

# LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA Y DEL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL EN MATERIA DE INVERSIÓN EXTRANJERA. EL CASO MTD

SEBASTIÁN LÓPEZ ESCARCENA\*

**RESUMEN:** El estatuto jurídico que regula la inversión extranjera en Chile no solo lo compone el Decreto Ley 600, sino que además lo conforman instituciones de naturaleza internacional tales como la cláusula de nación más favorecida y el concepto de trato justo y equitativo al inversionista extranjero. Ambos conceptos han sido incorporados al derecho interno a través de Tratados de Libre Comercio y acuerdos de promoción y protección de inversiones, y son reconocidos por la jurisprudencia del Centro Internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones (CIADI), en particular en su Laudo “MTD”.

**Palabras clave:** Inversión extranjera- Derecho internacional- Libre comercio.

**ABSTRACT:** Foreign investments in Chile aren't only governed by Legal Decree (*decreto-ley*) 600 but also by international institutions such as the most-favoured-Nation clause or the concept of a fair and equal treatment to foreign investors. Both concepts have been included into national law through Free Trade Agreements and promotion and protection agreements. They are also recognized by the ICSID's case law (International Centre for the Settlement of Investment Disputes), especially in its “MTD” statement.

**Key words:** Foreign Investment - Internacional Law- Free trade.

## INTRODUCCIÓN

Como acertadamente se ha señalado en doctrina, el estatuto de la inversión extranjera establecido en nuestro Decreto Ley Nº 600 ha dado paso a un marco regulatorio internacionalizado compuesto por aquellos acuerdos de promoción y protección de inversiones (“APPIs”) y Tratados de Libre Comercio (“TLCs”) celebrados en los últimos años por nuestro país con diversos Estados<sup>1</sup>. La articulación de estos tratados se produce

---

\* Profesor de Derecho Internacional Público, Pontificia Universidad Católica de Chile. El autor es Magíster en Derecho, Universidad de Leiden, Países Bajos, Abogado y Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

<sup>1</sup> Ver BRUNNER, H., *Estatuto de la Inversión Extranjera*, en Economía y Negocios del 9 de julio, *El Mercurio* (2004).

Chile ha suscrito, *e.g.*, APPIs con Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Bolivia, Brasil, Colombia, Corea del Sur, Costa Rica, Croacia, China, Cuba, Dinamarca, Ecuador, Egipto, El Líbano, El Salvador, España, Filipinas, Finlandia, Francia, Grecia, Guatemala, Honduras, Hungría, Indonesia, Italia, Malasia, Nicaragua, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Dominicana, Rumania, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Túnez, Ucrania, Uruguay, Venezuela y Vietnam, y TLCs con Canadá, Centroamérica –Costa Rica, El Salvador, Honduras, Guatemala y Nicaragua–, Corea del Sur, Estados Unidos de América, México y la Unión Europea.

a través de la cláusula de la nación más favorecida (“CNMF”) –en virtud de la cual los Estados asumen la obligación de brindar un trato no menos favorable que aquel otorgado a los inversionistas de un tercer Estado–, la cual ha sido aplicada por la jurisprudencia internacional no solo a materias sustantivas, sino también a aspectos procesales. En el contexto del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”), grafica esta situación *Emilio Agustín Maffezini c. el Reino de España* (“Caso Maffezini”)<sup>2</sup>, donde el órgano arbitral correspondiente –basándose en el laudo de la Comisión de Arbitraje que falló el caso *Ambatielos* en 1956– declaró que:

(...) el Tribunal considera que hay razones suficientes para concluir que actualmente los arreglos relativos a la solución de controversias están inseparablemente vinculados con la protección de inversionistas extranjeros, como también se vinculan con el resguardo de los derechos de los comerciantes en los tratados de comercio. (...) El arbitraje y otros medios de solución de controversias (...) son también esenciales para proteger los derechos previstos en los tratados pertinentes y también están estrechamente vinculados a los aspectos sustantivos del tratamiento acordado. Los comerciantes e inversionistas, al igual que sus Estados de nacionalidad, han considerado tradicionalmente que sus derechos e intereses se protegen mejor recurriendo al arbitraje internacional que sometiendo las controversias a los tribunales nacionales (...). De lo expuesto puede concluirse que si un tratado con un tercero contiene disposiciones para la solución de controversias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquellos del tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula de la nación más favorecida pues son plenamente compatibles con el principio *ejusdem generis*<sup>3</sup>.

En *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. la República de Chile* (“Caso MTD”)<sup>4</sup>, el primer proceso relacionado con Chile que se falla en el CIADI, el tribunal arbitral respectivo (“el Tribunal”) condenó a nuestro Estado al pago de una indemniza-

<sup>2</sup> Caso CIADI No. ARB/97/7, decisión sobre excepciones a la jurisdicción del 25 de enero de 2000.

<sup>3</sup> *Id.*, párr. 54, 55 & 56.

No obstante, de acuerdo a este tribunal arbitral, tal aplicación de la CNMF reconoce importantes limitaciones, no procediendo por tanto en los siguientes casos:

- si una parte ha condicionado su consentimiento para el arbitraje al agotamiento de los recursos internos,
- si las partes han acordado la opción única y definitiva de jurisdicción, a través de la cual el inversionista puede elegir someterse a los tribunales nacionales o al arbitraje internacional, pero una vez tomada la decisión, esta es irrevocable,
- si el acuerdo respectivo escoge un mecanismo determinado para el arbitraje, *e.g.* el CIADI, y
- si las partes han acordado someterse a un sistema de arbitraje altamente institucionalizado que incorpore reglas de procedimiento precisas, *e.g.* el establecido en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (“NAFTA”).

*Id.*, párr. 56, 62 & 63.

<sup>4</sup> Caso CIADI N°. ARB/01/7, relativo al fallido proyecto inmobiliario propuesto por inversionistas malayos a desarrollar en la Comuna de Pirque, el cual no obstante haber recibido su aprobación por el Comité de Inversiones Extranjeras, no obtuvo los posteriores permisos estatales necesarios para su implementación.

ción de perjuicios cercana a los seis millones de dólares, más intereses, por el incumplimiento de la obligación internacional de otorgar un trato justo y equitativo (“TJE”) a inversionistas extranjeros en nuestro territorio. Para llegar a tal conclusión, fue determinante la aplicación por el Tribunal de dos normas de Derecho Internacional: la CNMF, específicamente aquella incluida en un par de APPIs celebrados por Chile, y el mencionado TJE, interpretado de acuerdo a cierta jurisprudencia internacional.

La posibilidad que el Estado de Chile (“Chile”) y los inversionistas nacionales en el exterior puedan verse involucrados en futuros litigios judiciales ante el mecanismo de solución de controversias internacionales entre Estados y particulares establecido por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (“el Convenio”)<sup>5</sup> pone de manifiesto la innegable relevancia en nuestro ordenamiento jurídico vigente –que integra normas internas e internacionales– de instituciones como la CNMF y del TJE, propias del Derecho Internacional.

La sentencia arbitral del 25 de mayo de 2004 (“Laudo MTD”) nos proporciona una excelente oportunidad para estudiar el contenido y alcance de la CNMF y del TJE en el Derecho Internacional Contemporáneo<sup>6</sup>, así como su aplicación concreta por la jurisprudencia internacional en materia de inversión extranjera. Con tal objeto, en este trabajo se analizan la naturaleza internacional de la CNMF y del TJE, la inclusión de estas normas en el APPI celebrado con Malasia (“APPI-Malasia”) y su interpretación en el Laudo MTD, conforme a la jurisprudencia del CIADI citada por el Tribunal.

## LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA

La CNMF es la disposición convencional a través de la cual los Estados contratantes en un tratado internacional aceptan otorgarse las ventajas comerciales suplementarias que acuerden con posterioridad en favor de terceros Estados, de manera condicional o incondicional, según se requiera o no reciprocidad en su aplicación<sup>7</sup>. En el primer caso, si un Estado A otorga un privilegio a un Estado C, mientras tiene una CNMF vigente con el Estado B, A deberá otorgar a B un privilegio similar al dado a C únicamente después que A haya recibido un privilegio equivalente de B. En el segundo caso, A deberá otorgar un privilegio similar a B sin necesidad de recibir un privilegio equivalente de B. Aun cuando en sus orígenes la CNMF era condicional, siguiendo la posición adoptada a partir de inicios del siglo XX por los Estados Unidos de América, confirmada por el artículo I del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (“GATT”), en el presente la mayoría de los Estados han optado por una política de CNMF incondicional<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> A la fecha, 140 Estados han depositado el instrumento de ratificación del Convenio. Chile procedió a tal depósito el 24 de septiembre de 1991.

<sup>6</sup> Aquel postulado por la sociedad internacional a partir de 1945.

Ver PASTOR R., J. A., Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales 59-63 (2000).

<sup>7</sup> CARREAU, D. & JUILLARD, P., *Droit International Économique* 173-174 (2003).

<sup>8</sup> JACKSON, J., *The World Trading System* 161 (1999) y CARREAU, D. & JUILLARD, P., *Droit International Économique* 173-174 (2003).

Si bien el término “nación más favorecida” puede llevar a equívocos –como estimar que con esta cláusula se pretende otorgar un trato especial para ciertos Estados–, lo cierto es que el objetivo de la CNMF no es otro que no discriminar entre estos. En otras palabras, la CNMF expresa el compromiso de un Estado de reconocer a otro Estado o a sus nacionales, un tratamiento no menos favorable al otorgado, en circunstancias similares, a cualquier otro Estado o a sus nacionales, sobre una materia determinada. En la actualidad, esta obligación de no discriminación económica tiene una naturaleza exclusivamente convencional al no haber sido recogida por las normas consuetudinarias del Derecho Internacional Contemporáneo.

La aplicación de la CNMF se da en el Derecho Internacional Económico<sup>9</sup>, tanto en el área de las inversiones internacionales como del comercio internacional. Conforme a lo señalado, en el primero de estos ámbitos la CNMF no se ha establecido de manera general, pero ha sido incorporada por los Estados en numerosos de sus tratados bilaterales y en algunos multilaterales que regulan la inversión extranjera. Por el contrario, en el comercio internacional la CNMF se ha establecido –con ligeras diferencias– respecto de las mercaderías<sup>10</sup>, de los servicios<sup>11</sup> y de la propiedad intelectual<sup>12</sup>. En este ámbito se permiten ciertas excepciones a la CNMF, siendo las principales aquellas establecidas por motivos de integración regional<sup>13</sup>, de sistema generalizado de preferencias, de no aplicación de tratados multilaterales de comercio entre ciertos Estados miembros de la Organización Mundial del Comercio (“OMC”)<sup>14</sup>, tráfico transfronterizo entre Estados adyacentes<sup>15</sup>, preferencias históricas vigentes al momento de la celebración del GATT<sup>16</sup>, excepciones generales por medidas necesarias para proteger la moral pública, la vida y la salud<sup>17</sup> y excepciones de seguridad<sup>18</sup>. Asimismo, sujeta a estrictas condiciones, se admite en el comercio internacional la renuncia de la CNMF en ciertos casos<sup>19</sup>.

## EL TRATO JUSTO Y EQUITATIVO

Ciertas normas consuetudinarias del Derecho Internacional Contemporáneo imponen a los Estados la obligación de otorgar un TJE a los bienes de extranjeros en su territorio, como un estándar mínimo de tratamiento que no se satisface automáticamente con el otorgamiento de un régimen de trato nacional, si este resulta insuficiente en el

---

<sup>9</sup> Aquel que regula, entre otros asuntos, el comercio internacional, la inversión extranjera, las relaciones económicas entre los Estados, las instituciones económicas internacionales, y la cooperación económica regional.

<sup>10</sup> Art. I del GATT.

<sup>11</sup> Art. II del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (“GATS”).

<sup>12</sup> Art. 4 del Acuerdo sobre los aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (“TRIPS”).

<sup>13</sup> *E.g.*, art. XXIV del GATT.

<sup>14</sup> Art. XIII del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC.

<sup>15</sup> Art. XXIV: 3 del GATT.

<sup>16</sup> Art. I: 2 del GATT.

<sup>17</sup> Art. XX del GATT.

<sup>18</sup> Art. XXI del GATT.

<sup>19</sup> Art. IX: 3 y IX: 4 del Acuerdo de Marrakech.

caso concreto<sup>20</sup>. El TJE es un principio absoluto destinado fundamentalmente a proteger a la inversión mediante normas básicas universales y cuyo contenido específico depende de un juicio de valor que se emite caso a caso, siempre guiado por los principios de razonabilidad y equidad, por las propias partes o por un tercero encargado de dirimir un conflicto entre estas<sup>21</sup>.

Debido a que el TJE es solo una orientación de la conducta esperada, no una descripción detallada de la conducta requerida, se inserta en cláusulas en virtud de las cuales se indica expresamente que este deberá entenderse conforme a los principios del Derecho Internacional, acompañando a la mención de TJE la de no discriminación, que impide al Estado anfitrión perjudicar al inversionista a través de medidas que se califican con adjetivos tales como “no razonables”, “arbitrarias” y/o “injustificadas”<sup>22</sup>.

### LA INCLUSIÓN DE LA CNMF Y DEL TJE EN EL APPI-MALASIA

Chile ha establecido la CNMF y el TJE en varios de los APPIs celebrados con distintos Estados. En el caso del APPI-Malasia, nuestro país incluyó la CNMF en su artículo 3, párrafos 1, 2 y 3, y artículo 5, párrafo 3, y el TJE en su artículo 2, párrafo 2, y artículo 3, párrafo 1.

Bajo el título de “Nación Más Favorecida”, la primera de las disposiciones del APPI-Malasia referentes a la CNMF<sup>23</sup> regula esta materia en forma general al señalar:

Las inversiones hechas por los inversionistas de cualquiera de las Partes Contratantes en el territorio de la otra Parte Contratante recibirán un tratamiento (...) no menos favorable que aquel concedido a las inversiones hechas por los inversionistas de cualquier otro Estado.

Después de considerar el trato de nación más favorecida en caso de conflicto armado, estados de emergencia nacional, disturbios u otras situaciones de particular gravedad para cualquier Estado<sup>24</sup>, el APPI-Malasia –en concordancia con algunas de las excepciones a la CNMF establecidas en la regulación del comercio internacional– expresa en el párrafo 3 de su artículo 3 que:

La disposición de este Convenio relativa al otorgamiento de un tratamiento no menos favorable que aquel concedido a los inversionistas de cualquier tercer Estado no se interpretará a fin de obligar a una Parte Contratante a extender a los

<sup>20</sup> CARREAU D. & JUILLARD, P., *Droit International Économique* 364 (2003).

<sup>21</sup> TEMPONE, R., *Protección de Inversiones Extranjeras* 55-56 (2003).

<sup>22</sup> *Id.*

<sup>23</sup> Art. 3, párr. 1.

<sup>24</sup> Art. 3, párr. 2, que señala:

“Los inversionistas de una Parte Contratante, cuyas inversiones sufran pérdidas en el territorio de la otra Parte Contratante debido a una guerra u otro conflicto armado, revolución, estado de emergencia nacional, revuelta, insurrección o disturbio producido en el territorio de esa Parte Contratante, recibirán de esa Parte Contratante un tratamiento no menos favorable que aquel que esa Parte Contratante otorgue a los inversionistas de cualquier tercer Estado, en lo que respecta a restitución, indemnización, compensación u otra retribución monetaria”.

inversionistas de la otra el beneficio de cualquier tratamiento, preferencia o privilegio en virtud de:

- a) cualquier unión aduanera, área de libre comercio, mercado común o unión monetaria, o un convenio internacional similar u otras formas de cooperación regional, actuales o futuras, de las cuales cualquiera de las Partes Contratantes sea o llegare a ser parte; o la adopción de un convenio diseñado para lograr la formación o ampliación de esa unión o área dentro de un período de tiempo razonable;
- b) cualquier convenio o acuerdo internacional relacionado total o principalmente con tributación, o cualquier legislación nacional relacionada total o principalmente con tributación.

Por su parte, el artículo 5, párrafo 3, del APPI-Malasia establece una CNMF en lo relativo a la repatriación de la inversión, al indicar que la transferencia en cualquier divisa de libre convertibilidad recibirá:

(...) un tratamiento tan favorable como aquel otorgado a la transferencia proveniente de inversiones hechas por los inversionistas de cualquier tercer Estado<sup>25</sup>.

Respecto a las referencias en el APPI-Malasia al TJE, después de señalar que cada parte contratante promoverá y creará condiciones favorables para los inversionistas de la otra, para invertir en su territorio, aceptando aquellas inversiones en conformidad a sus derechos y a las facultades que le otorgan sus leyes, reglamentos y políticas nacionales, el párrafo 2 del artículo 2 agrega que:

A las inversiones de los inversionistas de cualquiera de las Partes Contratantes se les otorgará, en todo momento, un tratamiento justo y equitativo y gozarán de protección y seguridad plenas en el territorio de la otra Parte Contratante.

Finalmente, el mismo párrafo 1 del artículo 3 que trata sobre la CNMF, declara expresamente que las inversiones hechas por los nacionales de cualquiera de los Estados contratantes recibirán un tratamiento justo y equitativo en el territorio del otro.

## LA CNMF Y EL TJE EN EL CASO MTD

Por tratarse de un litigio surgido en el marco de un APPI, las partes en el Caso MTD acordaron –en aplicación del artículo 42 párrafo 1 del Convenio<sup>26</sup>– que el

<sup>25</sup> Referente a la repatriación de la inversión, el protocolo del APPI-Malasia señala:

“En ningún caso los inversionistas malayos serán tratados, en lo que respecta a materias de transferencias, de manera menos favorable que los inversionistas de cualquier tercer Estado. Si subsecuentemente se elaboran nuevas leyes y reglamentos, esos inversionistas no podrán quedar en una situación peor a la que tenían en la fecha de inicio de la inversión”.

<sup>26</sup> El art. 42 párr. 1 del Convenio señala:

“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”.

fondo de la cuestión se decida de conformidad con el Derecho Internacional. El Laudo MTD indica expresamente que no hubo controversia entre Chile y el inversionista malasio (“MTD”) respecto al Derecho aplicable, salvo en lo relativo al supuesto incumplimiento por nuestro Estado de su obligación –según los contratos de inversión extranjera celebrados por las partes<sup>27</sup>– de otorgar a MTD los permisos necesarios para realizar su inversión en Chile. En este punto, MTD sostuvo que debía aplicarse el Derecho Internacional, puesto que al artículo 3 párrafo 1 del APPI celebrado por nuestro país con Dinamarca (“APPI-Dinamarca”) tiene el efecto de internacionalizar las obligaciones de Chile bajo los contratos de inversión extranjera<sup>28</sup>. Por su parte, Chile negó lo anterior y planteó que dicho incumplimiento debía analizarse desde el Derecho chileno, debido a que el artículo 42 párrafo 1 del Convenio afirma que, a falta de acuerdo entre las partes, el Derecho aplicable a los contratos de inversión extranjera es la legislación nacional<sup>29</sup>.

En doctrina, un APPI no eleva la relación contractual del Estado receptor con el inversionista extranjero a un plano internacional. En otras palabras:

Esa relación se mantiene en el ámbito privado, a pesar de que las obligaciones asumidas internacionalmente por el Estado tienen como beneficiario directo al inversor extranjero. Este aparente juego de palabras se esclarece si se tiene en cuenta que un tratado constituye un instrumento jurídico que solo rige las relaciones entre los Estados. De ese modo, el tratado actúa simultáneamente en dos niveles distintos e independientes: en el plano internacional, al regir las relaciones interestatales; y en el plano interno, al comprometer al Estado receptor a que respete los derechos del inversor extranjero<sup>30</sup>.

El Laudo MTD sigue –en principio– esta línea argumental al reconocer que, de acuerdo al Derecho Internacional, la violación de una obligación contractual no constituye *ipso facto* la violación de un tratado. Sin embargo, aplicando la CNMF al APPI-Malasia, el Tribunal estableció que esto sería justamente lo que las partes en dicho acuerdo habrían acordado, por lo que el incumplimiento de este APPI se rige por el Derecho Internacional<sup>31</sup>. La CNMF aplicada por el Tribunal fue aquella incluida en el artículo 3 párrafo 1 del APPI-Malasia, relacionándola con ciertas

<sup>27</sup> Al aumentar en dos oportunidades al capital de la inversión original, MTD celebró tres contratos de inversión extranjera con Chile.

<sup>28</sup> El art. 3 párr. 1 del APPI-Dinamarca establece que:

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

<sup>29</sup> Ver Laudo, párr. 86.

<sup>30</sup> TEMPONE, R., *Protección de Inversiones Extranjeras* 33-34 (2003).

<sup>31</sup> Laudo MTD, párr. 187.

disposiciones del APPI-Dinamarca<sup>32</sup> y del APPI celebrado por Chile con Croacia (“APPI-Croacia”)<sup>33</sup>.

De acuerdo al Tribunal, el asunto que se planteaba en el Caso MTD consistía en determinar si las disposiciones del APPI-Dinamarca y del APPI-Croacia relativas a la obligación de conceder permisos, una vez aprobada una inversión, y al cumplimiento de obligaciones contractuales pueden considerarse parte de un TJE. El Tribunal estimó que dicho concepto debía interpretarse en la forma que mejor conduzca al cumplimiento del objetivo del APPI-Malasia, esto es, proteger las inversiones y crear condiciones favorables a la inversión, por lo que debían considerarse como parte de este tratado las protecciones incluidas en los acuerdos celebrados por Chile tanto con Dinamarca, como con Croacia<sup>34</sup>.

Siguiendo a la doctrina internacional, el Tribunal dejó establecido que el TJE es una norma amplia y extensamente aceptada que abarca criterios como la buena fe, el debido proceso, la no discriminación y la proporcionalidad, cuyo significado solo se determina cuando dicha norma se aplica a un conjunto de hechos específicos<sup>35</sup>. En cuanto al Caso MTD, el Tribunal estableció que –al tenor del APPI-Malasia– debe entenderse por TJE aquel tratamiento imparcial y ecuaníme que contribuya a alentar la promoción de la inversión extranjera. En otras palabras, el Tribunal consideró que por medio del TJE no se impone a Chile un comportamiento pasivo ni se condenan los comportamientos perjudiciales para los inversionistas, sino que al utilizar el APPI-Malasia verbos como “promover”, “crear” y “estimular”, el contenido del TJE queda definido en forma activa<sup>36</sup>.

Para explicar su postura, el Tribunal relacionó al concepto de TJE utilizado en *Waste Management Inc. c. Estados Unidos Mexicanos* (“Caso Waste Management”)<sup>37</sup>, con aquel empleado en *Técnicas Medioambientales TECMED S.A. c. Estados Unidos*

<sup>32</sup> El mencionado art. 3 párr. 1.

<sup>33</sup> Además de un inexistente párrafo 4 del art. 3 del APPI-Croacia, el Laudo MTD se remite al párrafo 2 de dicha disposición y el art. 4 párr. 1, que señalan respectivamente:

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

“Cada Parte Contratante deberá otorgar un tratamiento justo y equitativo dentro de su territorio a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte Contratante y asegurará que el ejercicio de los derechos aquí reconocidos no será obstaculizado en la práctica”.

<sup>34</sup> Laudo MTD, párr. 103 & 104.

<sup>35</sup> *Id.*, párr. 109. Ver, e.g., TEMPONE, R., *Protección de Inversiones Extranjeras* 55-56 (2003).

<sup>36</sup> Laudo MTD, párr. 113.

E.g., de lo anterior son el preámbulo y el art. 2, párr. 1 del APPI-Malasia, que indica respectivamente:

“Reconociendo la necesidad de proteger las inversiones por parte de los inversionistas de ambas Partes Contratantes y de estimular el flujo de inversiones y la iniciativa comercial individual con miras a la prosperidad económica de ambas Partes Contratantes”.

“Cada Parte Contratante promoverá y creará condiciones favorables para los inversionistas de la otra Parte Contratante para invertir en su territorio y aceptará aquellas inversiones en conformidad a sus derechos y a las facultades que le otorgan sus leyes, reglamentos y políticas nacionales”.

<sup>37</sup> Caso CIADI N°. ARB(AF)00/3, laudo del 30 de abril de 2004, párr. 98.

*Mexicanos* (“Caso TECMED”)<sup>38</sup>, citando expresamente el siguiente párrafo de este último laudo:

(...) brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión. Como parte de tales expectativas, aquel cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que este pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no solo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes. (...) El inversor extranjero también espera que el Estado receptor actuará de manera no contradictoria; es decir, entre otras cosas, sin revertir de manera arbitraria decisiones o aprobaciones anteriores o preexistentes emanadas del Estado en las que el inversor confió y basó la asunción de sus compromisos y la planificación y puesta en marcha de su operación económica y comercial.

Si bien el Tribunal reconoció expresamente el derecho de los Estados de adoptar sus políticas y promulgar sus leyes<sup>39</sup>, y estimó –en concordancia con el Caso Maffezini<sup>40</sup>– que los APPI no constituyen un seguro contra el riesgo comercial<sup>41</sup>, en virtud de esta obligación de coherencia, transparencia y no contradicción en la actuación del Estado receptor frente al inversionista extranjero<sup>42</sup>, el Tribunal aplicó a Chile un estándar de conducta aún más exigente que el establecido en los casos citados en el Laudo MTD. Llama la atención este estricto criterio de TJE adoptado por el Tribunal en el Caso MTD, si se tiene en consideración que, mientras en el Caso TECMED el órgano arbitral respectivo señaló que para ser calificado como arbitrario, el accionar estatal debe presentar insuficiencias tales que sean estas sean reconocidas por “todo hombre razonable e imparcial” o, sin necesariamente violar normas jurídicas específicas, sea contrario a Derecho porque choca o, al menos, sorprende el sentido de lo jurídico<sup>43</sup>, en el Caso Waste Management se estableció que el nivel mínimo de TJE es quebrantado por una conducta perjudicial para el inversionista extranjero, atribuible al Estado y que se caracteriza por ser:

<sup>38</sup> Caso CIADI No. ARB(AF)00/2, laudo del 29 de mayo de 2003, párr. 154.

<sup>39</sup> Laudo MTD, párr. 98 & 99.

<sup>40</sup> Caso Maffezini, laudo del 13 de noviembre de 2000, párr. 64.

<sup>41</sup> Por lo que un Estado no es responsable de las consecuencias de decisiones comerciales desacertadas o de la falta de diligencia del inversionista extranjero. En otras palabras, la responsabilidad de Chile se limita a las consecuencias de sus propias acciones, en la medida que infringieron su obligación de dispensar a MTD un TJE.

Ver Laudo MTD, párr. 178.

<sup>42</sup> Ver Caso TECMED, párr. 154.

<sup>43</sup> *Id.*

arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrática, y discriminatoria si la demandante es objeto de prejuicios raciales o regionales o si involucra ausencia de debido proceso que lleva a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial, como podría ocurrir con un fracaso manifiesto de la justicia natural en los procedimientos judiciales o una falta total de transparencia e imparcialidad en un proceso administrativo<sup>44</sup>.

En este contexto, resulta discutible que el Tribunal concluya que la aprobación por parte del Comité de Inversiones Extranjeras (“CIE”) de una inversión para un proyecto que contraviene la política urbana de Chile, ejercida en virtud de su reconocida potestad regulatoria<sup>45</sup>, constituye una violación al deber de dispensar a MTD un TJE<sup>46</sup>. Más discutible aún es la lógica empleada por el Tribunal, que condena a nuestro Estado por su conducta únicamente en relación a la aprobación del proyecto del inversionista malasio por el CIE, rechazando que haya incumplido el contrato de inversión extranjera, no obstante ser la primera un mero trámite previo para la celebración del segundo<sup>47</sup>.

## CONCLUSIÓN

En aplicación de la CNMF, el Tribunal elevó al plano internacional, en virtud del APPI-Malasia, la relación contractual entre el Estado receptor y el inversionista extranjero. Esto explica la posterior condena en el Laudo MTD de Chile por infringir una norma de naturaleza internacional como el TJE, entendida –en este caso– como una obligación de coherencia, transparencia y no contradicción en la actuación de nuestro Estado respecto del inversionista malasio.

La CNMF y el TJE han sido incorporadas en el estatuto chileno de protección al inversionista extranjero a través de la red de APPIs y TLCs que, junto al mencionado Decreto Ley N° 600, conforman nuestro actual régimen jurídico de la inversión extranjera. No obstante, estas normas siguen siendo, por lo general, ampliamente desconocidas en nuestro medio profesional. El Caso MTD pone de relieve la trascendental importancia para nuestro ordenamiento jurídico de instituciones de naturaleza internacional, cuyo contenido y alcance se explicita convencionalmente, así como por medio de la aplicación, más o menos constante, del Derecho Internacional Contemporáneo en la jurisprudencia de los tribunales internacionales.

---

Fecha de recepción: 14 de agosto de 2004  
Fecha de aceptación: 16 de diciembre de 2004

---

---

<sup>44</sup> Caso Waste Management, párr. 98.

<sup>45</sup> Ver Laudo MTD, párr. 98 & 99.

<sup>46</sup> *Id.*, párr. 166.

<sup>47</sup> Ver *id.*, párr. 188 & 189.