aprobación del Convenio.¹⁵⁹ Y no fue hasta 25 años después, que durante el gobierno de Patricio Aylwin Azocar, con fecha 25 de enero de 1991, que Chile suscribió el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, adoptado en Washington, D.C., Estados Unidos. Así, Chile depositó el instrumento de ratificación en Washington D.C. el 24 de septiembre de 1991, y mediante el Decreto N°1.304 del Ministerio de Relaciones Exteriores, promulgado el 9 de octubre de 1991, el “Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados” entró en vigor en Chile el 24 de octubre 1991.¹⁶⁰

Finalmente, resulta interesante mencionar desde donde viene la idea para que Chile decida adscribir a esta institución. Ya que la idea de ratificar el Convenio CIADI no surgió como un hecho aislado y anecdótico. En efecto, el mundo completo estaba entrando poco a poco a la era de la globalización, y la firma de Tratados Bilaterales y Multilaterales de Comercio se

¹⁵⁷ ICSID. (2011). Laudo. *Impregilo S.p.A. c. República Argentina*. [Disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C109/DC2171_Sp.pdf].

¹⁵⁸ ÁLVAREZ ÁVILA, Gabriela, *Las Características del Arbitraje del CIADI*, en *Revista jurídicas UNAM*, 2, (2002) [Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/32/35>].

¹⁵⁹ ICSID, *History of the ICSID Convention. Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, II: (Washington, ICSID, 1968), 2, p. 51.

¹⁶⁰ ICSID. (2021). *Lista de Estados Contratantes y Signatarios del Convenio*. [Disponible en: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/2021_Sep.ICSID.SPA.pdf].

normalizaba en todas partes. Es en ese contexto, en que el Estado chileno comenzó su proceso de apertura económica hacia el mercado internacional con gran fuerza durante la década del 70 y del 80 bajo la dictadura militar, influenciados por los postulados liberales suscritos por los “Chicago Boys”. Y desde entonces, inclusive una vez retornada la democracia, los gobiernos siguientes continuaron con dicho modelo, y es así como se explica que hoy Chile cuente con 30 Tratados de Libre Comercio con 65 economías, y 32 acuerdos bilaterales de promoción y protección de inversión. Y es así, como con base en este Acuerdo, que el Estado chileno ha sido demandado seis veces ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Cuatro de esos casos se encuentran ya concluidos y dos están aún pendientes.

A) *Caso Clarín*

El primer caso de una demanda a Chile ante el CIADI fue conocido como “Caso Clarín”, y curiosamente pasó a la historia como uno de los casos con mayor notoriedad debido al largo tiempo de duración del mismo. Este se tramitó durante 20 años, cuando el promedio de los conflictos conocidos en virtud del Convenio de Washington es de dos años y medio.

La controversia surgió de la demanda presentada por *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende* en 1997,¹⁶¹ quienes alegaron la violación del Acuerdo de Promoción y Protección de las Inversiones suscrito entre Chile y España. Lo anterior, motivado por la confiscación de los bienes de las sociedades Consorcio Publicitario y Periodístico S.A. y Empresa Periodística Clarín Ltda, responsables de la edición del diario Clarín a través de un Decreto Confiscatorio emitido en el año 1975 por el Estado Chileno, durante un periodo de dictadura militar, que permitió a las fuerzas armadas irrumpir en las dependencias del periódico y proceder a embargar locales y bienes pertenecientes al mismo. Luego del retorno a la democracia, el Ministerio de Bienes Nacionales de Chile en 1995 informó sobre la posibilidad de acogerse a la Ley 19.568 de restitución o indemnización de los bienes embargados y confiscados adquiridos por el Estado durante la dictadura. Sin embargo, los demandantes no quisieron acogerse a ella, si no que presentaron una solicitud de arbitraje, requiriendo una indemnización de USD\$797 millones.

Como se adelantó, este caso fue particularmente complejo por tener varias etapas. Ya que, primero en 2008 el Tribunal arbitral decretó que Chile debía pagar una compensación de US\$10.132.690, más costas y gastos incurridos por las demandantes, (1) por haber fallado en su deber de otorgar un trato justo y equitativo, (2) por haberse indemnizado a terceras personas por la confiscación del diario y (3) por la falta de eficiencia de los tribunales nacionales al no haber pronunciado un fallo a la demanda de restitución iniciada el 1999 por el Sr Pey. Sin embargo, en 2009 Chile presenta una solicitud de anulación del laudo por no estar de acuerdo con el monto indemnizatorio resuelto por el Centro como parte de la compensación por el incumplimiento del deber de tratamiento justo y equitativo, y también, reclamando una manifiesta extralimitación de facultades por parte del tribunal arbitral. Esta solicitud fue acogida parcialmente para anular la compensación debida por dicho laudo. Por lo que, durante una tercera instancia, en 2013 los demandantes inician una nueva sumisión ante el CIADI, el cual se decide a favor del Estado chileno, decretando que no se debía indemnización alguna pues los demandantes habían fallado en probar que los daños alegados efectivamente se derivaban de la violación del trato justo y equitativo. En consecuencia, durante 2017, en lo que ya sería una cuarta fase de este caso, los demandantes solicitaron la anulación del laudo emitido durante el procedimiento de nueva

¹⁶¹ (Caso CIADI No. ARB/98/2)

sumisión, pero esta solicitud fue desestimada, e inclusive se le condenó a los demandantes a reembolsar al Estado parte de las costas del arbitraje, las cuales ascendían a USD\$182.202 mil.

B) *Caso MTD*

La segunda demanda fue presentada en 2001 por los inversores malayos *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A.*, y corresponde a la única derrota de Chile hasta a la fecha.¹⁶² Caso en el que se alegó la violación del Acuerdo de Promoción y Protección de las Inversiones suscrito entre Chile y Malasia, en razón de que el Comité de Inversión Extranjera aprobó la transferencia de fondos de MTD a Chile para la realización de un proyecto de inversión inmobiliaria, a pesar de que en virtud del plan regulador de dicha zona no era posible realizar construcciones por ser una zona destinada al uso silvoagropecuario.

Específicamente, esta controversia inicia en 1996, cuando la empresa *MTD Equity Sdn. Bhd* deseaba invertir capital en Chile para la construcción de una ciudad satélite en las afueras de Santiago. Así, se decidió su construcción en la localidad de Pirque, particularmente en un terreno el cual está destinado principalmente a fines agrícolas, y que pertenecía al dominio de Jorge Aldunate Fontaine, quien manifestó su consentimiento en cooperar con la empresa MTD para llevar a cabo el proyecto. Sin embargo, los problemas comenzaron al momento de determinar la cantidad de hectáreas necesarias para el desarrollo del proyecto, acuerdo que no fue tan fácil de obtener. Pero que finalmente, gracias a una seguidilla de negociaciones, se culminó en la firma de un contrato de promesa en virtud del cual se acordó la construcción de 600 hectáreas del fundo “El Principal de Pirque” y una inversión por parte de la compañía malasia ascendente a USD\$17.316 millones. Para ello, se constituyó la corporación *MTD Chile S.A.* quien sería la encargada de la inversión, y a su vez, poseería el 51% de la compañía *El Principal S.A* (“EPSA”), la cual sería la encargada de llevar a cabo el proyecto de construcción en sí mismo.

En enero de 1997 se presentó ante el Comité de Inversiones Extranjeras (CIE) de Chile una solicitud para la primera etapa de la inversión, en la que se especificaba que el proyecto se ubicaría en la Comuna de Pirque, y el CIE, como encargado de autorizar el flujo de fondos que ingresan al país conforme a las condiciones del Decreto Ley N° 600, concedió dicha autorización en marzo. A lo que MTD procedió a inyectar en la compañía *El Principal S.A.* (EPSA) un capital de US\$8.4 millones, además de los ya US\$8.736 millones con los cuales había adquirido el 51% de las acciones de EPSA. Asimismo, contrató una firma de arquitectos para el desarrollo de proyectos de vivienda, las subdivisiones de terrenos y la obtención de los permisos necesarios para cambiar el destino de los terrenos adquiridos, ya que conforme al Plan Regulador de la comuna estaban destinados al uso silvoagropecuario, y dicho cambio sólo podía ser aprobado conjuntamente por la Municipalidad de Pirque con el Ministerio de Vivienda y Urbanismo. Simultáneamente, el CIE concedió un segundo permiso para el desarrollo de la segunda etapa del proyecto.

Durante 1998, el alcalde de Pirque, en acuerdo con su Consejo Comunal, aprobaron el cambio del Plan Regulador de la Comuna, sin embargo, el SEREMI no estaba de acuerdo. Ante esta situación MTD recurrió al Comité de Inversión Extranjera, entidad a quien en abril de 1997 se le había presentado una solicitud para invertir USD\$364.000 mil en la empresa *MTD Chile S.A.* Sin embargo, el Consejo se limitó a señalar que su función corresponde únicamente a la

¹⁶² (Caso CIADI No. ARB/01/7)

aprobación de los proyectos de inversión extranjera en Chile presentados ante este organismo. A lo que siguió el hecho de que en diciembre de 1998, el CIE informase que no se produciría ningún cambio de zona, rechazando oficialmente el proyecto de una ciudad satélite en el fundo El Principal de Pirque.

En consecuencia, MTD demandó ante el CIADI y solicitó una indemnización de US\$28.523.916 millones alegando en lo principal que el hecho de que el Estado aprobara una inversión extranjera por medio del CIE y posteriormente denegase el permiso para realizarla a través de la SEREMI, generaba, expropiación indirecta y violación de la obligación de otorgar un trato justo y equitativo a la inversión establecido en el APPI suscrito por Chile con Croacia y Dinamarca, al cual los demandantes malayos tuvieron acceso por medio del Artículo 3 del APPI Chile-Malasia, que contenía la cláusula NMF.

Por su parte, Chile sostuvo que la única función concerniente al caso del CIE era la aprobación de las transferencias de capital que se realizaban en el marco del régimen definido por el Estatuto de la Inversión Extranjera, y que no era razonable atribuirle al órgano la obligación de asegurar la obtención de otros permisos o autorizaciones que no fuesen dependientes de su propia voluntad. Asimismo, se propuso el argumento de que MTD había actuado de manera irresponsable al invertir antes de obtener los permisos necesarios e interpretar de manera incorrecta el alcance y los límites de la autorización para la inversión extranjera concedida por el CIE.

El procedimiento arbitral duró tres años y el Tribunal decidió enfocarlo en la trascendencia de las autorizaciones concedidas por el CIE. Así las cosas, finalmente el Tribunal condenó a Chile al pago de una indemnización por USD\$ 5.871.332 millones por haber violado la obligación de otorgar un trato justo y equitativo. El razonamiento estuvo basado en dos aristas. En primer lugar, en la forma de redacción del preámbulo del acuerdo bilateral de inversión, en el que las obligaciones del Estado fueron redactadas en un sentido proactiva, utilizando términos como “promover”, “crear” y “estimular”, concluyéndose que la intención de las partes no fue establecer obligaciones pasivas destinadas de no interferencia. En ese sentido, inclusive si se aceptase que MTD actuó irresponsablemente, Chile sería responsable de garantizar las aprobaciones necesarias para que el inversionista pudiese dar inicio de ejecución a su proyecto. Y, como segunda arista, el Tribunal se enfocó en la mala coordinación entre las distintas esferas de la Administración del Estado y la adopción de decisiones contradictorias ya que el hecho de autorizar una inversión que no se podía realizar debido a la política urbana chilena constituía una frustración a las expectativas legítimas del inversionista. Pues los distintos órganos de la Administración del Estado chileno no podían ser considerados como un tercero externo al Estado, pues el mismo es responsable de que los actos de los diversos funcionarios a través de los cuales se manifiesta su voluntad sean efectivamente coherentes.¹⁶³ Así, la aprobación de un contrato inversión por parte de un organismo estatal, cuya realización sea contraria a políticas de urbanización, en conjunto con la denegación del permiso para su ejecución por parte de otro

¹⁶³ ICSID. (2004). Laudo. *MTD Equity Sdn. Bhd. And MTD Chile S.A v. Chile*. [Disponible en: [https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/ciadi/mtd/25_05_2004-decision-on-merits-\(spanish-original\).pdf?sfvrsn=e7145b11_2](https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/ciadi/mtd/25_05_2004-decision-on-merits-(spanish-original).pdf?sfvrsn=e7145b11_2)].

organismo, haciendo del proyecto uno inviable, constituía una violación de la obligación de tratar al inversionista de manera justa y equitativa.¹⁶⁴

Es importante mencionar, que en esta ocasión el Tribunal redujo en un 75% la suma solicitada por el demandante como indemnización de perjuicios. En razón de que se estimó que los APPIs no son un seguro contra los riesgos de los negocios. En este caso, MTD actuó aumentando el riesgo y su consecuente daño al pagar por adelantado grandes sumas de dinero y llevar a cabo actos de inversión sin contar con la autorización de la autoridad competente para ejecutar el proyecto. Así, el inversionista también contribuyó a los daños con su propia negligencia.¹⁶⁵ Luego del pronunciamiento de fallo a favor del inversionista, en septiembre del año 2004, el Estado Chile presentó ante el CIADI una solicitud de anulación, por estimarse que (1) el Tribunal se extralimitó manifiestamente en sus facultades; (2) que existió infracción grave a una norma de procedimiento; y (3) que el laudo había omitido expresamente las razones en que se fundó, de conformidad al artículo 52 del Convenio de Washington, en conjunto con la solicitud de suspensión de la ejecución del laudo de acuerdo a lo previsto en la regla 54 del Convenio de Washington. Sin embargo, lamentablemente el 16 de febrero de 2007 el tribunal desestimó la anulación del laudo, por considerar que Chile debería haber comunicado al inversionista extranjero inmediatamente el hecho de que no era posible llevar a cabo el proyecto.

C) *Caso Vieira*

La tercera demanda fue presentada por la *Sociedad Anónima Eduardo Vieira*¹⁶⁶, de nacionalidad española, en 2003. Tras discusiones derivadas de un permiso de pesca otorgado a la empresa CONCAR (española) en 1989, que limitaba su actividad sólo a aguas interiores. Los inversores, no conformes con ello, presentaron recursos ante tribunales chilenos para expandir dicho permiso. Sin embargo, en 2001, basándose en la Ley 19.713, se decidió que CONCAR no calificaba para la asignación de cuotas de pesca en aguas exteriores.

Por tanto, los inversores demandaron ante el CIADI alegando acciones del Estado contrarias a las disposiciones de trato justo y equitativo, trato nacional, cláusula de la nación más favorecida y expropiación, amparados bajo el Acuerdo de Promoción y Protección de las Inversiones suscrito entre Chile y España. Sin embargo, el CIADI se pronunció en 2007 rechazando las reclamaciones de Vieira por carecer de jurisdicción, en virtud de que los hechos fundantes de la demanda habían ocurrido con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del APPI Chile-España, e inclusive, a la ratificación al Convenio CIADI por parte del Estado chileno.¹⁶⁷

D) *Caso Hermanos Ríos*

Y la cuarta demanda fue presentada en 2017 por *Carlos Ríos y Francisco Ríos*¹⁶⁸, controladores de nacionalidad colombianos de Alsacia y Express, empresas relacionadas con sistemas de

¹⁶⁴ MORTIMORE, Michael *Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe*, (Santiago, Naciones Unidas, 2009), p. 15.

¹⁶⁵ ARRSE ORTIZ, Daniela, *Modelo Chileno de Tratados sobre Inversión*, (Santiago, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile), pp. 73-74.

¹⁶⁶ (Caso CIADI No. ARB/04/7)

¹⁶⁷ ICSID. (2007). Laudo dictado. *Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. República de Chile*. [Disponible en: https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/ciadi/viera/2007-08-21---laudo.pdf?sfvrsn=943523d_2].

¹⁶⁸ (Caso CIADI No. ARB/17/16)

transporte público, específicamente, los operadores del Transantiago. Ellos solicitaron al CIADI que se ordenara al Estado chileno indemnizarlos por USD\$354 millones, en razón de acciones y omisiones en la implementación de los contratos de concesión celebrados con ambas compañías en el marco de la reforma del Transantiago.

Así en 2021, el Tribunal se pronunció al desestimar la totalidad de las reclamaciones por carecer de jurisdicción para conocerlas, y además, condenó a los inversores colombianos el 100% de las costas del procedimiento (USD\$680.000 mil) y el 40% de los costos incurridos por el Estado en su defensa, ordenándoles el reintegro de más de USD\$2,6 millones a la República de Chile.

E) Casos pendientes

Además de los cuatro casos mencionados, existen algunos sobre los que aún el CIADI no se ha pronunciado por su resolución, si no que a la fecha se encuentran en estado de pendientes dos demandas al Fisco chileno.

En primer lugar, las compañías francesas *ADP International S.A.* y *Vinci Airports S.A.S*¹⁶⁹ quienes demandaron en 2021, como accionistas mayoritarios de la Sociedad Concesionaria Nuevo Pudahuel S.A., titulares del contrato de concesión para la ejecución, reparación y explotación del Aeropuerto Internacional de Santiago Arturo Merino Benítez, el que le fue adjudicado en 2015 por un plazo fijo de 20 años. Los inversores demandan que el Estado chileno al no adoptar medidas excepcionales, como renegociación, en el contexto de la pandemia del COVID-19, la caída temporal de ingresos sufrida por la disminución del tráfico aéreo, el cierre de fronteras y la imposición de cuarentenas, habría violado el deber de trato justo y equitativo y el de protección de la inversión de conformidad al Convenio suscrito entre Chile y Francia, sobre la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones.

Y la segunda demanda, fue presentada por *Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P*¹⁷⁰ también en 2021. La disputa se origina por el retraso, a cargo de los inversores colombianos, de 135 y 499 días en la construcción de la línea de transmisión eléctrica Cardones-Polpaico. Existieron procedimientos administrativos para la determinación de responsabilidades, a lo que el Ministerio de Energía chileno determinó que no existía una eximente de responsabilidad, y por tal, ordenó el cobro de boletas de garantía y la aplicación de multas. Así, los inversores deciden demandar ante el CIADI alegando incumplimiento del deber de otorgar un trato justo y equitativo, e invocando la cláusula NMF.

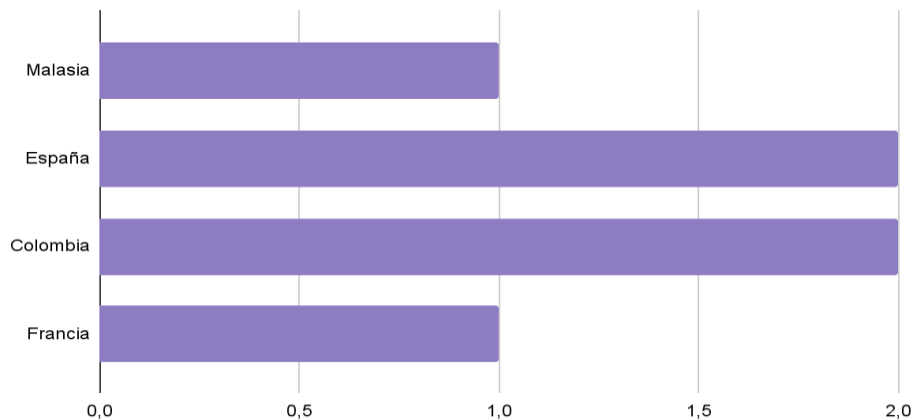
2. Estadísticas de las demandas a Chile

Considerando los 4 casos concluidos ante el CIADI y los 2 casos que aún se encuentran pendientes, se procederá a enseñar un breve resumen de la experiencia práctica de Chile ante el CIADI, en base al análisis de la nacionalidad de los inversores demandantes, las cláusulas invocadas y lo resuelto por el CIADI.

¹⁶⁹ (Caso CIADI No. ARB/21/40)

¹⁷⁰ (Caso CIADI No. ARB/21/27)

Nacionalidad del inversor extranjero



[Gráfico N°5: de elaboración propia en base a la información obtenida de <https://icsid.worldbank.org/cases/concluded>]

En cuanto a la nacionalidad de los inversores que han demandado a Chile, sólo en tres ocasiones provenían de una economía de “primer mundo”. Los dos casos españoles corresponden a controversias ya concluidas ante el CIADI, y el caso francés actualmente se encuentra pendiente de resolución.

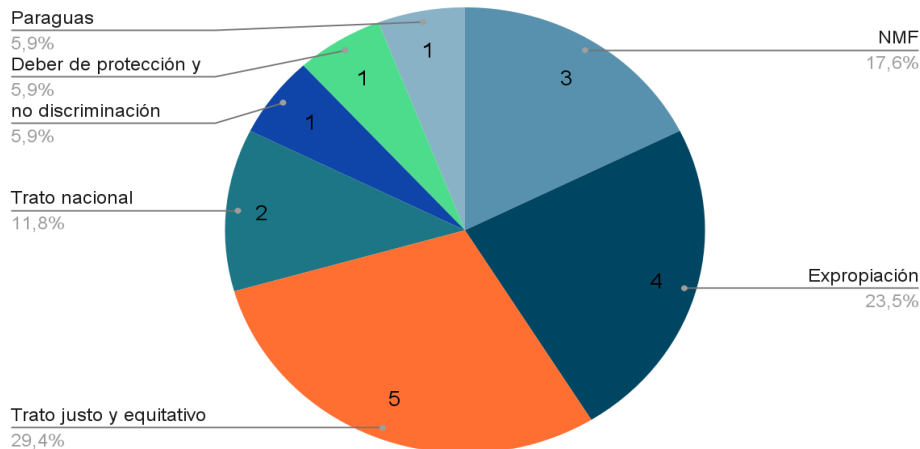
Resulta interesante contrastar esta información con lo propuesto por Transnational Institute (TNI) en su informe sobre América Latina¹⁷¹, en el cual se concluyó que el 86,7% de las demandas fueron presentadas por inversores estadounidenses, canadienses y europeos. Y que en ese sentido, el país que más hace uso del sistema de controversias ISDS como demandante es Estados Unidos, cuyos inversores han accionado los mecanismos ISDS contra algún país latinoamericano 98 veces. Así las cosas, es posible apreciar Chile aún no ha recibido ninguna demanda por parte de inversores provenientes de EEUU o Canadá, sin embargo, ya se han presentado tres controversias con países de la Unión Europea.

Particularmente, en relación con esto último, será de vital importancia ser cuidadosos durante el procedimiento actual de renegociación y modernización del acuerdo Chile-UE, pacto comercial que rige desde 2003. No solamente por la idea de establecer un marco jurídico que regule de manera coherente y consistente las inversiones entre Chile y la UE, cuyo fin será reemplazar los 16 Acuerdos de Protección de Inversiones bilaterales vigentes entre Chile y Estados miembros del bloque, sino que también, será una instancia importantísima si se desea mayor protección a los derechos laborales y del medio ambiente, tanto en general como, en relación a asuntos de inversión extranjera.¹⁷²

¹⁷¹ ISDS. (2020). *Resumen Ejecutivo*. [Disponible en: <https://isds-americalatina.org/en-numeros/>].

¹⁷² Molina, T. (Mayo 12, 2022). *Ante polémica por “consulta” sobre tratados comerciales: En qué consiste la modernización del acuerdo Chile-UE*. Emol.com. [Disponible en: <https://www.emol.com/noticias/Economia/2022/05/13/1060809/modernizacion-tratado-comercial-chile-ue.html>].

Cláusula invocada por el inversionista

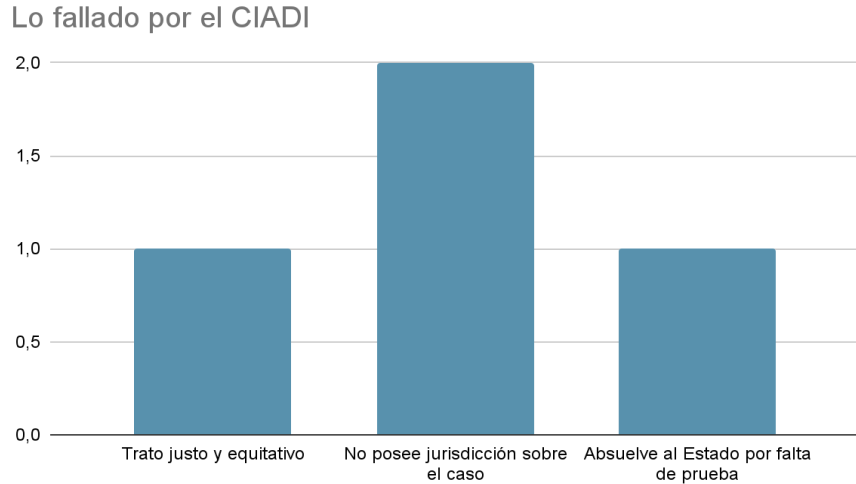


[Gráfico N°6: de elaboración propia en base a la información obtenida de <https://icsid.worldbank.org/cases/concluded>]

Ahora, en cuanto a las cláusulas más invocadas por los inversionistas para demandar al Estado chileno ante el CIADI, es curioso observar que en los cuatro casos concluidos más en uno de los pendientes, se reclamó violación del trato justo y equitativo, coronándose como la causa más invocada en este análisis. Lo anterior no resulta para nada sorprendente, debido al carácter genérico y ambiguo que posee este tipo de cláusulas, y por tal, resulta muy fácil que los inversores extranjeros puedan ajustar los supuestos de hecho a este tipo. Asimismo ocurre con la expropiación, concepto invocado en las cuatro controversias ya concluidas ante el CIADI, debido a que si esta no se encuentra bien definida en el AII, puesto que el CIADI en varios casos, como por ejemplo *Tza Yap Shum v. Perú*, ha interpretado que para que se configuren supuestos expropiatorios bastaría con la ejecución de medidas por parte del Estado que conlleven a la privación sustancial del uso y valor de la inversión, inclusive si no se ha visto afectada la titularidad formal del inversionista.¹⁷³

La cláusula de la nación más favorecida fue invocada por inversionistas extranjeros en el caso de 2 controversias concluidas y en una de las pendientes, con el objeto atraer para sí cláusulas más favorables contenidas en otros AII, inclusive tratando de extraer el consentimiento otorgado por un Estado para el acceso a un mecanismo de solución de conflictos en específico, como ocurrió en *MTD v. Chile* cuando a través del Artículo 3 del APPI Chile-Malasia, el cual establece la obligación del Estado a otorgar el Trato de la Nación más Favorecida, se les permitió a los inversionistas invocar la obligación de otorgar un trato justo y equitativo a la inversión establecido los AIIs suscritos por Chile con Croacia y con Dinamarca, haciendo exigible esta última respecto de la controversia chileno-malaya.

¹⁷³ ICSID. (2007). Investor-State. *Tza Yap Shum v. Republic of Peru*. [Disponible en: https://jsumundi.com/en/document/decision/es-tza-yap-shum-v-republic-of-peru-award-thursday-7th-july-2011#decision_476].



[Gráfico N°7: de elaboración propia en base a la información obtenida de <https://icsid.worldbank.org/cases/concluded>]

En la elaboración de este último gráfico, es necesario aclarar que no se han tomado en cuenta los casos aún pendientes de resolución, en razón de que obviamente si el CIADI no falla, poco puede analizarse. Así, en consideración únicamente de los cuatro laudos existentes en contra del Estado chileno, es posible apreciar en primer lugar, que el CIADI no se reconoce a sí mismo como una entidad omnipotente, competente para conocer de cualquier controversia que llegue a su conocimiento. El CIADI en más de una oportunidad ha reconocido su incapacidad, precisamente porque el artículo 25 del Convenio CIADI, establece requisitos jurisdiccionales objetivos, referentes al objeto material de la controversia, el cual ha de ser de naturaleza jurídica y derivado directamente de una inversión; y subjetivos, referentes a la calidad que tienen las partes del conflicto, toda vez que una de ellas debe ser un Estado contratante y la otra parte ha de ser nacional de otro Estado contratante; los cuales en conjunto a la prestación del consentimiento para que dicho organismo pueda conocer, radican su competencia sobre una controversia.

Asimismo, podemos ver gracias al *Caso Clarín*, que si la parte demandante no es capaz de probar el nexo causal entre la conducta del Estado y el daño efectivamente producido, además de su relación con una obligación contenida en un AII, como en este caso lo era el trato justo y equitativo, un Tribunal puede absolver al Estado por falta de prueba. Especialmente, si se considera que el Tribunal goza de discrecionalidad¹⁷⁴ para considerar la relevancia, importancia y credibilidad de las pruebas rendidas por las partes en base al N°34 inciso 1 de las Reglas de Arbitraje.¹⁷⁵ Finalmente, la violación al deber de dar trato justo y equitativo corresponde al único caso en que el Estado chileno fue afectado desfavorablemente tras el pronunciamiento de un laudo arbitral. Esto, en base a lo ya mencionado en el apartado referido al caso *MDT v. Chile*.

¹⁷⁴ ICSID. (2006). *Chapter IV. Written and Oral Procedures*. [Disponible en: <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc/partf-chap04.htm#r34>].

Rule 34:” *The Tribunal shall be the judge of the admissibility of any evidence adduced and of its probative value.*”

¹⁷⁵ CIADI. (s.f). *Prueba- Arbitraje en virtud del Convenio del CLADI*. [Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/es/servicios/arbitraje/convenio/proceso/prueba>].

A) Consecuencias para el Fisco tras el cumplimiento del laudo y su impacto en el desarrollo de políticas públicas

Como bien se ha mencionado anteriormente, los tribunales arbitrales como el CIADI no están facultados para dictar laudos condenatorios que impongan algo diferente de un pago indemnizatorio al inversor extranjero. El uso de la acción de indemnización de perjuicios como único remedio es parte de las características del arbitraje de inversiones. Por tanto, sería imposible, en razón del Convenio que lo funda y la forma en que los Estados han prestado su consentimiento a este, que el CIADI ordenara a un Estado a que modifique su regulación interna, por considerar que ésta atenta contra alguna obligación del acuerdo sobre inversión.

En ese sentido, el laudo emitido por el CIADI en el caso *MTD v. Chile* tuvo como única consecuencia directa el pago por concepto indemnizatorio de USD\$5.000.000. Monto que efectivamente se paga con dineros que provienen de la recaudación de impuestos de todos los chilenos. Pero fuera de esto, parecen declaraciones meramente especulativas sostener que el Estado se privó de implementar alguna política estatal por temor a ser demandado, cuando en los hechos, no se han emitido nunca declaraciones de esa naturaleza por parte del Fisco chileno.

Además, el Estado chileno ha tomado precauciones que merecen ser celebradas con el objeto de limitar la competencia de tribunales arbitrales como el CIADI, sobre todo en lo referente a determinación de daños y sanciones. El profesor CAMPUSANO, en su obra *“Reflexiones en torno a la participación de Chile en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones”*, hace un excelente análisis al identificar algunos de los AIIs que han sido redactados de forma protectora para el Estado. Por ejemplo, menciona el APPI Chile-Venezuela, el cual establece que la sentencia del tribunal arbitral sólo se limitará a determinar si existe o no un incumplimiento de la parte contratante y en el caso de que existan perjuicios, a fijar el monto de la compensación. Asimismo, se presentan formatos de redacción muy parecidos en otros acuerdos internacionales, como es el caso del TLC Chile-EEUU en su artículo 10.25 estable que *“cuando un Tribunal dicte un laudo definitivo desfavorable al demandado, el Tribunal podrá otorgar, por separado o en combinación, únicamente: (a) daños pecuniarios y los intereses que procedan; (b) restitución de la propiedad, en cuyo caso el laudo dispondrá que el demandado podrá pagar daños pecuniarios, más los intereses que procedan en lugar de la restitución.”*¹⁷⁶ Así las cosas, en razón de la naturaleza de derecho privado que posee el arbitraje de inversiones, es posible entender que inclusive en los AIIs que esta limitación a la competencia no se realice de forma expresa, igualmente ha de entenderse incluida.

Ahora bien, estamos de acuerdo en que resulta problemático que tras laudos condenatorios sólo los Estados sean condenados a pagar por su incumplimiento, y no así los inversionistas. Quienes no se verán obligados al pago de indemnizaciones por considerarse que ellos fueron culpables de incumplimiento contractual, simplemente porque es no es la lógica bajo la cual fue diseñado el sistema. Los inversionistas extranjeros no se ven compelidos a realizar ningún pago a menos que el Tribunal estime que su solicitud carece de fundamentos de hecho y de derecho tan graves que condene a los inversionistas al pago de costas y de lo que haya desembolsado el Estado en su defensa. Por lo que además, de las consecuencias en términos pecuniarios que un

¹⁷⁶ Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales. (2003). *Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de los Estados Unidos de América*. [Disponible en: https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/acuerdos/eeuu/texto-completo-acuerdo-chile---eeuu.pdf?sfvrsn=6d3f9dde_2].

laudo desfavorable para el Estado pudiesen significar, podríamos sostener que los Estados se ven afectados a inseguridad, debido a las inconsistencia y falta de predictibilidad de las decisiones a las que puedan llegar el tribunal arbitral, afectando no el proceso de toma de decisiones gubernamentales al interior de los poderes públicos del Estado, sino más bien, la seguridad de que dichos actuaciones no constituyen un ilícito internacional.¹⁷⁷

B) Principales riesgos de las disposiciones contenidas en AII's para el desarrollo de políticas estatales

La forma en cómo se redactan las disposiciones de los acuerdos sobre inversión son esenciales para determinar la extensión y límites de las obligaciones estatales, pero además, como una forma de prevención sobre que políticas o actividades estatales pudiesen verse afectadas tras la firma de un AII.

En el entendido de que como parte de la soberanía y poder de jurisdicción, que pertenece al Estado sobre todas las personas y cosas que se encuentren en su territorio, internacionalmente se reconoce el derecho de los Estados de afectar la propiedad privada, siempre que se realice con respeto a tres límites que, al día de hoy pudiesen considerarse prácticamente de acuerdo universal. Siendo esto (i) medidas fundamentadas en razones de utilidad pública, (ii) que no sean adoptadas de forma discriminatoria., y (iii) que le suceda un pago a modo compensatorio por los daños que la medida pueda provocar. La manera en cómo se encuentren redactados al interior de un AII conceptos como inversionista; inversión o expropiación vendrán a jugar un rol de vital importancia en la determinación el nivel al cual se encontrara comprometido el Estado receptor de la inversión en el desarrollo de políticas o actividades en pos de su población.

En la práctica, estos conceptos son mencionados de forma muy ambigua en los diferentes AII's suscritos por Chile. Y lamentablemente, *“la ambigüedad de los términos, sumado al gran número de actividades estatales que quedan bajo el alcance de los acuerdos sobre inversión, representa el talón de Aquiles de este sistema de protección a la inversión extranjera.”*¹⁷⁸ En ese sentido, debido a la imprecisión de las disposiciones, un tribunal como el CIADI queda encargado de la interpretación de la palabra escrita, lo que puede llegar a adquirir características de creación de derecho.¹⁷⁹ Por eso mismo, resulta tan importante que la forma en cómo se redacten las cláusulas de un AII, además de conceder derechos a los inversionistas y establecer deberes para el Estado, contengan disposiciones que eviten o prevengan el mal uso de las mismas cláusulas.

Ahora, como se ha mencionado, los tribunales del CIADI conocen de acciones reclamatorias por daños, generalmente relacionadas a una presunta expropiación directa o indirecta contra el Estado. En ese sentido, conocen de materias que clásicamente corresponderían a tribunales nacionales, como lo es responsabilidad del Estado y expropiación. Posicionándose así, los conflictos ISDS por sobre la jurisdicción local. Bajo esta lógica, me parece que si sería posible entender que existe cesión de poder de decisión jurisdiccional, pero no que se cede soberanía política ni legislativa. Esto último, es la clásica crítica en contra del sistema de arbitraje de

¹⁷⁷ ARRSE ORTIZ, Daniela, *Modelo Chileno de Tratados sobre Inversión*, (Santiago, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile), pp. 171-173.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 182.

¹⁷⁹ MONTE, Santiago. *What International Investment Law and Latin America Can and Should Demand from Each Other. Updating the Bello/Calvo doctrine in the BIT generation*, en KINGSBURY, Benedict; GORGILLO, Agustín; STEWART, Richard; NINO, Ezequiel (ed.), *El Nuevo Derecho Administrativo Global de América Latina* (Nueva York, Institute for International Law and Justice, 2014), p. 15.

inversiones, sin embargo, creo que fallan en diferenciar que el CIADI es un foro que sólo decide derecho, ante el cual meramente se presentan acciones por daños, perjuicios y solicitudes de compensación. En ese sentido, no se da espacio a la posibilidad de que se proceda a la ordenación de medidas de índole político o legislativo. De esta manera, la única manifestación de cesión de soberanía que podría provocarle a un Estado un pronunciamiento del CIADI es la disminución, en casos particulares, de su autonomía jurisdiccional, toda vez en cuanto el conflicto será conocido por un Centro arbitral internacional y que la decisión que este pronuncia no podrá ser revisada por la jurisdicción nacional.

3. *Apreciaciones sobre las propuestas presentadas para una potencial reforma al modelo de inversión internacional chileno*

Tras las movilizaciones sociales que tuvieron lugar a lo largo de todo el país a consecuencia del “estallido social” el pasado 18 octubre de 2019, surge la posibilidad de iniciar un proceso constituyente, lo cual se concretiza con la firma del llamado “Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución” el 15 de noviembre de 2019. En consecuencia, el 25 de octubre de 2020 se realizó un plebiscito en el cual el pueblo chileno votó a favor de aprobar la redacción de una nueva Constitución, y desde el 16 de mayo de 2021 se encuentran designadas las 155 personas que forman parte de la Convención Constitucional. Entidad encargada de redactar el nuevo texto constitucional de la República de Chile, el que a su vez fue sometido a un plebiscito de salida el domingo 4 de septiembre de 2022, a fin de determinar si los ciudadanos chilenos aprueban o rechazan el resultado del trabajo de la Convención Constituyente en la creación de la nueva Carta Fundamental.¹⁸⁰

Con miras a dicho objetivo, la Convención Constituyente, el pasado 21 de marzo desde la Comisión de Economía, se pre aprobó un artículo que expresamente establecía que “*El Estado no podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que reconozca jurisdicción a instancias de arbitraje internacional, en controversias de índole comercial, entre el Estado e inversionistas extranjeros.*”¹⁸¹ Otorgándole un plazo de dos años al Presidente de la República para que re negocie todos los Tratados Internacionales vigentes contrarios a esta disposición. Lo cual, sin duda equivale a una modificación significativa del ordenamiento jurídico chileno actual y de la principal estrategia de comercio internacional del país.

Esta decisión fue basada en el informe “*Chile – Impactos del sistema de protección de inversiones y arbitraje: Aportes para el proceso constituyente*”¹⁸² publicado por ISDS América Latina, en el cual, a partir del análisis de los casos inversor-Estado que involucran al Estado chileno, se presentaron la siguiente serie de recomendaciones;

1. “*La incorporación de artículos en la nueva Constitución chilena que prohiban el arbitraje en base a tratados con inversores extranjeros.*”

¹⁸⁰ Chile Atiende. (2022). *Proceso Constituyente*. [Disponible en: <https://www.chileatiende.gob.cl/fichas/72504-proceso-constituyente#:~:text=La%20Convenci%C3%B3n%20Constituyente%20tendr%C3%A1%20por,tarea%20que%20le%20fue%20encargada>].

¹⁸¹ Convención Constitucional. (2022). *Iniciativa Presentada Por Convencionales Constituyentes Sobre “Tratados Internacionales De Inversiones”*. [Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/02/820-Iniciativa-Convencional-Constituyente-del-cc-Mauricio-Daza-sobre-TTII.pdf>].

¹⁸² ISDS. (s.f.). *Chile- Impactos del sistema de protección de inversiones y arbitraje. Aportes para el proceso constituyente*. [Disponible en: <https://isds-americalatina.org/perfiles-de-paises/chile/>].

2. *El inicio de un proceso de denuncia de todos los tratados de inversión que posee Chile, e iniciar una revisión de los tratados de libre comercio que incluyen compromisos en materia de inversiones extranjeras. Asimismo, requerir la salida de Chile del CLADI.*

3. *El impulso de una auditoría de todos los tratados de inversión y del sistema de arbitraje de Chile. Con esto se puede comprender de un modo integral los efectos de los TBI y de los capítulos de inversión de los TLC.*

4. *La incorporación de mecanismos vinculantes sobre los modos en que se negocian los tratados que incluyen compromisos en materia de comercio e inversiones. Se puede exigir la existencia de mecanismos de transparencia en las negociaciones de tratados de inversión y de comercio que desarrolle Chile a futuro.”¹⁸³*

Respecto de los puntos 3 y 4, me parece que su razonabilidad es casi innegable. No hay nada malo con un poco de transparencia en los procesos de negociación ni con la solicitud de estudios que nos den cuenta del impacto que están teniendo ciertas políticas exteriores al interior de nuestro país. Estar revisando constantemente nuestras acciones es lo que permite que nos adelantemos y podamos evitar la comisión de errores. Inclusive, si se desarrollara en base a una ley con procedimientos pre establecidos, podría llegar a potenciar aún más los éxitos de Chile ante las controversias ISDS. Por ejemplo, un mayor aumento de transparencia en los canales y mecanismo establecidos para negociaciones tanto, de los tratados vigentes como de algunos futuros, pareciera un punto fuerte para lograr aportar nuevas perspectivas a procesos que por regla general se dan a puerta cerrada, particularmente como un instrumento para reducir en cierta medida las posibilidades de que autoridades firmen indiscriminadamente tratados o contratos de inversión extranjera cegados por expectativas meramente especulativas supeditadas a eventuales hechos futuros.

Además, en virtud del proceso constituyente que el país vivió, si hubiese sido aprobada una nueva Constitución, de igual manera todos los Tratados deberían haber sido revisados y re ajustados en caso de que fuese necesario para que sus textos se hallasen en concordancia con la Carta Fundamental chilena. Pues es claro, que ante cambios a la base del ordenamiento jurídico chileno, será tarea obligatoria para el gobierno de turno la revisión de todas las leyes de la República con el fin de identificar si hay alguna que contravenga a la Nueva Constitución, lo cual por cierto incluiría a todos los Tratados y AIIs. Así las cosas, parece del todo razonable que se proceda a la revisión de los Tratados para determinar efectivamente en qué manera ayudan o perjudican a los intereses de la nación. Sobre todo, cuando se espera que Chile adopte nuevas estrategias de desarrollo para re posicionarse como una nación competitiva en el mundo globalizado. Recalcando que una revisión no significa romper con todos los Tratados automática ni unilateralmente, de hecho, el economista PIZARRO GARIAZZO opina respecto de este punto que es necesario “(...) *construir, sobre la base de políticas públicas serias que se han implementado exitosamente en otros países, en el contexto de la crisis climática y la demanda por mayor equidad, una nueva estrategia de desarrollo que logre construir una sociedad más justa y un desarrollo económico sostenible. Esto no va a ocurrir de un día para otro, ni tampoco va a ser fácil, pero es necesario comenzar. Por ello, la revisión de los TLC no solo es necesaria sino fundamental para evaluar de qué manera estos, efectivamente, contribuyen a apoyar una nueva estrategia de desarrollo económica sustentable de largo plazo.*”¹⁸⁴

¹⁸³ GHIOTTO, Luciana; MÜLLER, Bettina, *Impactos del sistema de protección de inversiones y arbitraje en Chile. Aportes para el proceso constituyente* (Chile, ISDS en números, 2021), p. 24.

¹⁸⁴ Pizarro, R. (Octubre 28, 2021). *Tratados de Libre Comercio y el programa de Boric*. El Mostrador. [Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2021/10/28/tratados-de-libre-comercio-y-el-programa-de-boric/>].

Ahora bien, en cuanto a los puntos 1 y 2 encuentro mayores complicaciones. Pues parecen reformas sumamente radicales que modificarían el panorama económico y jurídico actual sustancialmente, a lo cual podrían una ola de demandas por controversias ISDS. Esto, en el entendido que una prohibición constitucional a los Tratados que establezcan el arbitraje como mecanismo de solución de conflictos implicaría que automáticamente pasaríamos de 62 textos que hoy son ley vigente, a 62 textos ilegales por ir en contra del principio de supremacía constitucional. Situación que habría que solucionar a la brevedad.

En Chile, la mayoría de los Tratados y Convenios fueron firmados durante los años noventa, y por regla general poseían una duración de 10 años con renovación automática, a menos que en base a un acuerdo entre el Ejecutivo y el Legislativo se decidiese terminarlo. Bajo esta lógica, hoy la mayoría de los AII's vigentes estarían en posición de ser terminados, sin embargo, por la forma de redacción de los mismos, existe una “*cláusula de supervivencia*”, la cual implica que incluso una vez terminado el Tratado, se dará igualmente protección a los inversores que hubiesen dado inicio a sus inversiones mientras el tratado hubiese estado en vigencia, cláusula que tendría un periodo de supervivencia de entre 5 a 20 años según se estipule en el tratado en particular. En ese sentido, inclusive si se decidiese terminar, por la vía pacífica y mediante los procedimientos pre establecidos, con todos los Tratados que contemplen al arbitraje como mecanismo de solución a potenciales controversias ISDS, de todas maneras, no se podría ir en contra de la cláusula de supervivencia. Lo anterior, implicaría que todos los inversionistas extranjeros tendrían una ventana de al menos 5 años para presentar sus demandas ISDS ante el CIADI o a la institución que corresponda. En 5 años podrían presentarse un centenar de demandas, bien lo indica la experiencia Argentina, quien sólo durante 2001 recibió 20 demandas ante el CIADI. De seguirse esta opción, me gustaría dejar planteada la pregunta ¿vale realmente la pena salirse de todos los Tratados que contemplen al arbitraje como mecanismo de solución de controversias ISDS y arriesgarse a una oleada masiva de demandas por incumplimiento de AII's, simplemente por evitar un número incierto de posibles futuras demandas? Cuando en la realidad es que durante los 30 años de vigencia del Convenio CIADI en Chile, sólo se han recibido 7 demandas, lo que representa un promedio de 0,23% demandas presentadas al año. De primeras, y como apreciación personal, me aventuraré a decir que la respuesta es negativa. La experiencia chilena no ha sido la misma de un porcentaje de países latinoamericanos, y por lo mismo, no podríamos más que especular al afirmar que ese es el destino que se nos avecina, mientras no exista ninguna estadística empírica que lo avale. Por tanto, me parece que un potencial riesgo tan grande no puede afirmarse compensado en base a una ventaja especulativa.

Dicho esto, es importante aclarar que esta iniciativa convencional no logró ser formalmente parte de la Propuesta de Borrador Constitucional aprobada por la Convención Constituyente en mayo de este año. Por tanto, una prohibición constitucional a la posibilidad de pactar Tratados internacionales que reconozcan jurisdicción a centros de arbitraje internacional es algo que formalmente no pasó a estar sobre la mesa. En el borrador entregado, simplemente se estableció que “*al negociar los tratados o instrumentos internacionales de inversión o similares, el Presidente de la República procurará que las instancias de resolución de controversias sean, preferentemente, permanentes, imparciales e independientes.*”¹⁸⁵ Enunciado que pareciera casi como una mera recomendación, toda vez que no

¹⁸⁵ Convención Constitucional. (2022). *Consolidando Normas Aprobadas para la Propuesta Constitucional por el Pleno de la Convención*. p. 33-35. [Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/05/PROPUESTA-DE-BORRADOR-CONSTITUCIONAL-14.05.22.pdf>].

impone una opción en concreto, si no que sólo se sugiere que se prefiera un tribunal permanente, imparcial e independiente. A la fecha de finalización de esta memoria, la propuesta definitiva de Nueva Constitución no se encontraba publicada, por lo que el análisis del articulado definitivo no pudo ser parte de este trabajo. En ese sentido, sólo pudo esperarse que, de aprobarse una Nueva Constitución, la redacción que apruebe el pleno de la Convención haya sido implementada de manera cuidadosa, respetando los compromisos internacionales asumidos por el Estado. O de lo contrario podríamos enfrentarnos a una oleada de demanda, cuyas consecuencias políticas y económicas serían desastrosas.

CONCLUSIONES

El arbitraje de inversiones está sufriendo una crisis de legitimidad en el mundo y en Chile, a tal nivel que incluso se ha planteado desde la Convención Constituyente la posibilidad de su prohibición por vía constitucional.

Entendiendo que sólo los Estados pueden crear normas de derecho internacional, y no así los jueces de tribunales internacionales, a lo largo de las líneas precedentes se procedió a destacar la diferencia entre una postura que afirma que el Estado al otorgar su consentimiento renuncia a la posibilidad de que el laudo sea revisado por tribunales nacionales, y otra en la que el Estado renuncia a ejercer libremente su poder regulatorio por el hecho de haber consentido en la firma de un AII. En ese sentido, este trabajo adscribe a la primera alternativa, por lo que no estimamos correcto afirmar que existe una cesión de soberanía política y legislativa al adscribir al Convenio CIADI, toda vez que este es un foro que conoce únicamente de acciones reclamatorias por daños, generalmente relacionadas a una presunta expropiación directa o indirecta contra el Estado. Dicho esto, en consideración a que estos son asuntos que clásicamente corresponderían a tribunales nacionales, como son las materias de responsabilidad del Estado y de expropiación, es dable sostener que los conflictos ISDS se posicionan por sobre la jurisdicción local, en consecuencia, si existiría una cesión de poder de decisión jurisdiccional, mas no una cesión de soberanía política ni legislativa.

En el capítulo II, se procedió a realizar una investigación exploratoria, en la que se trabajó con 88 laudos en los que los Estados de Chile, Argentina, Venezuela y Perú fueron demandados ante el CIADI para la resolución de conflictos derivados de contratos de inversión en el contexto de un AII vigente. En el estudio efectuado se analizaron los resultados generales obtenidos ante el foro, los resultados por país, las políticas estatales más cuestionadas y los sectores relacionado económicos. A través del análisis de laudos, pudo desmitificarse la idea de que el CIADI es un foro pro-inversor, toda vez que el 57,2% de los laudos evaluados no representaron un resultado a favor del inversor. De esta manera, se concluyó que toda estadística que deje afuera los casos que concluyen en acuerdo, se encontraría incompleta, pues los casos terminados por acuerdo entre las partes corresponden a una representación de la realidad de un alto porcentaje de demandas presentadas ante el Centro. Asimismo, pudo observarse que existen países que poseen números de demandas considerablemente mayores a otros y que se debe, básicamente, a que en tales Estados ha ocurrido un cambio en el *status quo* muy grande devenido de un periodo de crisis sociales, políticas o económicas, y han carecido del capital humano necesario para el buen manejo de las mismas. Por último, se concluyó que las demandas al Estado surgen esencialmente de incumplimientos contractuales concretos más que de meras acciones de gobierno de los Estados en uso de su potestad soberana. Las políticas públicas en cuestión, a pesar de encontrar fundamento desde la óptica estatal, contravinieron algún elemento del contrato de inversión y

es en razón de ello que fue reclamada ante el organismo. En este sentido, las críticas al mecanismo ISDS por su potencial efecto enfriador de los poderes reguladores del Estado parecerían meramente especulativas, toda vez que se hace imposible medir a ciencia cierta el nivel efectivo de influencia que los conflictos ISDS tienen en los procesos de elaboración de leyes y políticas. A mayor abundamiento, siquiera se ha probado que un conflicto ISDS tenga más influencia sobre el Estado que las propias acciones ordinarias que los nacionales puedan iniciar dentro del sistema jurisdiccional interno.

A través de esta investigación, hemos podido reconocer que, si bien el sistema de arbitraje de inversiones ante el CIADI posee ventajas, no es ajeno a imperfecciones. De esta manera, estimo que no resulta aconsejable adoptar una opinión y considerarla como la verdad absoluta. Como es sabido, a la luz del Derecho no es fácil llegar a una respuesta unívoca y clara: siempre hay que distinguir. Sin embargo, respecto al impacto y las consecuencias que han traído específicamente para Chile los laudos pronunciados por el CIADI, luego de analizados los 4 casos concluidos y los 2 casos que aún se encuentran pendientes, se concluyó que, debido a que el Centro no está facultado para dictar laudos condenatorios que impongan algo diferente de un pago indemnizatorio al inversor extranjero, se hace imposible que el CIADI ordene al Estado la modificación su regulación interna. Por lo mismo, en el caso *MTD v. Chile*, único laudo desfavorable hasta la fecha para nuestro país, el Fisco tuvo como única consecuencia directa el pago por concepto indemnizatorio de USD\$5 millones, no siendo compelido a la modificación de su regulación interna ni a llevar a cabo ningún tipo de acciones. Así, pareciera que sostener que el Estado se privó de implementar alguna política estatal por temor a ser demandado, equivaldría a emitir declaraciones meramente especulativas.

En ese sentido, al menos desde la perspectiva de esta autora, adoptar la tesis extremista de la necesidad y urgencia de denunciar todos los instrumentos internacionales que reconozcan jurisdicción a centros de arbitraje internacional, y con ello, suprimir el derecho internacional de inversiones como una posibilidad dentro del universo jurídico chileno, me parece un gran error y una decisión que estaría basada en temores especulativos, y no en la experiencia chilena. Por lo mismo, finalizada esta investigación, ratifico mi postura y sostengo que no representa un riesgo para la República de Chile continuar con su adscripción al CIADI, en consideración a la influencia que pueden tener los laudos arbitrales emitidos por el mismo Centro, en el desarrollo de la potestad política y regulatoria del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

ACERIS LAW LLC, (s.f.). *Arbitraje internacional*. International Arbitration Attorney [visible en internet: <https://www.international-arbitration-attorney.com/es/investment-arbitration/>].

AGUILAR GOEZ, María Isabel; BOTERO URIBE, Alejandro, *El arbitraje de las inversiones y su influencia en el desarrollo sostenible*, en *Journal of International Law*. 7 (2016) 1.

AHUMADA, José Miguel, *El TLC entre Chile y Estados Unidos: de la euforia a la frustración*, en MARTNER, GONZALO; Rivera, Eugenio, (ed.) *Radiografía Crítica del Modelo Chileno*, (Chile, Lom, 2013).

ÁLVAREZ ÁVILA, Gabriela, *Las Características del Arbitraje del CIADI*, en *Revista jurídicas UNAM*. 2, (2002), [visible en internet: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/32/35>].

ALVAREZ, Gloria María; Blasikiewicz, Blazej; van Hoolwerff, Tabe; Koutouzi, Kleopatra; Lavranos, Nikos; Mitsi, Mary; Spiteri-Gonzi, Emma; Verdegay Mena, Adrian; Willinski, Piotr, *A Response to the Criticism against ISDS by EFILA*, en *Journal of International Law*. 33 (2016), 1.

ARRSE ORTIZ, Daniela, *Modelo Chileno de Tratados sobre Inversión*, (Santiago, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile).

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (2010). *Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos*. Dipublico. [visible en internet: <https://www.dipublico.org/4076/responsabilidad-del-estado-por-hechos-internacionalmente-ilicitos-ag5683/>].

BANCO CENTRAL DE CHILE. (s.f). *Inversión Extranjera Directa (IED)*. [visible en internet: <https://www.bcentral.cl/web/banco-central/areas/estadisticas/inversion-extranjera-directa-ied#:~:text=La%20IED%20es%20la%20categor%C3%ADa,de%20su%20inversi%C3%B3n%20lo%20que>].

BANCO CENTRAL DE CHILE (s.f.) *Balanza de Pagos y Posición de Inversión Internacional*. [visible en internet: <https://www.bcentral.cl/web/banco-central/areas/estadisticas/balanza-de-pagos-y-posicion-de-inversion-internacional#:~:text=Al%20cierre%20de%20marzo%202022,PIB%20en%20t%C3%A9rminos%20anuales>].

BAS VILIZZIO, Magdalena, *Protección de los derechos humanos en la solución de controversias Estado-inversor: ¿confluencia o bifurcación de caminos?*, en *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. 7 (2019), 14.

BAS VILIZZIO, Magdalena; MICHELINI, Felipe, *Arbitraje de inversiones y derechos humanos: un análisis particular del caso Philip Morris contra Uruguay* (Uruguay, Bibliotecaplural, 2017).

BCN. (s.f). *Historia de la Ley N. 20.848*. BCN. [visible en internet: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=74454>] [<https://www.bcn.cl/historiadela Ley/historia-de-la-ley/vista-expandida/4027/>].

BENTOLILA, DOLORES, *Hacia una jurisprudencia arbitral en el arbitraje internacional de inversiones*, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, (2012).

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (BCN). (s.f). *Tratados Internacionales firmados por Chile*. [visible en internet: https://www.bcn.cl/leychile/consulta/tratados_por_pais].

BLANCO, M. J. (Mayo 19, 2022). *Morgan Stanley y JP Morgan emiten primeros comentarios sobre el borrados de la nueva Constitución chilena*. Forbes [visible en internet: <https://forbes.cl/economia-y-finanzas/2022-05-19/morgan-stanley-y-jp-morgan-emiten-los-primeros-comentarios-sobre-el-borrador-de-la-nueva-constitucion-chilena/>].

BOFILL MIR & ALVAREZ JANA. (s.f.). *Arbitrajes de Inversión y Nueva Constitución* [visible en internet: <https://www.bmaj.cl/es/publications/arbitrajes-de-inversion-y-nueva-constitucion/>].

BOHOSLAVSKY, J., Justo, J. (2011). *Protección del derecho humano al agua y arbitrajes de inversión*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

BOTTINI, Gabriel, *Protección a las inversiones extranjeras*, en GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina (ed.), *Lecciones de Derecho Internacional Público* (Buenos Aires, Erreius, 2015).

CADDELL J., JENSEN, N. (2014) *Which Host Country Government Actors are Most Involved in Disputes with Foreign Investors?*. [visible en internet: <https://doi.org/10.7916/D8M32SWK>].

CAMPUSANO, Raul, *Algunas reflexiones en torno a la participación de Chile en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CIADI*, en *Revista Actualidad Jurídica* 32 (2015).

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI). (s.f.). *Estados de miembros*. [visible en internet: <https://icsid.worldbank.org/es/acerca/estados-miembros>].

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. (2017). *Laudo. Procedimiento entre Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. y La República Argentina* [visible en internet: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9237.pdf>].

CHILE ATIENDE. (2022). *Proceso Constituyente*. [visible en internet: <https://www.chileatiende.gob.cl/fichas/72504-proceso-constituyente#:~:text=La%20Convenci%C3%B3n%20Constituyente%20tendr%C3%A1%20por,tarea%20que%20le%20fue%20encargada>].

CIADI. (s.f.). *Acerca del CIADI*. [visible en internet: <https://icsid.worldbank.org/es/acerca/CIADI>].

CIADI. (2006). *Convenio CIADI, Reglamento y Reglas*. [visible en internet: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>].

CIADI. (s.f.). *Descripción General de un arbitraje de conformidad con el Convenio del CIADI*. [visible en internet: <https://icsid.worldbank.org/es/servicios/arbitraje/convenio/proceso/descripcion-general>].

CIADI. (s.f.). *Propuesta de Enmiendas al Reglamento y a las Reglas del CIADI*. [visible en internet: <https://icsid.worldbank.org/es/recursos/reglamento/enmendar-de-la-reglamento-y-el-reglas-del-ciadi-documentos-des-trabajo>].

CIADI. (s.f.). *Acerca de las Enmienda del CIADI*. [visible en internet: <https://icsid.worldbank.org/es/node/81961>].

CIADI (s.f). *Prueba- Arbitraje en virtud del Convenio del CIADI*. [visible en internet: <https://icsid.worldbank.org/es/servicios/arbitraje/convenio/proceso/prueba>].

CIAR GLOBAL. (Junio 4, 2021). *Estudio Analiza Costes, Daños y Duración De Los Arbitrajes De Inversiones*. CIAR Global. [visible en internet: <https://ciarglobal.com/estudio-analiza-costes-danos-y-duracion-de-los-arbitrajes-de-inversiones/>].

CIAR GLOBAL. (21 Septiembre, 2016). *Una visión Crítica Del Arbitraje De Inversión, La Experiencia Ecuatoriana*. [visible en internet: <https://ciarglobal.com/una-vision-critica-del-arbitraje-de-inversion-experiencia-ecuatoriana/>].

CNN CHILE. (Octubre 14, 2021). *Boric por “revisión” de acuerdo internacionales: “En ningún caso pensamos en dejar de tener Tratados de Libre Comercio”*. [visible en internet: <https://www.cnnchile.com/elecciones2021/boric-propuesta-revision-tratados-internacionales-20211014/>].

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE CHILE (1980). Artículo 5. *Gaceta Asamblea Constituyente de 1980 N. 2*. [visible en internet: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_chile.pdf].

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE CHILE. (1980). Artículo 19. *Gaceta Asamblea Constituyente de 1980 N. 21*. [visible en internet: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_chile.pdf].

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE CHILE (1980). Artículo 19. *Gaceta Asamblea Constituyente de 1980 N. 22*. [visible en internet: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_chile.pdf].

CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL. (2022). *Iniciativa Presentada Por Convencionales Constituyentes Sobre “Tratados Internacionales De Inversiones”*. [visible en internet: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/02/820-Iniciativa-Convencional-Constituyente-del-cc-Mauricio-Daza-sobre-TII.pdf>].

CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL. (2022). *Consolidando Normas Aprobadas para la Propuesta Constitucional por el Pleno de la Convención* [visible en internet: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/05/PROPUESTA-DE-BORRADOR-CONSTITUCIONAL-14.05.22.pdf>].

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2019). *ABC Corte Interamericana de Derechos Humanos 2019. El cómo, cuándo, dónde y porque de la corte interamericana de derechos humanos*.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2001). Sentencia. *Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2006). Caso. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile Sentencia de 26 de septiembre de 2006*.

DIARIO UCHILE (Mayo 17, 2022). *Morgan Stanley sobre proyecto de constitución en Chile: “No vemos indicios de elementos perturbadores para la política macroeconómica”*. Radio Uchile. [visible en internet:

<https://radio.uchile.cl/2022/05/17/morgan-stanley-sobre-proyecto-de-constitucion-en-chile-no-vemos-indicios-de-elementos-perturbadores-para-la-politica-macroeconomica/>].

DICCIONARIO PANHISPÁNICO DEL ESPAÑOL JURÍDICO. (s.f.). Citación. En *dpej.rae.es* [visible en internet: <https://dpej.rae.es/lema/in-dubio-mitius#:~:text=En%20caso%20de%20duda%2C%20lo%20m%C3%A1s%20benigno>].

DE MATTOS, Carlos A., *Santiago de Chile, globalización y expansión metropolitana: lo que existía sigue existiendo*, en *Revista EURE*. 25 (1999), 76.

DÍEZ PÉREZ-COTAPOS, Cariola. *Como hacer negocios en Chile 2020*. (Chile, Cariola Díez Pérez-Cotapos SPA, 2020).

ECHAIDE, JAVIER, *Demandas en el CLADI y el derecho humano al agua: ¿tratados de inversión vs. derechos humanos?*, en *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*. 31 (2016).

EL ECONOMISTA (Enero 17, 2022). *Inversión Extranjera Directa determinante en el desarrollo y empleo de Chile*. [visible en internet: <https://www.economista.es/empresas-finanzas/noticias/11568596/01/22/Inversion-Extranjera-Directa-determinante-en-el-desarrollo-y-empleo-de-Chile.html>].

EQUIPO ESTADO DIARIO (Julio 1, 2020). *La Defensa del Estado de Chile en Arbitrajes de Inversión*. Estado diario [visible en internet: <https://estadodiario.com/al-aire/la-defensa-del-estado-de-chile-en-arbitrajes-de-inversion/>].

FERNÁNDEZ AROYO, Diego P., *El auge del arbitraje frente al debate sobre su legitimidad*, en *The Transformation of Enforcement*, (2013).

GAILLARD, Emmanuel, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, en *Recueil des Cours*. 49 (2007), 9.

GHIOTTO, Luciana; Müller, Bettina, *Impactos del sistema de protección de inversiones y arbitraje en Chile. Aportes para el proceso constituyente* (Chile, ISDS en números, 2021).

GHIOTTO, Luciana; Pascual, Rodrigo, *El CLADI y las inversiones: acerca de la necesidad de certezas*, en *Realidad Económica*. 238, (2008).

GRINÓ, Miquel, *Arbitraje de inversiones. Concepto y evolución. Una breve introducción al tema*, en Ginés Castellet, Núria; Stampa, Gonzalo (ed.), *El arbitraje internacional. Cuestiones de actualidad*, (Barcelona, Ed. J.M. Boch Editor, 2009).

HERRERA, Ricaurte; Catherine, María, *Criterios para la construcción de un sistema de solución de controversias en materia de inversiones que perfeccione el mecanismo aplicado por el CLADI*, (Ecuador, Tesis Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, 2009).

HITTERS, Juan Carlos, *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)*, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*.10 (2008).

HODGSON, M. (Diciembre 14, 2017). *Investment Treaty Arbitration: cost, duration and size of claims all show steady increase*. Allen&Overy [visible en internet: <https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/publications/investment-treaty-arbitration-cost-duration-and-size-of-claims-all-show-steady-increase>].

ICSID (2006). *ICSID Convention, Regulations and Rules*. [visible en internet: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>].

ICSID (2015). *The ICSID Caseload Statistics*. [visible en internet: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/Caseload%20Statistics/en/ICSI D%20Web%20Stats%202015-1%20%28English%29_Redacted.pdf].

ICSID (1991). Caso. *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. The Argentine Republic* [visible en internet: <https://www.italaw.com/cases/1144>].

ICSID (1998). Caso. *Víctor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile* [visible en internet: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/22/pey-casado-and-allende-foundation-v-chile>].

ICSID (2001). Caso. *MTD Equity Sdn. Bhd. And MTD Chile S.A v. Chile* [visible en internet: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/66/mtd-v-chile>].

ICSID (2004). Laudo. *MTD Equity Sdn. Bhd. And MTD Chile S.A v. Chile* [visible en internet: [https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/ciadi/mtd/25_05_2004-decision-on-merits-\(spanish-original\).pdf?sfvrsn=e7145b11_2](https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/ciadi/mtd/25_05_2004-decision-on-merits-(spanish-original).pdf?sfvrsn=e7145b11_2)].

ICSID (2006). Decisión sobre competencia. *El Paso Energy International Company c. la República Argentina* [visible en internet: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0269_0.pdf].

ICSID (2006). *Chapter IV. Written and Oral Procedures* [visible en internet: <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc/partf-chap04.htm#r34>].

ICSID (2007). Caso. *Tza Yap Shum v. Republic of Peru* [visible en internet: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/255/tza-yap-shum-v-peru>].

ICSID (2007). Investor-State. *Tza Yap Shum v. Republic of Peru* [visible en internet: https://jusmundi.com/en/document/decision/es-tza-yap-shum-v-republic-of-peru-award-thursday-7th-july-2011#decision_476].

ICSID. (2007). Laudo dictado. *Sociedad Anónima Eduardo Vieira c. República de Chile* [visible en internet: https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/ciadi/viera/2007-08-21---laudo.pdf?sfvrsn=943523d_2].

ICSID. (2008). Laudo. *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina* [visible en internet: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsidblobs/onlineawards/C39/DC1492_sp.pdf].

ICSID. (2011). Caso. *Renée Rose Levy and Gremcitel S.A. v. Republic of Peru* [visible en internet: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/447/levy-and-gremcitel-v-peru>].

ICSID. (2011). Laudo. *Impregllo S.p.A. c. República Argentina* [visible en internet: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C109/DC2171_Sp.pdf].

ICSID. (2015). Laudo. *OI European Group B.V. y República Bolivariana de Venezuela*. [visible en internet: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C1800/DC5643_Sp.pdf]

ICSID. (2021). *The ICSID Caseload- Statistics*. World Bank Group [visible en internet: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Caseload%20Statistics%20Charts/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%202021-2%20Edition%20ENG.pdf>].

ICSID, *History of the ICSID Convention. Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, II: (Washington, ICSID, 1968), 2.

ICSID. (2021). *Lista de Estados Contratantes y Signatarios del Convenio* [visible en internet: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/2021_Sep.ICSID.SPA.pdf].

INTERNATIONAL CENTER FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES (ICSID). (1991). Caso. *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. The Argentine Republic* [visible en internet: <https://www.italaw.com/cases/1144>].

INVESTCHILE. (2015). *Nuevo Régimen en Materia de Inversión Extranjera, Ley 20.848*.

INVESTCHILE. (Diciembre 31, 2021). *Cómo Invertir en Chile: ¿Qué garantías a la inversión ofrece Chile?* [visible en internet: <http://blog.investchile.gob.cl/bloges/garantias-inversion-extranjera-chile>].

INVESTCHILE. (Agosto 18, 2021). *Inversión extranjera en Chile llegó a cifra récord en primer semestre del 2021* [visible en internet: <https://investchile.gob.cl/es/inversion-extranjera-en-chile-llega-al-90-del-total-del-2020-en-el-primer-semester-del-ano/>].

INVESTCHILE. (Marzo 7, 2022). *Inversión extranjera en Chile mantiene sus buenos resultados al superar los US\$ 1.600 millones en enero* [visible en internet: <https://investchile.gob.cl/es/inversion-extranjera-en-chile-mantiene-sus-buenos-resultados-al-superar-los-us-1-600-millones-en-enero/#:~:text=Esta%20ma%C3%B1ana%20el%20Banco%20Central,cuando%20registr%C3%B3%20US%24%20764%20millones>].

INVESTMENT TREATY NEWS. (Octubre 7, 2021). *Ecuador se reincorpora al Convenio del CLADI*. [visible en internet: <https://www.iisd.org/itn/es/2021/10/07/ecuador-rejoins-the-icsid-convention/#:~:text=Doce%20a%C3%B1os%20despu%C3%A9s%20de%20que,el%2021%20de%20agosto%20pasado>].

ISDS (2020). *Resumen Ejecutivo*. [visible en internet: <https://isds-americalatina.org/en-numeros/>].

ISDS (s.f.). *Chile- Impactos del sistema de protección de inversiones y arbitraje. Aportes para el proceso constituyente*. [visible en internet: <https://isds-americalatina.org/perfiles-de-paises/chile/>].

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle, *Is Consistency a Myth?*, en Gaillard, Emmanuel; Banifatemi, Yas (ed.), *Precedent in International Arbitration* (Nueva York, Juris Publ, 2008).

KELSEY, Jane, *The Crisis of Legitimacy in International Investment Agreements and Investor-State Dispute Settlement*, en Ekins, Richard; Gee, Graham (ed.), *Judicial Power and the Left* (Londres, Policy Exchange, 2017).

LATORRE, J. (Agosto 7 2018). *Por qué firmar más TLC no nos llevará al desarrollo*. El mostrador. [visible en internet: <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/columnas/2018/08/07/por-que-firmar-mas-tlc-no-nos-lleva-al-desarrollo/>].

LEW, Julian, *The Case for the Publication of Arbitral Awards*, en *Liber Amicorum Pieter Sanders*, (Países bajos, Kluwer, 1982).

MAX PLANCK ENCYCLOPEDIAS OF INTERNATIONAL LAW (s.f.). Citación. *Contract Claims: Investment Arbitration*. Recuperado el, en [visible en internet: <https://opil-ouplaw-com.pucv.idm.oclc.org/view/10.1093/law-mpeipro/e3288.013.3288/law-mpeipro-e3288?rskey=nquMet&result=3&prd=MPIL>].

MEJÍA, Joaquín, *Tratados de Libre Comercio (TLC) y Derechos Humanos: un desafío para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, en *Revista Cejil*. 5 (2019), 5.

MEREMINSKAYA, Elina, *La cláusula paraguas: lecciones de convivencia para los sistemas jurídicos*, en *Revista Internacional de Arbitraje* (2009).

MINAVERRY, C. (2013). *El Arbitraje Internacional como Mecanismo de Solución de Disputas: El Caso Argentino en el CIADI*. Observatorio Latino Americano [visible en internet: <https://observatorylatinamerica.org/es/el-arbitraje-internacional-como-mecanismo-de-solucion-de-disputas-el-caso-argentino-en-el-ciadi/>].

MINISTERIO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y RECONSTRUCCIÓN; SUBSECRETARÍA DE ECONOMÍA, FOMENTO Y RECONSTRUCCIÓN. (1974). *Decreto Ley 600 Estatuto de la Inversión Extranjera*. BCN [visible en internet: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=74454>].

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PERÚ (s.f.). *Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversias Internacionales de Inversión- SICRECI* [visible en internet: https://www.mef.gob.pe/es/?option=com_content&language=es-ES&Itemid=100906&lang=es-ES&view=article&id=3970].

MINISTERIO DE HACIENDA. (s.f.) *Ley 20848 Establece Marco Para La Inversión Extranjera Directa En Chile Y Crea La Institucionalidad Respectiva*. BCN [visible en internet: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1078789>].

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES (1992). *Decreto 1304 Promulga el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados*. BCN [visible en internet: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=17495>].

MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES (2018). *Ley 21080. Modifica Diversos Cuerpos Legales con el Objeto de Modernizar el Ministerio de Relaciones Exteriores*. BCN [visible en internet: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1116334>].

MOLINA, T. (Mayo 12, 2022). *Ante polémica por “consulta” sobre tratados comerciales: En qué consiste la modernización del acuerdo Chile- UE*. Emol.com [visible en internet: <https://www.emol.com/noticias/Economia/2022/05/13/1060809/modernizacion-tratado-comercial-chile-ue.html>].

MONTI, Santiago. *What International Investment Law and Latin America Can and Should Demand from Each Other. Updating the Bello/Calvo doctrine in the BIT generation*, en Kingsbury, Benedict; Gorgillo, Agustin; Stewart, Richard; Nino, Ezequiel (ed.), *El Nuevo Derecho Administrativo Global de América Latina* (Nueva York, Institute for International Law and Justice, 2014).

MORTIMORE, Michael *Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe*, (Santiago, Naciones Unidas, 2009).

MOURRE, Alexis, *Precedent and Confidentiality in International Commercial Arbitration. The Case for the Publication of Arbitral Awards*, en Gaillard, Emmanuel & Banifatemi, Yas (eds.), *Precedent in International Arbitration*, (Nueva York, Juris Publishing, 2008).

MUÑOZ GOMA, Oscar, *Hacia un Chile competitivo: instituciones y políticas*, (Santiago, Editorial Universitaria, 2003).

NACIONES UNIDAS, *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos* (Nueva York y Ginebra, Naciones Unidas, 2011).

NIKKEN, Pedro. (2019). *Caso CIADI. Opinión disidente árbitro Pedro Nikken* [visible en internet: <https://carlosesposito.files.wordpress.com/2010/08/suez-argentina-2010-opinion-separada.pdf>].

NILO DONOSO, Pablo, *Crisis de legitimidad en el arbitraje inversionista Estado: ¿apariciencia o realidad? ACHMEA, CNUDMI y UNASUR como distintos caminos con rumbo común*, en Figueroa, Rodrigo (ed.), *Anuario de Derecho Público* (Santiago, ediciones Universidad Diego Portales, 2018).

OECD (s.f.). *Action 6 Prevention of tax treaty abuse* [visible en internet: <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action6/>].

OECD (2014). *Fair and Equitable Treatment, Standard in International investment law* [visible en internet: <http://www.oecd.org/dataoecd/22/53/33776498.pdf>].

OFICINA DE ESTUDIOS Y RELACIONES INTERNACIONALES DEL CAM SANTIAGO. (Octubre, 2021). *Mairée Uran Bidegáin y el Programa de Defensa en Arbitrajes de Inversión Extranjera de la Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales de Chile* [visible en internet: <https://www.camsantiago.cl/mairee-uran/>].

OSSA, Felipe, *El Orden Público en el Arbitraje Comercial Internacional: la experiencia chilena y comparada*, en McLean, Magaly (ed.), *Arbitraje Comercial Internacional. Reconocimiento y ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros* (Estados Unidos, OAS Cataloging-in-Publication Data), [visible en internet: https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_comercial_publicaciones_Reconocimiento_y_Ejecucion_de_Sentencias_y_Laudos_Arbitrales_Extranjeros_2015.pdf].

PARDO, D. (Octubre 6, 2014). *¿Por qué Venezuela tiene tantos pleitos con inversionistas internacionales?* BBC [visible en internet: https://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/10/141003_venezuela_exxon_ciadi_dp].

PERRONE, Nicolás M., *Los tratados bilaterales de inversión y el arbitraje internacional: ¿en dirección al mejor funcionamiento de las instituciones domésticas?*, en *Revista de Derecho*. 17, (2012).

PIZARRO, R. (Octubre 28, 2021). *Tratados de Libre Comercio y el programa de Boric*. El Mostrador. [visible en internet: <https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2021/10/28/tratados-de-libre-comercio-y-el-programa-de-boric/>].

POTESTA, Michele; Kaufmann-Kohler, Gabrielle, *Can the Mauritius Convention serve as a model for the reform of investor-State arbitration in connection with the introduction of a permanent investment tribunal or an appeal mechanism? Analysis and roadmap*, en *CIDS- Geneva Center for International Dispute Settlement*, (2016).

Remiro Brotóns, Antonio. (2016). *Opinión Disidente del Arbitro Profesor Antonio Remiro Brotóns* https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10511_0.pdf

ROGERS-GLABUSH, J. & International Bureau of Fiscal Documentation. (2009). En *International Tax Glossary* (6 ed.). IBFD.

SACO, V. (Octubre 22, 2020). *Derecho internacional de las inversiones. Respuestas a preguntas a partir de un breve ensayo*. IUS 360 [visible en internet: <https://ius360.com/derecho-internacional-de-las-inversiones-respuestas-a-preguntas-a-partir-de-un-breve-ensayo/>].

SACO, Victor, *El secreto del éxito del Perú en el CLADI: destruyendo el paradigma de que el sistema de solución de diferencias inversionista-Estado es peligroso para los países en desarrollo*, en Tanzi, Attila; Asteriti, ALESSANDRA; Polanco Lazo, Rodrigo; Turrini, Paolo (ed.) *International Investment Law in Latin America* (Leiden, Koninklijke Brill, 2016).

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz, *Posición actual de la Unión Europea ante el arbitraje de inversiones*, en Aliste Santos, Tomás; Sáenz de Jubera Higuero, Beatriz; Cremades Sanz-Pastor, Bernardo María (ed.), *Problemas actuales del arbitraje internacional de inversiones* (España, Atelier, 2019).

SCHILL, Stephan W., *Enhancing International Investment Law's Legitimacy: Conceptual and Methodological Foundations of a New Public Law Approach*, en *Virginia Journal of International Law*. 52 (2011).

SISTEMA DE INFORMACIÓN SOBRE COMERCIO EXTERIOR (SICE). (s/f). *Inversión extranjera directa (IED)* [visible en internet: http://www.sice.oas.org/dictionary/in_s.asp].

STAATS, Joseph L; Biglaiser, Glen, *Foreign Direct Investment in Latin America: The Importance of Judicial Strength and Rule of Law*, en *International Studies Quarterly*. 56 (2012), 1.

STEININGER, Silvia, *What's Human Rights Got To Do With It? An Empirical Analysis of Human Rights References in Investment Arbitration*, en *Leiden Journal of International Law*. 31 (2018).

SUBSECRETARÍA DE RELACIONES ECONÓMICAS. (s.f.). *Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones* [visible en internet: <https://www.subrei.gob.cl/acuerdos-comerciales/acuerdos-de-promocion-y-proteccion-reciproca-de-las-inversiones>].

SUBSECRETARÍA DE RELACIONES ECONÓMICAS. (s.f.). *Programa de Defensa em Arbitrajes de Inversión Extranjera* [visible en internet: <https://www.subrei.gob.cl/ejes-de-trabajo/soluci%C3%B3n-de-controversias-inversionista-estado#tabs-lateral-2>].

SUBSECRETARÍA DE RELACIONES ECONÓMICAS (Enero 22, 2021). *El silencioso equipo legal que lleva la defensa de Chile en juicios económicos internacionales*. [visible en internet: <https://www.subrei.gob.cl/sala-de-prensa/noticias/detalle-noticias/2021/01/22/el-silencioso-equipo-legal-que-lleva-la-defensa-de-chile-en-juicios-econ%C3%B3micos-internacionales>].

SUBSECRETARÍA DE RELACIONES ECONÓMICAS. (s.f.). *Quiénes Somos*. [visible en internet: <https://www.subrei.gob.cl/nosotros/quienes-somos#:~:text=De%20acuerdo%20con%20la%20Ley,materia%20de%20relaciones%20econ%C3%B3micas%20internacionales>].

SUBSECRETARÍA DE RELACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES. (2003). *Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de los Estados Unidos de América* [visible en internet: https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/acuerdos/eeuu/texto-completo-acuerdo-chile---ee-uu.pdf?sfvrsn=6d3f9dde_2].

SUBSECRETARÍA DE RELACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES. (Febrero 7, 2022). *Consulta pública OCDE: Futuro de los tratados de inversión* [visible en internet: <https://www.subrei.gob.cl/sala-de-prensa/noticias/detalle-noticias/2022/02/07/consulta-p%C3%BAblica-ocde-futuro-de-los-tratados-de-inversi%C3%B3n>].

TIETJE, C., Baetens, F., Rotterdam, E. (Junio 24, 2014). *The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership* [visible en internet:

https://www.eumonitor.eu/9353000/1/j4nvgs5kig27kof_j9vvik7m1c3gyxp/vjn8exgvufya/f=/blg378683.pdf].

TRANKMAN, Leon, *The ICSID under Siege*, en *Cornell International Journal*. 45, (2012), 3.

UNTS. (1969). *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados* [visible en internet: https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf].

UNIÓN EUROPEA, Estados miembros al Grupo de Trabajo III de la CNUDMI. (2019). Creación de un mecanismo permanente para la solución de controversias internacionales en materia de inversiones [visible en internet: https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/february/tradoc_157682.pdf].

ZÚÑIGA URBINA, Francisco, *Controles de la Potestad Legal y Reglamentaria*, en *Ius et Praxis*. 7 (2001) 2.