



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

**LA EVENTUAL EXPROPIACIÓN INDIRECTA DE LA INVERSIÓN
EXTRANJERA EN EL ÁMBITO ASEGURADOR EN CHILE, CON OCASIÓN DE
LA LEY 21.330 QUE PERMITIÓ EL ANTICIPO DE LAS RENTAS VITALICIAS**

**ALUMNA:
CATALINA DE JESÚS RIVERA LONCÓN
19.755.354-5**

**PROFESORA GUÍA:
IVETTE S. ESIS VILLARROEL**

SANTIAGO, 2022

*A mi madre por el apoyo incondicional, la entrega y el amor, en luces y
oscuridades.*

A mi hermana por el increíble regalo que me dio el día que nació.

*A mi amor por compartir sus días y noches conmigo, por sus brazos
cálidos y su contención.*

A mi familia

A Valentina y a Valentín

A mis increíbles amigos

*Por sobre todo, a las mujeres que se han cruzado en mi camino y me han
dejado el hambre insaciable de querer devorar el mundo, de estar en
constante búsqueda de nuevos aprendizajes, de ser mejor y de nunca dejar
de avanzar. A las profesoras Carolina Loncón, Patricia Vivanco e Ivette
Esis, a quienes dedico este trabajo con todo mi respeto y admiración.*

RESUMEN Y PALABRAS CLAVE

El propósito de este trabajo es plantear la interrogante respecto a si nos encontramos frente a una eventual expropiación indirecta de la inversión extranjera en Chile en el sector asegurador, con ocasión de la promulgación de la Ley 21.330 que permitió el anticipo de las rentas vitalicias. Para resolver esta interrogante, se utilizaron los métodos deductivo y inductivo. Utilizamos el método deductivo, para analizar las ideas generales sobre expropiaciones indirectas a través de la lectura de escritos académicos y otras fuentes bibliográficas. Asimismo, se hizo uso del método inductivo para obtener soluciones o respuestas, a partir del estudio de distintos laudos arbitrales de inversión en la materia, dictados entre 2015 hasta 2021, con el fin de encontrar una silueta común respecto a qué se entiende por expropiación indirecta. Se estudió la legislación nacional tocante al tema y se revisaron distintos tratados ratificados por Chile que comprendieran un apartado donde se trata la expropiación. Este trabajo se realizó en tres capítulos. Primeramente, se examinó el impacto de la pandemia respecto a los negocios e inversiones internacionales y sus consecuencias. Luego profundizamos sobre las rentas vitalicias como inversión bajo los tratados internacionales celebrados por Chile. Para ello examinamos el concepto de inversión conforme a los tratados chilenos en la materia con otros países, con tratados especiales y bajo el Convenio de Washington. De seguidas, analizamos el contrato de rentas vitalicias como un contrato de inversión en conjunto con los reclamos de las aseguradoras con ocasión de la promulgación de la Ley 21.330. Finalmente examinamos cada uno de los criterios de expropiación para determinar la eventual expropiación indirecta de inversiones en el sector asegurador. Respecto al ámbito asegurador que fue afectado por la promulgación de la ley 21.330, a la fecha de entrega de este trabajo se encuentran en trámites y previas negociaciones para luego considerar acudir a arbitraje internacional. Frente a un eventual arbitraje internacional por una supuesta expropiación indirecta a la inversión hecha por las compañías aseguradoras, concluimos que no se cumple a cabalidad con los requisitos analizados. Encontramos una transgresión a las legítimas expectativas de las compañías aseguradoras respecto a su inversión en Chile, por cuanto debido a la promulgación de la Ley 21.330 quienes son afiliados pueden anticipar parte de los fondos reunidos, y este fue un aspecto que no fue conocido previamente por los inversores. Sin embargo, también creemos que el carácter de la medida estatal chilena es legítimo, considerando el contexto mundial y las necesidades de sus habitantes. De hecho, estudiamos las diversas consecuencias del estallido social ocurrido en octubre del 2019, y luego la pandemia de Covid 19 que tuvo su primer contagio en diciembre del mismo año. Es por eso que estimamos que el Estado debía actuar frente a la escasez de insumos de la nación, y que este actuar fue hecho de forma legítima. Finalmente, el último criterio a analizar es el de la privación de la propiedad del inversor y, en este caso, creemos que no la hubo ya que a la fecha de entrega de este trabajo siguen funcionando las empresas aseguradoras con normalidad y ofreciendo al público las rentas vitalicias como alternativa de pensión. En definitiva, consideramos que no estamos en presencia de una expropiación indirecta de la inversión extranjera en el ámbito asegurador con ocasión de la promulgación de la Ley 21.330 que permitió el anticipo de las rentas vitalicias.

Palabras clave: Expropiación indirecta, CIADI, Tratados Internacionales de Inversión, Ley 21.330, Renta vitalicia.

LISTA DE ABREVIATURAS

AFC	Administradora de Fondos de Cesantía
AFP	Administradora de Fondos de Pensiones de Chile
BC	Banco Central
BCE	Banco Central Europeo
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
CMF	Comisión del Mercado Financiero
CSV	Compañías de Seguros de Vida
DII	Derecho Internacional de Inversiones
DL	Decreto de Ley
FMI	Fondo Monetario Internacional
IED	Inversión Extranjera Directa
OCDE	Organización para la cooperación y Desarrollo Económico
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de las Naciones Unidas
RV	Rentas Vitalicias
SEREMI	Secretaría Regional Ministerial
TBI	Tratado Bilateral de Inversiones
TCE	Tratado sobre la Carta de la Energía
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

INDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN.....	5
CAPÍTULO PRIMERO - El impacto de la pandemia en los negocios e inversiones internacionales.....	8
1. La aparición de la pandemia.....	8
2. Las consecuencias de la pandemia.....	9
3. Las medidas adoptadas por los Estados.....	11
4. Contrato de Rentas Vitalicias.....	16
CAPÍTULO SEGUNDO - Las rentas vitalicias como inversión bajo los tratados internacionales celebrados por Chile.....	20
1. El concepto de inversión conforme a los tratados chilenos en la materia con otros países.....	20
1.1. El concepto de inversión bajo tratados especiales en la materia.....	21
1.2. El concepto de inversión bajo la doctrina.....	27
1.3. El concepto de inversión bajo el Convenio de Washington.....	29
CAPÍTULO TERCERO - Análisis de los criterios para determinar la eventual expropiación indirecta de inversiones en el sector asegurador.....	39
1.Privación de la propiedad.....	40
1.1 La privación del derecho de propiedad en la práctica arbitral: análisis de casos.....	42
1.2. Nuestra posición sobre el tema.....	54
2.Carácter de la medida estatal chilena al permitir legislativamente el anticipo de las RV.....	55
2.1. El análisis del carácter de la medida estatal bajo la práctica arbitral.....	55
2.2. Nuestra posición sobre el tema.....	66
3. La afectación a las legítimas expectativas de los inversores.....	67
3.1. El tratamiento de las legítimas expectativas bajo los tratados y la doctrina.....	67
3.2. La apreciación de las legítimas expectativas bajo la práctica arbitral.....	68
CONCLUSIONES.....	82
BIBLIOGRAFÍA.....	84

INTRODUCCIÓN

Hoy en día Chile se encuentra en un estado de constante cambio. Las políticas públicas se modelan de acuerdo con las necesidades sociales que, sumado a las necesidades por tiempos de pandemia, se han hecho indispensables para el buen vivir de los habitantes de la República. Aunado a la crisis sanitaria, se sumó el descontento social en Chile, en conjunto de otras razones, que motivó el estallido social de 2019. Esta situación generó el aumento de los índices de cesantía en el país, viéndose perjudicados las familias, los negocios y los emprendimientos.

Respecto al sistema constitucional chileno, se denomina *potestad reglamentaria* a “la facultad que tiene el presidente de la República y otras autoridades administrativas para dictar normas jurídicas con contenido general que tienden a dar cumplimiento a la Constitución y a las leyes”¹. En Chile, el Congreso Nacional promulgó la Ley 21.330² que permitió, por un lado, el retiro de los fondos que las personas ahorran para su jubilación y que administran las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP). Y, por otro, autorizó al pago de anticipo de una cantidad de dinero de fondos de los contratos de seguros llamados rentas vitalicias (RV). Esto significó que las empresas aseguradoras tuvieran que honrar el compromiso de pago frente a sus asegurados con su propio patrimonio. Conforme a la discusión parlamentaria, la legislación tuvo como propósito enfrentar la situación generada por el evento del estado de excepción constitucional declarado y la crisis económica causada por la pandemia.

Debido a la promulgación de la legislación que autorizó los anticipos de los contratos de RV por parte de sus asegurados, la Comisión del Mercado Financiero (CMF) y el Banco Central (BC) han advertido los efectos negativos que esta medida tiene para el mercado asegurador. La CMF en un comunicado de prensa a comunicado respecto a los anticipos:

“Esta iniciativa pondría en riesgo la solvencia de las CSV y, por tanto, el pago de las pensiones de todos los jubilados con rentas vitalicias en estas entidades. Los efectos fiscales potenciales son sustanciales, tanto por la eventual activación de las garantías estatales a las rentas vitalicias, como por las acciones que enfrentaría el fisco chileno en tribunales nacionales e instancias internacionales”³.

En cuanto a lo comunicado por el ente emisor expresó:

“... una reforma como esta generaría riesgos de acciones cautelares, demandas en contra del estado y, eventualmente, demanda de compensaciones con motivo de expropiaciones. Asimismo, al estar involucrados inversionistas extranjeros, sería probable acciones ante tribunales internacionales (CIADI). Sin perjuicio de la extensión de estos procesos y el resultado final de los mismos, el país se vería afectado por un aumento de la incertidumbre jurídica y deterioro reputacional”⁴.

¹ VERDUGO (1994) p.14

² Ley N°21.330, de 2021.

³ COMISIÓN PARA EL MERCADO FINANCIERO (2021)

⁴ BANCO CENTRAL (2020)

Esto ha dado lugar al reclamo de compañías aseguradoras extranjeras (como Metlife, Chilena Consolidada y Ohio) quienes consideran que esta medida constituye una expropiación indirecta de sus activos en Chile, lo cual viola tratados de inversión que la República ha celebrado con otros países. Vale destacar que estos tratados han tenido como principales objetivos “facilitar y promover la inversión mutua, mediante el establecimiento de un marco de tratamiento a los inversionistas y sus inversiones, y de gobernanza institucional de la cooperación, así como de mecanismos de prevención y solución de controversias”.⁵

El panorama planteado nos permite vislumbrar no pocos cuestionamientos jurídicos y, en particular, la vinculación de la actuación del Estado chileno y el potencial cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones a las que se comprometió a cumplir conforme a los tratados de inversiones. De ahí que la pregunta a la que responde nuestra investigación responde a sí: ¿podría existir una expropiación indirecta de la inversión extranjera en Chile en el ámbito asegurador causada por la Ley 21.330 que posibilitó a los asegurados el anticipo de las rentas vitalicias, de conformidad con los tratados internacionales en la materia? Frente a esta problemática, tenemos dos posibles respuestas. Por un lado, efectivamente existirá una eventual expropiación indirecta de la inversión extranjera, siempre que se cumplan los requisitos convencionales y legales para su existencia. Por otro lado, una segunda hipótesis daría lugar a una respuesta negativa. Es decir, eventualmente no habría una expropiación indirecta, y su fundamento reside en el incumplimiento a los requisitos anteriormente nombrados.

Por lo anteriormente expuesto, el objetivo general de este trabajo es determinar la potencial expropiación indirecta de la inversión extranjera en el ámbito asegurador en Chile, con ocasión de la modificación legal del contrato de rentas vitalicias previsto en la Ley 21.330. Respecto a los objetivos específicos, se pretende: (i) analizar el impacto económico de la pandemia en el mundo y en Chile y las medidas adoptadas para mitigarlo, con especial referencia a la Ley 21.330; (ii) examinar si el contrato de las rentas vitalicias califica como inversión bajo los tratados especiales en la materia ratificados por Chile con otros países; y (iii) identificar la eventual expropiación indirecta de la inversión extranjera en el sector asegurador en Chile, a raíz de la promulgación de la Ley 21.330.

Los métodos empleados para el desarrollo de la investigación y recolección de información son el deductivo y el inductivo. Utilizamos el método deductivo, para analizar las ideas generales sobre expropiaciones indirectas a través de la lectura de escritos académicos y otras fuentes bibliográficas. Asimismo, se hace uso del método inductivo para obtener soluciones o respuestas, a partir del estudio de distintos laudos arbitrales de inversión en la materia, dictados entre 2015 hasta 2021.

Este trabajo está estructurado en tres capítulos. En el capítulo primero nos referimos al impacto de la pandemia en los negocios e inversiones internacionales, donde el primer apartado se analiza la aparición de la pandemia. A su vez, el capítulo se subdivide en dos secciones: la primera, se centra en la revisión del desarrollo del Covid-19 a lo largo de todo el mundo; mientras que, en la segunda, examinamos los efectos económicos globales y en

⁵ A modo ilustrativo, así lo indica el Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa del Brasil y la República de Chile (2015).

Chile. Y en una tercera sección se desarrollan las medidas adoptadas por los Estados, enfocándose en las generales medidas tomadas por distintos estados para luego referirnos a las medidas tomadas por Chile. En particular, hacemos hincapié sobre las medidas económicas dictadas con motivo de la pandemia y los motivos por los cuales fue promulgada la Ley 21.330.

En el segundo capítulo, se analiza el contrato de las rentas vitalicias y su calificación como inversión bajo los tratados internacionales celebrados por Chile. Estudiamos la naturaleza jurídica y las características de este tipo de contratos, así como su regulación en el país. Luego, examinamos el concepto de “inversión” bajo el Derecho Internacional de las Inversiones y, en especial, conforme a los tratados celebrados por Chile con otros países. Y, por último, nos centramos en el contrato de rentas vitalicias como inversión, abordando los conceptos estudiados en los referidos tratados.

En el capítulo tercero se estudian los criterios para determinar la eventual expropiación indirecta de inversiones en el sector asegurador. Para esto se abordan los criterios de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD según sus siglas en inglés) y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), como son (i) la privación de la propiedad, (ii) la legitimidad de la medida estatal chilena al permitir legislativamente el anticipo de las RV y (iii) la afectación a las legítimas expectativas de los inversores; así como se estudian las soluciones contenidas en los tratados, la doctrina y los principales casos de arbitrajes inversor-Estado.

Finalmente se debe destacar que el presente trabajo de memoria de investigación se hizo gracias a la beca otorgada por la Prof. Dra. Ivette Susana Esis Villarroel, como parte de su Proyecto Fondecyt Iniciación N. 11190168 sobre “Protección de la inversión chilena en el exterior frente al riesgo de expropiaciones indirectas”.

CAPÍTULO PRIMERO - El impacto de la pandemia en los negocios e inversiones internacionales

1. La aparición de la pandemia

La pandemia de COVID-19, conocida también como pandemia de coronavirus, es una pandemia mundial, actualmente en curso. De acuerdo con lo dispuesto por el gobierno chileno “... es una cepa de la familia de coronavirus que no se había identificado previamente en humanos. Es el nombre definitivo otorgado por la OMS. Los coronavirus son causantes de enfermedades que van desde el resfriado común hasta enfermedades más graves, como Insuficiencia Respiratoria Aguda Grave”.⁶ Comenzó en diciembre de 2019 en Wuhan, provincia de Hubei en China y fue declarada pandemia global el 11 de marzo de 2020. Con fecha 18 de marzo de 2020 Chile entra en la Etapa 4 del Coronavirus COVID-19, en que se produce “circulación viral y dispersión comunitaria del virus. Es por eso que el Gobierno decide cerrar todas las fronteras terrestres, marítimas y áreas de nuestro país para el tránsito de personas extranjeras.”⁷

A nivel mundial los Estados crearon diversas políticas para prevenir el contagio de la población, hubo cierre de fronteras, suspensión de clases presenciales en las escuelas y universidades, cuarentena obligatoria para quienes hubiesen contraído el virus y para quienes hubiesen llegado al país desde el exterior. Hubo una gran reducción respecto al horario de uso para los transportes públicos para su correspondiente sanitización, se crearon aforos respecto a la cantidad de personas que podían estar dentro del mismo local e incluso dentro de una misma vivienda.

Chile tuvo su primer caso detectado el 3 de marzo de 2020⁸, solo a meses luego del estallido social del 18 de octubre de 2019 ocurrido en el país. La respuesta del gobierno, al igual que ante las masivas protestas, fue declarar un estado de excepción constitucional: de Emergencia en el primer caso, de Catástrofe en el segundo, decretando el toque de queda nocturno. En consecuencia, la población se vio afectada respecto a su rutina. Luego del primer caso confirmado en el país el presidente Sebastián Piñera anunció un Plan de Acción por brote de coronavirus, el cual incluyó “la adquisición de nuevo equipamiento, refuerzo de la red de salud, controles migratorios y el despliegue de un rápido y eficiente operativo de detección y tratamiento”⁹. Con fecha 13 de marzo se anunciaron nuevas medidas para mantener la salud de la población. Dentro de estas encontramos prohibiciones para “eventos públicos de más de 500 personas, un fondo de \$220 mil millones para salud, un fortalecimiento de la red

⁶ GOBIERNO DE CHILE (2021)

⁷ MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES (2021).

⁸ MINISTERIO DE SALUD (2020)

⁹ GOBIERNO DE CHILE (2021)

asistencial, la suspensión de clases en cursos o escuelas con alumnos contagiados y cuarentenas para los viajeros provenientes de países calificados de Alto Riesgo”¹⁰.

El 18 de marzo del mismo año se decreta Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe en todo el país por 90 días para enfrentar el coronavirus. El 20 de abril el mandatario anuncia el Ingreso Familiar de Emergencia por Covid-19, que beneficiará a 4,5 millones de chilenos, para apoyar los hogares más vulnerables con trabajos informales y cuyos ingresos se han reducido por la crisis sanitaria provocada por el Covid-19, el cual Inicio del pago Ingreso Familiar de Emergencia de forma automática a 1,3 millones de hogares.

El 22 de enero de 2021, el Presidente Piñera presentó detalles de plan de vacunación contra COVID-19 e informó que el 28 de enero llegarían casi dos millones de dosis de vacunas Sinovac y el domingo 31 otros dos millones adicionales, lo que permitió iniciar la fase masiva del Plan de Vacunación. El 28 de enero se da inicio al plan de vacunación masiva. A la fecha hay 12.500 casos activos¹¹ la cual es la cifra más alta registrada en el país, esto tiene relación con la aparición de una nueva variante del virus denominada Ómicron. Como medida para amortiguar sus efectos el Ministerio de Salud ha administrado actualmente más de 12 millones de vacunas de refuerzo y sigue actualmente un riguroso calendario de vacunación para la población, teniendo en cuenta que quien no cuente con las respectivas vacunas no obtendrá su pase de movilidad.

2. Las consecuencias de la pandemia

Como es de esperar la pandemia tuvo un fuerte impacto en diferentes ámbitos sociales y económicos. Una de las generales consecuencias con las que ha arrasado durante este tiempo la pandemia ha sido respecto al cambio en la vida de las personas. Respecto al ejercicio del trabajo, los países han ido modificando el desarrollo de la actividad laboral adecuándose a las restricciones y requisitos dispuestos por los estados, creándose el trabajo online o la modalidad de teletrabajo, realizando las labores contractuales en el hogar del trabajador y a distancia física del lugar de trabajo.

El impacto económico en las economías emergentes y en desarrollo superará con creces al de la crisis financiera mundial. Éstas han sufrido una serie de perturbaciones que han agravado los efectos de las medidas de contención internas. La recesión mundial ha provocado una fuerte caída en los precios de las materias primas. Éstos descendieron un 20,4% en las exportaciones de los países en desarrollo entre febrero y marzo de 2020 (la mayor caída registrada)¹². Los países en desarrollo perderán 800.000 millones de dólares de ingresos por exportaciones en 2020. Además, ha habido una enorme disminución en las remesas. Los países que dependen del turismo y los exportadores de petróleo se están viendo especialmente afectados.

Los altos niveles de deuda pública amenazan con crear una emergencia de desarrollo global de la misma manera que la pandemia está creando una emergencia de salud global. A medida

¹⁰GOBIERNO DE CHILE (2020)

¹¹ GOBIERNO DE CHILE (2022)

¹² ELCANO (2020)

que se desarrolla esta crisis, existe un alto riesgo de insolvencia, que no se ve ayudado por los alarmantemente altos riesgos de incumplimiento empresarial. A la luz del dilema emergente de la deuda, ha habido una iniciativa para condonar los pagos de intereses de la deuda de los países en desarrollo para 2020. Las líneas de crédito del Fondo Monetario Internacional (FMI) también serán útiles para los países que requieren apoyo adicional, pero es posible que el FMI tenga que aumentar estas líneas de crédito.

De acuerdo con lo dispuesto por diferentes especialistas el encierro, la soledad, la pobreza, la preocupación por la enfermedad y muerte, implicó grandes niveles de estrés en la población mundial. En palabras de la doctora en filosofía y académica de la U. de Santiago, Diana Aurenque:

“Llevamos casi dos años aprendiendo a afrontar una pandemia que hoy parece endemia”, indica que en Chile, y gracias al gran número de la población vacunada, hay contagios, “pero menos muertes a causa de la enfermedad y las salas de cuidados críticos permanece disponibles”.¹³

Respecto a las consecuencias económicas globales uno de los principales desafíos ha sido la agudización de la pobreza y desigualdad generada, como resume Joseph Stiglitz, Premio Nobel de Economía 2001, crítico de la globalización, “... esta pandemia golpea más a la parte baja de la escala socioeconómica, que pierde sus empleos de manera desproporcionada, respecto al promedio de la escala de percepción de ingresos. Los de abajo se llevan lo peor”.¹⁴ En el mismo tenor, el Informe sobre financiamiento para el desarrollo sostenible 2021 de la ONU señala que la economía global ha experimentado la peor recesión en 90 años, con los segmentos más vulnerables de la sociedad afectados de manera desproporcionada. Se estima que se han perdido 114 millones de puestos de trabajo y alrededor de 120 millones de personas han vuelto a sumirse en la pobreza extrema.

La directora gerente del FMI, Kristalina Georgieva, se ha referido al alza las pérdidas que el covid-19 causará a la economía mundial hasta 2024 por el impacto de la variante ómicron: “La economía mundial perderá entre el momento presente y 2024 12,5 billones de dólares, y vamos a revisar esa cifra al alza por el impacto de ómicron”.¹⁵ Respecto a América Latina el director del Departamento de Investigación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), Richard Samans, en una rueda de prensa comenta: “América Latina y el Caribe forman la región para la cual las proyecciones son las menos optimistas. Esto se debe a una variedad de razones, pero en resumen no proveemos un retorno a donde se encontraban en 2019 antes de 2013, al menos”.¹⁶

En conclusión de lo expuesto entendemos como los principales efectos mundiales han sido tanto sociales como económicos. Particularmente en Chile las consecuencias de la pandemia han sido el cierre de pymes y la pérdida de empleos. Si bien se han intentado subsanar poco a poco, la tarea se ha hecho más difícil con la nueva variante de este virus. Los gobiernos

¹³ UNIVERSIDAD SANTIAGO DE CHILE (2021)

¹⁴ LA JORNADA (2022)

¹⁵ BIO BIO CHILE (2022)

¹⁶ BIO BIO CHILE (2022)

internacionales han apuntado hacia una vacunación global, atención primaria, salud mental, cohesión social y sistema de cuidados.

Pero hay otro ámbito, transversal, que condiciona la respuesta que se dé a los retos planteados: el económico. La cantidad de recursos disponible, y más importante todavía, el orden de prioridades que se establezca.

En las próximas páginas se tratará este tema con mayor profundidad, pero el economista Joseba Barandiaran, de Mondragon Unibertsitatea, da algunas pistas. No le preocupan tanto la inflación y las posibles subidas salariales, cree que hay margen, pero sí pone el foco sobre la actuación del Banco Central Europeo (BCE) “No creo que pudiésemos soportar un cambio rápido en las tasas de interés, nos apretaría mucho”.

3. Las medidas adoptadas por los Estados

En respuesta a la propagación del virus COVID-19, la mayoría de los Gobiernos de la región han adoptado medidas de confinamiento, distanciamiento físico y restricciones de movilidad. La aplicación de estas medidas ha generado diversas consecuencias que van desde el cierre temprano de negocios hasta el aumento de la violencia en el hogar al encontrarse en muchas situaciones la víctima conviviendo con el agresor. Para hacer frente a esta situación, diferentes Gobiernos han fortalecido los canales de orientación y atención de emergencia, en algunos países se ha asegurado la continuidad de los servicios sociales, psicológicos y jurídicos, declarándose esenciales.

Una de las primeras decisiones de los gobiernos fue la de generar las condiciones legales e institucionales que les permitiera ponerse al frente y actuar de manera rápida. Así, siempre exceptuando a Nicaragua, los diferentes gobiernos establecieron estados de emergencia nacional o de calamidad pública en sus respectivos territorios. Dada la imposibilidad de detener el avance de la pandemia, se buscaba en primer lugar que el ritmo de contagio fuera lo menos acelerado posible para intentar, en segundo lugar, poner los sistemas de salud en capacidad de atender los casos que así lo demandan.

Dentro de las medidas generales realizadas por los estados encontramos los controles sanitarios y cuarentenas, políticas con respecto al testeo regular de la población para mantener cifras con respecto a la cantidad de contagios en la región. En cuanto a economía y trabajo como sucedió en China, donde se originó el COVID-19 y después en Europa, la pandemia ha colocado a los Estados frente al desafío de gestionar una compleja crisis que empieza en lo sanitario, pero que tiene efectos globales. La estrecha relación que existe entre salud, economía y trabajo ha quedado evidenciada y está claro que “... si no se controla la curva de contagio de la pandemia, no será posible reactivar la economía de los países. Asimismo, se indica que tanto el control de la pandemia como la reapertura económica requiere liderazgo y una rectoría efectiva y dinámica de los Estados, mediante políticas nacionales que integren políticas de salud, políticas económicas y políticas sociales”.

En general las medidas adoptadas por los distintos Estados han ido en dirección de amortiguar los efectos de la pandemia, entre ellos se hayan restricciones para la entrada y

salida de los países y la entrega de distintos bonos y ayuda económica para auxiliar a la población que se ha visto perjudicada por el cierre de sus negocios y la falta de empleo.

Respecto a las medidas sanitarias adoptadas en Chile el Plan “Paso a Paso nos cuidamos” se presentó en julio de 2020 como una estrategia gradual para enfrentar la pandemia según la situación sanitaria de cada zona de nuestro país. Durante el 2021 este Plan ha tenido actualizaciones, considerando factores como el avanzado proceso de vacunación, el fortalecimiento de la infraestructura sanitaria, la estrategia de testeo, trazabilidad y aislamiento, y una mirada multisectorial, con el propósito de equilibrar y ponderar mejor los distintos objetivos y necesidades del país.

El plan paso a paso cuenta con una enumeración de aforos y actividades permitidas, en total son 5 pasos:

1. Paso uno: Restricción
2. Paso dos: Transición
3. Paso tres: Preparación
4. Paso cuatro: Apertura inicial
5. Paso cinco: Apertura avanzada

Dentro de las medidas transversales del plan paso a paso encontramos las medidas de autocuidado con respecto al uso correcto de la mascarilla correcta, siendo su uso obligatorio en lugares cerrados y abiertos urbanos, y en el transporte público y privado. Se debe mantener distanciamiento físico de al menos un metro lineal entre personas y una ventilación de espacios cerrados, debiendo haber una ventilación cruzada en todo momento. Mantener puertas y/o ventanas abiertas sin obstrucción (al menos 2). Y por último el lavado constante y correcto de manos.

El mismo documento entregado por el gobierno contiene un glosario en su apartado VI, donde se refiere a que debemos entender por un “Espacio abierto o al aire libre: Aquel que no tiene techo o aquel que, teniendo techo, cuenta con más del 50% de su perímetro sin muros.” “Espacio cerrado: Aquel que tiene techo y más del 50% de su perímetro con muros.” “Superficie útil: Es aquella parte de la superficie total de un recinto específicamente habilitada para uso de público, es decir, no incluye la superficie de muros, circulaciones verticales y aquellos lugares con acceso restringido a público, tales como oficinas de administración, bodegas o cocinas, y por superficie útil de un espacio abierto aquella específicamente habilitada para uso de público, excluyendo otros espacios tales como estacionamientos o espacios del recinto en desuso.” y “ Restaurantes y lugares análogos: Es aquel establecimiento que cuenta con un giro comercial cuyo objeto sea el servicio de alimentación al público general, ya sea para llevar, o bien, que los asistentes permanezcan en una ubicación fija durante toda la prestación del servicio.”

En el apartado número V encontramos la “Fiscalización y Sanciones” que el gobierno efectúa sobre la población. Respecto al Pase de Movilidad:

“Son usos incorrectos del pase de movilidad, presentar un comprobante de vacunación de un tercero como propio o falsificar un comprobante de vacunación o código QR. Para aquellas actividades que se permiten sólo si todos tienen pase de movilidad, será responsabilidad del dueño o responsable del lugar asegurarse (por medio del escaneo del código QR), de que

todas las personas presentes en la actividad tengan su pase de movilidad habilitado y verificar que corresponda a la persona mediante la cédula de identidad. Si una persona no tiene pase de movilidad habilitado, se levantará el acta de fiscalización y se iniciará el sumario sanitario respectivo contra el dueño del lugar.”

En cuanto a la Fiscalización general:

“Los funcionarios de la SEREMI de Salud y los funcionarios municipales en comisión de servicios fiscalizarán el cumplimiento de la normativa sanitaria, entre ellas el escaneo del código QR en aquellas actividades que se permiten solo con pase de movilidad o aforos diferenciados. Ante una presunta infracción, se iniciará un sumario sanitario. Además, la autoridad sanitaria puede disponer de medidas sanitarias preventivas tales como prohibición de funcionamiento, paralización de faenas, decomiso de productos y suspensión de permisos (Pase de movilidad). Las sanciones a las que se arriesgan los infractores van desde multas de 0,1 a 1.000 UTM (el doble en caso de reincidentes). Además, se pueden imponer sanciones accesorias, tales como la clausura de establecimientos, recintos, edificios, casas, locales o lugares de trabajo donde se cometiere la infracción; con la cancelación de la autorización de funcionamiento o de los permisos concedidos; con la paralización de obras o faenas; con la suspensión de la distribución y uso de los productos de que se trate, y con el retiro, decomiso, destrucción o desnaturalización de los mismos, cuando proceda.”

Actualmente teniendo en cuenta que el pasado 30 de septiembre del año 2021 terminó la vigencia del Estado de Catástrofe, se realizó una actualización al plan Paso a Paso, para compatibilizar las medidas de restricción que dejarán de estar vigentes, con las que sí se mantendrán debido la alerta sanitaria que seguirá imperando en nuestro país, debido a que la pandemia del Coronavirus sigue presente y es necesario mantener diversas acciones que puedan mitigar los contagios. Los 4 ejes prioritarios se han mantenido en la estructura del Paso a Paso de 5 pasos entre los que se avanza y retrocede, de acuerdo con la situación sanitaria de cada territorio, teniendo todas las medidas para cada paso tendrán vigencia los siete días de la semana y ya no habrá restricción de movilidad.

Actualmente se han eliminado las restricciones de movilidad pero se mantienen las regulaciones de aforo y de operación de las actividades para reducir las aglomeraciones, sobre todo en espacios cerrados, y se norma de acuerdo al tamaño (m²) u otras características del lugar. El Pase de Movilidad otorga mayores libertades. Este instrumento mantiene su vigencia e importancia para poder tener mayores libertades. El estar vacunado seguirá permitiendo la diferenciación de aforos en reuniones particulares y espacios públicos. Además, desde el 1 de noviembre del año 2021, se exige Pase de Movilidad propio para los mayores de 12 años y es obligatorio para viajes de más de 200 km en buses, trenes o aviones. Se mantienen y refuerzan las medidas de autocuidado como exigencia de uso de mascarilla y distancia física, y se refuerza el llamado a mantener medidas como el lavado de manos, la ventilación de espacios y la responsabilidad individual de continuamente realizar exámenes de Covid y de aislarse oportunamente ante la presencia de síntomas o sospecha de contagio.

En cuanto a las medidas de ayuda económica tomadas por Chile, la pandemia ha complicado la administración económica dentro de los hogares de las familias chilenas y hoy nuevamente se vive un nuevo periodo de preocupación con la variante Omicron, por lo que muchos

hogares continúan siendo azotados con las consecuencias de los efectos económicos. Bajo ese contexto, el Gobierno ha dispuesto diversos bonos durante el último tiempo, con la idea de respaldar a la población chilena.

En primer lugar, encontramos el IFE Laboral el cual consiste en un aporte en dinero destinado a los trabajadores que encuentren empleo formal y tiene por objetivo incentivar la creación de nuevos puestos de trabajo en el país. El foco principal de esta ayuda son las mujeres, dado que han sido las más perjudicadas con la pérdida de empleo ocasionada por la pandemia. Corresponderá a un 60% de su remuneración, con un tope mensual de \$250 mil pesos. Mientras, la cifra del beneficio para los hombres alcanzará el 50% de su remuneración y el monto a entregarse puede llegar hasta los \$200 mil. El principal requisito para lograr esta ayuda del Estado es haber obtenido un puesto de trabajo entre diciembre de 2021 y enero de 2022. La fecha límite para postular será el 31 de enero.

También el Estado presenta el Ex Bono Marzo el cual es un aporte que beneficiará a las familias chilenas con menos recursos. Cabe señalar que no es necesario postular para obtener este beneficio. El bono se entregará por cada carga familiar que, al 31 de diciembre de 2021, haya dado derecho al cobro del monto del Subsidio Familiar, Asignación Familiar o Asignación Maternal. De la misma manera, recibirán el bono los hogares que sean parte del Ingreso Ético Familiar y Chile Solidario, aunque no hayan recibido transferencia monetaria por esta causa.

Últimamente se encuentran los retiros de las AFP que permite a millones de chilenos acceder a una parte de sus fondos privados de pensiones, la llamada "ley del 10%" se aprobó en el Congreso en un trámite de 15 días, en medio del aumento del desempleo y la contracción económica causada en Chile por la pandemia.

Dentro de las medidas económicas dictadas con motivo de la pandemia encontramos la promulgación de la Ley 21.330. Esta ley establece un tercer retiro de fondos de pensiones en el país modificando lo dispuesto por la Constitución de 1980 para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de fondos provisionales y anticipo de rentas vitalicias. El proyecto de la ley 21.330 fue de iniciativa de la comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento que “modifica la Carta Fundamental para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de fondos previsionales, en las condiciones que indica.”¹⁷ que fue tratado en esta Comisión, en sesión de fecha 9 de noviembre de 2020. La idea matriz del informe fue modificar la Constitución para facultar a los afiliados a retirar una vez más el 10% de los fondos previsionales de su propiedad, incluyendo a quienes se encuentran bajo la modalidad de RV, es decir, esta vez se incluye un anticipo de fondos previsionales para los afiliados a la modalidad de RV.

El anticipo de los fondos previsionales tiene como primer argumento ser para quienes han “quedado afuera del primer retiro de fondos previsionales un millón y medio de personas que corresponden a personas que cuentan con rentas vitalicias o que están en retiro programado”¹⁸. En el mismo informe el entonces Presidente del BC, el señor Mario Marcel

¹⁷ COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO (2020)

¹⁸ COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO (2020)

expuso sobre el impacto económico y financiero del primer retiro de fondos de pensiones, y los posibles efectos de nuevas medidas de retiro, segundo retiro de fondos y “retiro” para pensionados con rentas vitalicias. Explicó que las mociones para permitir “retiro de fondos” de RV implicaría liquidación de activos, el anticipo de los pensionados será descontado a prorrata de la totalidad de los montos de pensión por pagar al asegurado, en las RV no existe un fondo individual susceptible de retiro, sino un contrato entre privados que se vería alterado. Las compañías de seguros de vida (CSV) se verían obligadas a liquidar activos y adelantar pagos reducirá las pensiones de los jubilados y potencialmente generaría nuevos pasivos al fisco. La CMF estima escenarios de liquidación de activos entre 1.666- 2.869 millones de dólares para enfrentar posibles “retiros”.

El informe se refiere también a los efectos negativos internacionales que suscita esta medida, dando cuenta que el anticipo de fondos de RV genera un conjunto adicional de riesgos legales y reputacionales, ya que alteran unilateralmente los contratos entre afiliados y CSV, afectando la intangibilidad de los contratos, el derecho de propiedad, generando riesgos de acciones cautelares, demandas en contra del estado y, eventualmente, demandas de compensaciones con motivo de expropiaciones. Asimismo, al estar involucrados inversionistas extranjeros, sería probable acciones ante tribunales internacionales (como por ejemplo, los tribunales arbitrales constituidos bajo las reglas de arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones - CIADI). Por lo tanto, sin perjuicio de la extensión de estos procesos y el resultado final de los mismos, el país se vería afectado por un aumento de la incertidumbre jurídica y deterioro reputacional.

Finalmente, y a pesar de la opinión de expertos en la materia financiera, se aprobó el proyecto de reforma constitucional el 5 de noviembre del 2020. En el proyecto de esta reforma constitucional se dispone en su artículo único:

“A partir de la publicación en el Diario Oficial de esta reforma y hasta los 365 días siguientes, los pensionados o sus *beneficiarios por renta vitalicia* podrán, por una sola vez y de forma voluntaria, adelantar el pago de sus rentas vitalicias hasta por un monto equivalente al diez por ciento del valor correspondiente a la reserva técnica que mantenga el pensionado en la respectiva compañía de seguros para cubrir el pago de sus pensiones, con un tope máximo de ciento cincuenta unidades de fomento. El retiro que efectúen los pensionados o sus beneficiarios que opten por solicitarlo, se imputará al monto mensual de sus rentas vitalicias futuras, a prorrata, en forma proporcional y en igual porcentaje que aquel que represente el monto efectivamente retirado”.

Añadiendo luego:

“Las reglas relativas a la intangibilidad y naturaleza de estos recursos, la tramitación de la solicitud, el pago de pensiones de alimentos impagas y la información a las autoridades correspondientes, incluida la Comisión para el Mercado Financiero, contenidas en los incisos precedentes de esta disposición, serán aplicables a las solicitudes de anticipos que efectúen los pensionados o sus *beneficiarios por rentas vitalicias*”.

4. Contrato de Rentas Vitalicias

Para poder entender el sistema de las RV en Chile, es necesario en primera instancia estudiar cuales son las compañías de seguros en Chile. La CMF otorga en su sitio web una lista que comprende todas las compañías de seguros de vida vigentes por las que pueden optar los integrantes de la república de Chile. La lista comprende 35 compañías en total. La misma página ofrece un portal de educación financiera que pretende explicar por medio de infografías y textos en qué consisten las compañías aseguradoras. En el apartado de “compañías de seguros generales” define en qué consisten: “Cubren la pérdida o deterioro en las cosas o el patrimonio, además pueden cubrir los riesgos de accidentes personales y de salud. El riesgo de crédito es de giro exclusivo.”¹⁹

Dentro de las entidades del mercado de valores encontramos a la Superintendencia de Valores que es “... el organismo del Estado que regula y fiscaliza el sistema de pensiones y el seguro de cesantía”²⁰. Es un organismo contralor que representa al Estado al interior del sistema chileno de pensiones, su objetivo es la supervigilancia y control del Sistema de Pensiones Solidarias que administra el Instituto de Previsión Social, de las AFP y de la Administradora de Fondos de Cesantía (AFC), entidad que recauda las cotizaciones, invierte los recursos y paga los beneficios del seguro de cesantía.

La Superintendencia de Pensiones presenta 4 modalidades de pensiones: el Retiro Programado, la RV Inmediata, la Renta Temporal con RV Diferida y la RV Inmediata con Retiro Programado. Al momento de pensionarse en Chile la trabajadora o trabajador podrá optar entre dos opciones: una RV administrada por una compañía de seguros o, elegir el retiro programado de la AFP. En el retiro programado de la AFP, el monto de la pensión se mantiene en esta institución y el monto a recibir se calcula año a año en base a la rentabilidad del fondo de pensiones y la expectativa de vida. Esto implica que el dueño de los fondos es la afiliada o afiliado teniendo un monto de pensión variable.

Las Rentas Vitalicias Previsionales son una modalidad de pensión que otorga una renta mensual fija, desde el momento en que se suscribe el contrato (Renta Vitalicia Inmediata) o a partir de un período establecido (Renta Vitalicia Diferida) hasta el fallecimiento del afiliado, incluyendo el pago de pensiones de sobrevivencia a los beneficiarios legales.²¹ El monto no disminuye con el pasar del tiempo y se calcula la pensión mensual en UF por el resto de la vida del afiliado. Vale destacar que, bajo esta modalidad de pensión, los fondos de pensión dejan de ser gestionados por la AFP, dado que son el pago de la prima por la contratación de este seguro y pasan al patrimonio de la empresa aseguradora.

Como se puede observar existe una importante discrepancia entre ambas modalidades de pensión, las principales diferencias entre ambas figuras se pueden representar en el siguiente cuadro comparativo:

¹⁹ CMF (2021)

²⁰ CMF (2021)

²¹ CMF (2021)

Característica	Retiro programado	Renta vitalicia
Administración	AFP	Compañía de seguros
¿Puedo cambiar de modalidad?	Sí	No
¿Quién es el dueño de los fondos?	El afiliado o afiliada	La compañía de seguros
Monto de la pensión	Variable	Fijo
¿Tengo derecho a la garantía estatal?	Sí	Sí
Herencia	Sí	No

Fuente: Banco Consorcio²²

Una vez que el afiliado haya escogido la modalidad de pensión que más le acomode debe contratar con ella. El contrato de RV se define de acuerdo a lo estipulado por el artículo 2.264 del Código Civil: “La constitución de renta vitalicia es un contrato aleatorio en que una persona se obliga, a título oneroso, a pagar a otra una renta o pensión periódica, durante la vida natural de cualquiera de estas dos personas o de un tercero”.²³

También puede constituirse a favor de dos o más personas que gocen de ella simultáneamente, con derecho a acrecer o sin él, o sucesivamente según el orden que se convenga con tal que todos existan al tiempo del contrato, lo anterior está contenido en el artículo 2.265 del Código Civil: “La renta vitalicia podrá constituirse a favor de dos o más personas que gocen de ella simultáneamente, con derecho de acrecer o sin él, o sucesivamente según el orden convenido, con tal que todas existan al tiempo del contrato”.

Respecto al perfeccionamiento del contrato, nos dirigimos a lo dispuesto por el artículo 2.269 del Código Civil, este se perfecciona por la entrega del precio que puede consistir en dinero o en un bien o bienes muebles o inmuebles. En cuanto a la rescisión del contrato el artículo 2.271 del Código Civil explica que esta puede pedirse sólo en el caso que las partes lo hayan convenido en el contrato, el que siempre debe constar por escritura pública. Fallecido el pensionista o el tercero que condiciona la duración de la RV, el deudor deberá todo el año corriente si en el contrato se hubiese estipulado que se pagase con anticipación y si así no fuese se deberá la parte que corresponda al número de días corridos.

²² BANCO CONSORCIO (2022).

²³ CÓDIGO CIVIL, DE 1857

De cualquier manera, se nos hace importante ahondar sobre cómo la doctrina chilena analiza este contrato. Actualmente la doctrina pone el énfasis en los límites al derecho de propiedad de acuerdo a la Constitución de 1980, dado que ella establece los límites a lo que entendemos como propiedad (según lo mencionado anteriormente). Matías Guilloff se refiere al tema de la siguiente forma:

“... No resulta pertinente aplicar la doctrina de la expropiación regulatoria en Chile para proteger el derecho de propiedad privada frente a las modificaciones legales. Las primeras se asocian a la interpretación de los conceptos propiedad privada y privación, de central relevancia para distinguir entre limitaciones y expropiaciones en la regulación contenida en el artículo 19 N° 24 incisos 2 y 3 de la Constitución.”²⁴

Respecto al contrato de RV, algunas consideraciones doctrinarias son respecto a la confusión de conceptos entre el contrato de RV, el derecho real de censo y el censo vitalicio. Esta confusión de conceptos probablemente es por la escasa aplicación de esas instituciones del derecho civil. El Código Civil denomina “censo vitalicio” a la RV cuando se “constituye sobre una finca dada que haya de pasar con esta carga a todo el que la posea”²⁵, lo que puede inducir a pensar que el censo vitalicio es una especie de RV, y por tanto, también un contrato. Debemos saber que el censo vitalicio no es, necesariamente, un contrato (como sí lo es la RV), puesto que el censo vitalicio puede constituirse a título gratuito u oneroso, y por testamento, donación o contrato.

Asimismo, debemos realizar una precisión importante dado que el artículo 17 número 10 de la Ley de Impuesto a la Renta establece que “no constituyen renta los beneficios que obtiene el deudor de una RV por el hecho de cumplirse la condición que le pone término...”. Concluye sobre este particular el abogado Jose Alliende:

“Pudiera suceder que el Servicio de Impuestos Internos dispute la exención si se enfrenta a un censo vitalicio, puesto que por tratarse de una norma de excepción debe interpretarse restrictivamente, de manera tal que solamente se le reconozca el beneficio tributario exclusivamente al contrato de “renta vitalicia”, y no a su pariente el “censo vitalicio”.²⁶

En definitiva, el impacto de la pandemia ha tenido diversos efectos en distintas áreas económicas a niveles tanto nacionales como internacionales, provocando cambios ya sea en la tasa de empleos como en el desarrollo de políticas internas del Estado. En relación a la aparición de la pandemia observamos que inicia el año 2019 en Wuhan en China y fue declarada pandemia global el 11 de marzo de 2020, siendo el 18 de marzo de 2020 que el Gobierno decide cerrar todas las fronteras terrestres, marítimas y áreas de nuestro país para el tránsito de personas extranjeras.

Una de las principales consecuencias que nos ha dejado la pandemia en Chile (en el área de inversiones) ha sido el cierre de diversas PYMES y la pérdida de empleos. Si bien es cierto el Estado pone en primer lugar la salud de los habitantes desarrollando sistemas de cuidados y atención primaria, la tarea se ha hecho más difícil en el área económica, aun así el país ha

²⁴ GUILLOFF (2018) p. 624.

²⁵ CÓDIGO CIVIL, DE 1857.

²⁶ ALLIENDE (2009)

desarrollado medidas financieras en busca de aminorar las consecuencias de la pandemia, tal es el caso que se nos hace necesario referirnos al Plan “Paso a Paso nos cuidamos”, y la promulgación de la Ley 21.330, la llamada "ley del 10%".

Con el objetivo de salvaguardar monetariamente a los habitantes se permiten retiros de las AFP dando acceso a los chilenos a una parte de sus fondos privados de pensiones. La ley 21.330 habilita un tercer retiro de fondos de pensiones en el país modificando lo dispuesto por la Constitución estableciendo un mecanismo excepcional de retiro de fondos provisionales y anticipo de RV. En relación a la problemática expuesta se ha verificado que para comprender el efecto del anticipo de las RV debe entenderse en primera instancia el contrato mismo de este tipo de pensión. Las RV son una modalidad de pensión que otorga una renta mensual fija, desde el momento en que se suscribe el contrato (RV Inmediata) o a partir de un período establecido (RV Diferida) hasta el fallecimiento del afiliado, monto que no disminuye con el pasar del tiempo.

CAPÍTULO SEGUNDO - Las rentas vitalicias como inversión bajo los tratados internacionales celebrados por Chile

Resulta lógico que bajo el mandato de la Ley N. 21.330 respecto al anticipo de las RV se genere un gran impacto en la nación, dado que se trataba de una medida inasequible antes de la aparición de la pandemia. De la misma forma hubo una reacción a nivel internacional por la medida tomada por el gobierno. En este capítulo abordaremos el contrato de RV desde el punto de vista inversor y el concepto de inversión conforme a doctrina y tratados chilenos en la materia con otros países.

1. El concepto de inversión conforme a los tratados chilenos en la materia con otros países

El concepto de inversión ha sido analizado ampliamente por la doctrina en materia de Derecho Internacional de las Inversiones (DII)²⁷ Esta rama del derecho está compuesta de diversos tratados internacionales y también de legislaciones nacionales especiales en la materia. En sede convencional, se calcula la existencia de al menos 3000 acuerdos internacionales en la actualidad (si se toma en cuenta que existen 194 Estados en la ONU y si cada uno de ellos tuviera 10 acuerdos de inversión, ya estaríamos en más de la mitad de la cifra)²⁸. Entonces se desprende que la materia a analizar es amplia y complicada, de modo que se hace necesario hacer un breve resumen de ciertos tratados internacionales ratificados por Chile que identifiquen el concepto de inversión.

En primera instancia es importante mencionar a que se refiere la OCDE en cuanto al concepto de inversión, toda vez que esta organización trabaja con la finalidad de establecer estándares internacionales y proponer soluciones basadas en datos empíricos a diversos retos sociales, económicos y medioambientales.²⁹ Al respecto dicha institución señala:

“Foreign direct investment reflects the objective of establishing a lasting interest by a resident enterprise in one economy (direct investor) in an enterprise (direct investment enterprise) that is resident in an economy other than that of the direct investor. The lasting interest implies the existence of a long-term relationship between the direct investor and the direct investment enterprise and a significant degree of influence on the management of the enterprise.”³⁰

Como se puede comprender, la noción de inversión en el DII trata de una relación entre una economía en particular y una empresa en particular, vínculo que implica una duración larga que signifique beneficios para ambas partes contratantes. Este concepto también es desarrollado dentro de los mismos tratados que firman las partes, de modo que la interpretación va de la mano con lo expuesto en el convenio celebrado.

²⁷ SACO (2020)

²⁸ SACO (2020)

²⁹ OECD (2022)

³⁰ OECD (2008)

Para una mejor comprensión del problema presentado desarrollaremos el concepto de inversión bajo los tratados chilenos. Veamos las definiciones contenidas en distintos tratados internacionales celebrados por Chile con otros países.

1.1. El concepto de inversión bajo tratados especiales en la materia

La noción de inversión bajo el DII, como veremos, se desarrolla conforme a cada tratado celebrado por los Estados receptores de la inversión extranjera. Es por esto que conviene analizar distintos acuerdos internacionales que contengan el concepto de inversión para así comprender de mejor forma cual es el contenido del concepto “inversión” y como responde esta noción al interés de cada tratado.

a) En el acuerdo suscrito entre Argentina y Chile en el año 1991, en el artículo primero se define inversión como “todo tipo de bienes que el inversor de una Parte Contratante invierte en el territorio de la otra Parte Contratante”³¹. Posteriormente el artículo efectúa una extensa enumeración no taxativa de una serie de bienes y actividades económicas que califican como inversiones:

- “a) la propiedad de bienes muebles e inmuebles y demás derechos reales, como hipotecas y derechos de prenda;
- b) acciones, derechos de participación en sociedades y otros tipos de participaciones en sociedades, como también la capitalización de utilidades con derecho a ser transferidas al exterior;
- c) obligaciones o créditos directamente vinculados a una inversión, regularmente contraídos y documentados según las disposiciones vigentes en el país donde esa inversión sea realizada;
- d) derechos de propiedad intelectual como, en especial, derechos de autor, patentes, diseños y modelos industriales y comerciales, procedimientos tecnológicos, know how y valor llave;
- e) concesiones otorgadas por entidades de derecho público, incluidas las concesiones de prospección y explotación.”³²

El concepto inversión se designa, de acuerdo con el ordenamiento jurídico del país receptor, todo tipo de bienes que el inversor de una Parte Contratante invierte en el territorio de la otra Parte Contratante de acuerdo con la legislación de ésta.

b) De forma similar el convenio entre el Gobierno de Malasia y el Gobierno de la República de Chile sobre la promoción y protección de las inversiones del año 1992 señala:

“Art I a) "Inversiones" significa todo tipo de bienes y en particular, aunque no exclusivamente, incluye:

- a) bienes muebles e inmuebles y cualesquiera otros derechos reales, tales como hipotecas, gravámenes y prendas;
- b) acciones, valores y debentures de compañías o participaciones en los bienes de esas compañías;

³¹ Tratado entre la República Argentina y la República de Chile sobre promoción y protección recíproca de inversiones (1991)

³² Tratado entre la República Argentina y la República de Chile sobre promoción y protección recíproca de inversiones (1991)

- c) derechos sobre dinero o derechos sobre cualquier tipo de prestación de valor económico;
- d) derechos de propiedad intelectual e industrial, incluidos derechos de autor, patentes, marcas comerciales, nombres comerciales, diseños industriales, secretos comerciales, procesos técnicos, conocimientos técnicos y derechos de llave;
- e) concesiones comerciales otorgadas por ley o en virtud de un contrato, incluidas las concesiones para explorar, cultivar, extraer o explotar recursos naturales.”³³

c) El acuerdo entre la República de Chile y La Unión Económica Belgo-Luxemburguesa relativo al fomento y protección recíprocos de las inversiones y protocolo del año 1992 explica:

“Art I 2. El término "inversiones", designa todo elemento de cualquier activo y todo aporte directo o indirecto en dinero, en especie o en servicios, invertido o reinvertido en un sector cualquiera de la actividad económica.

Son consideradas sobre todo, pero no exclusivamente, como inversiones en el sentido del presente Acuerdo:

- a) Los bienes muebles e inmuebles así como otros derechos reales como hipotecas, privilegios, fianzas, usufructos y derechos análogos;
- b) Las acciones, partes sociales y otras formas de participación, incluso minoritarias o indirectas, en sociedades constituidas sobre el territorio de una de las Partes Contratantes;
- c) Las obligaciones, créditos y derechos sobre toda prestación con valor económico;
- d) Los derechos de autor, los derechos de propiedad industrial, (como patentes de invención, licencias, marcas registradas, modelos y maquetas industriales), los procedimientos técnicos, el "savoir-faire" (know how), los nombres registrados y los derechos de llaves;
- e) Las concesiones de derecho público o contractuales, sobre todo aquellas a la prospección, cultivo, extracción o explotación de recursos naturales.

Ninguna modificación de la forma jurídica en la que los haberes y los capitales hayan sido invertidos o reinvertidos afectará su calificación de inversión en el sentido del presente Acuerdo”.³⁴

d) Asimismo, el Acuerdo entre la República de Chile y la República Italiana del año 1993 dedica su primera parte a tratar la definición de inversión:

“Art I. 1. Como "inversión", se comprende, independientemente de la forma jurídica elegida y del ordenamiento jurídico de la referencia, cualquier tipo de bien invertido antes o después de la entrada en vigor del presente Acuerdo, de acuerdo a las leyes y reglamentos de esta última. En este marco de tipo general, el término "inversión" indica:

³³ Convenio entre el Gobierno de Malasia y el Gobierno de la República de Chile sobre la promoción y protección de las inversiones (1992)

³⁴ Acuerdo entre la República de Chile y La Unión Económica Belga-Luxemburguesa (1992)

- a) derecho de propiedad sobre bienes muebles e inmuebles, como cualquier otro derecho real, incluidos, mientras sean utilizables para inversiones, los derechos reales de garantía sobre propiedad de terceros,
- b) acciones, obligaciones, cuotas de participación, cualquier título de crédito y todo otro documento de Estado y público,
- c) créditos por sumas de dinero o cualquier otro derecho por prestaciones o servicios vinculados a una inversión y provenientes del exterior, como también los ingresos reinvertidos de inversiones, así como los ingresos a que se refiere el punto 5 del presente artículo,
- d) derechos de autor, marcas comerciales, patentes, diseños industriales y otros derechos de propiedad intelectual e industrial, know-how, secretos comerciales, nombres comerciales y derechos de llave; e) cualquier derecho de tipo económico conferido por ley o por contrato y cualquier licencia o concesión de acuerdo a las leyes, sobre ejecución de actividades económicas, incluyéndose la prospección, el cultivo, extracción y explotación de los recursos naturales.”³⁵

e) Asimismo, podemos encontrar el desarrollo del concepto en el tratado entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República de Ecuador del año 1993:

“Artículo 1. El término " INVERSIÓN" designa, de conformidad con las leyes y reglamentaciones de la Parte Contratante en cuyo territorio se realiza la inversión, todo tipo de bienes y derechos relacionados con una inversión efectuada por un inversionista, de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, de acuerdo con la legislación de esta última. Incluye en particular, aunque no exclusivamente: a) La propiedad de bienes muebles e inmuebles, así como los demás derechos reales tales como hipotecas, cauciones, usufructos y derechos de prenda; b) Acciones, cuotas sociales y cualquier otro tipo de participación en sociedades; c) Títulos de crédito y derechos a cualquiera otras prestaciones que tengan un valor económico. Los créditos estarán incluidos solamente cuando estén regularmente contraídos y documentados según las disposiciones vigentes en el país donde esa inversión sea realizada y directamente vinculados a una inversión específica; d) Derechos de propiedad intelectual, incluidos derechos de autor y derechos de propiedad industrial tales como patentes, diseños industriales, marcas comerciales o marcas de fábrica, nombres comerciales, procesos técnicos, derechos de llaves y otros derechos similares; y, e) Concesiones económicas conferidas por la ley o por contrato y cualesquiera licencias y permisos, conferidos de acuerdo a la ley. Ninguna modificación de la forma jurídica según la cual los bienes y derechos hayan sido invertidos o reinvertidos afectará su calificación de inversiones de acuerdo con el presente Convenio”.³⁶

f) De la misma forma el Acuerdo entre la República de Chile y la República Oriental de Uruguay del año 1995, encontramos el apartado que se dedica a definir el concepto de inversión:

“Artículo 1. 2. El término "inversión" se refiere a toda clase de bienes o derechos relacionados con ella, siempre que se haya efectuado de conformidad con las leyes y reglamentos de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó y comprenderá, en particular, aunque no

³⁵ Acuerdo entre la República de Chile y la República Italiana sobre la promoción y protección de las Inversiones (1993)

³⁶ Acuerdo entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República de Ecuador (1993)

exclusivamente: a. derechos de propiedad sobre bienes muebles e inmuebles, así como todos los demás derechos reales, tales como servidumbres, hipotecas, usufructos, prendas; b. acciones, cuotas sociales y cualquier otro tipo de participación económica en sociedades; c. derechos de crédito o cualquier otra prestación que tenga valor económico; d. derechos de propiedad intelectual, incluidos derechos de autor y derechos de propiedad industrial, tales como patentes, procesos técnicos, marcas de fábrica o marcas comerciales, nombres comerciales, diseños industriales, know-how, razón social y derecho de llave; e. concesiones otorgadas por la ley, por un acto administrativo o en virtud de un contrato, incluidas concesiones para explorar, cultivar, extraer o explotar recursos naturales”³⁷

g) El año 1999 se celebró el Acuerdo entre la República del Líbano y la República de Chile para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, para intensificar la cooperación económica en beneficio mutuo de ambos Contratantes, el tratado en su artículo primero se refiere al término de inversión:

“Art 1. 2: The term "investment" shall refer to every kind of asset or rights related to it, provided that it has been effected in accordance with the laws and regulations of the Contracting Party in which territory it was carried out and shall include in particular, though not exclusively: (a) movable and immovable assets, the property rights over them as well as all other property rights such as servitudes, mortgages, enjoyments or pledges; (b) shares, debentures and any other kinds of participation in companies; (c) claims to money or to any other performance having an economic value; (d) intellectual and industrial property rights, including copyright, patents, trademarks, trade names, technical processes, know-how and goodwill; (e) concessions conferred by law, by an administrative act or by virtue of a contract, including concessions to search for, cultivate, extract or exploit natural resources. Any modification in the form in which assets are reinvested shall not affect their character as investment, provided that such modification is carried out pursuant to the legislation of the Contracting Party in which territory the investment has been made.”³⁸

Por consiguiente, el tratado expone que “inversión” se refiere a toda clase de bienes o derechos del negocio siempre que su actividad sea bajo el margen legal del Estado receptor incluyendo de manera no taxativa cuatro tipos de dominio, teniendo cualquier modificación de los activos ningún efecto al carácter de inversión, toda vez que dicha modificación sea dentro de los márgenes legales del Estado receptor.

h) El Acuerdo de inversión entre la República de Chile y la República Oriental del Uruguay 2010 plantea:

“Artículo 1: Definiciones para los efectos de este Acuerdo:

(l) Inversión significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la asunción de riesgo. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen:

(i) una empresa;

³⁷ Acuerdo entre la República de Chile y la República Oriental de Uruguay (1995)

³⁸ Acuerdo entre la República del Líbano y la República de Chile para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (1991)

- (ii) acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa;
 - (iii) bonos, obligaciones (debentures), préstamos y otros instrumentos de deuda; pero no incluye un instrumento de deuda de una Parte o de una empresa del Estado;
 - (iv) futuros, opciones y otros derivados;
 - (v) derechos contractuales, incluidos contratos de llave en mano de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos;
 - (vi) derechos de propiedad intelectual;
 - (vii) derechos otorgados de conformidad con la legislación interna, tales como concesiones, licencias, autorizaciones, y permisos; y
 - (viii) otros derechos tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos de propiedad relacionados, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda;
- Pero inversión no significa una orden o fallo ingresado en un proceso judicial o administrativo”,³⁹

i) El Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa de Brasil y la República de Chile del año 2015, en su artículo primero dispone de las definiciones según las cuales se interpretará el tratado, ilustrando el concepto de Inversión de la siguiente forma:

“Art I 1: Para los efectos de este Convenio: 1. El término "inversión" significa toda clase de bienes, invertidos en relación con actividades económicas, siempre y cuando la inversión se haya efectuado en conformidad con las leyes y reglamentos de la otra Parte Contratante e incluirá, en particular, pero no en forma exclusiva: a) bienes muebles e inmuebles y cualesquiera otros derechos de propiedad tales como hipotecas, gravámenes o prendas; b) acciones, debentures o cualesquiera otras formas de participación en compañías; c) derechos sobre dinero o cualquier prestación que tenga un valor económico; d) derechos de propiedad intelectual, incluidos derechos de autor, patentes, marcas comerciales, nombres comerciales, procesos y conocimientos técnicos y derechos de llave; e) concesiones otorgadas por ley o en virtud de un contrato, incluidas las concesiones para explorar, extraer o explotar recursos naturales (...)”⁴⁰

j) Del mismo modo el reciente tratado entre Chile y Hong Kong del año 2016, la noción de inversión se expone en los siguientes términos:

“Art. 1 Definitions: “investment” means every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment, including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. Forms that an investment may take include: (a) an enterprise; (b) shares, stock and other forms of equity participation in an enterprise; (c) bonds, debentures, and other debt instruments and loans, but do not include (i) loans issued by one Party to the other Party, or (ii) bonds, bills, notes, or other kinds of debt securities or instruments issued by a Party (including its central bank or monetary authority), or by a Government enterprise; (d) futures, options and other derivatives; (e) turnkey, construction, management, production, concession, revenuesharing and other similar contracts; (f) intellectual property rights; (g) licences, authorisations, permits and similar rights conferred pursuant to the Party’s law2 ;

³⁹ Acuerdo de inversión entre la República de Chile y la República Oriental del Uruguay (2010)

⁴⁰ Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa del Brasil y la República de Chile (2015)

and (h) other tangible or intangible, movable or immovable property, and related property rights, such as leases, mortgages, liens and pledges, but investment does not mean an order or judgment entered in a judicial or administrative action.”⁴¹

Este acuerdo principalmente alude a la inversión como un activo que un inversionista posee o controla, además nombra las principales características que tendría la inversión tales como el compromiso de capital u otros recursos, la expectativa de ganancia o utilidad, o la suposición de riesgo. El concepto también incluye las formas que puede tomar una inversión, siendo algunas de ellas una empresa, las acciones y otras formas de participación en el capital social de una empresa, bonos, obligaciones, préstamos, bonos, letras, pagarés u otros tipos de títulos o instrumentos de deuda emitido por una parte, otros bienes tangibles o intangibles, muebles o inmuebles, entre otros.

A modo de síntesis podemos concluir que las principales similitudes que encontramos en estos tratados ratificados por Chile se verifican en las siguientes cuestiones. En primer lugar, en las definiciones se vinculan a expresiones empleadas en el instrumento internacional, por ejemplo, las nociones de "persona jurídica", "inversión", "acciones", "empresa", etcétera. Estas expresiones desarrollan su sentido en los primeros artículos de los tratados, esto para una mejor lectura del tratado. En segundo lugar, observamos que los tratados se fundan con la intención de crear y mantener condiciones favorables para las inversiones de una parte contratante (inversionistas) en el territorio de la otra parte contratante (Estado receptor), incluyendo en esta inversión la transferencia de capital. En tercer lugar, otra semejanza que encontramos en los tratados es que el Estado receptor reconoce, en el mismo convenio, la necesidad de promover y proteger las inversiones extranjeras con miras a estimular la iniciativa empresarial privada y favorecer la prosperidad económica de ambos Estados. Mientras que el inversor busca diversificar sus carteras en otros países, siempre bajo las condiciones legales que presenten dichos territorios.

En cuarto lugar, algo semejante ocurre respecto a la definición del concepto de inversión según los acuerdos citados; la similitud es en cuanto al contenido, es decir; que es a lo que se refiere cuando usa la noción de "inversión". Esto lo podemos observar cuando los convenios celebrados se refieren a que será el Estado receptor de la inversión quien, de acuerdo a su legislación interna, dará las limitaciones correspondientes a los actos de la parte inversora. Asimismo, por regla general, incluyen los conceptos de empresas, acciones, bienes muebles e inmuebles y otros derivados dentro de la definición. También podemos incluir que de un modo técnico cada tratado contiene en su primer apartado que será lo que se entiende por "inversión" dejando en claro además del concepto por sí mismo, como se desarrollarán estas inversiones, es decir; estipula que es la inversión y cuando estamos frente a una.

Respecto a las diferencias principales que encontramos en la noción de inversión tratada en los distintos convenios, lógicamente están las limitaciones jurídicas que dependen del país receptor de la inversión. Igualmente encontramos diferencias entre los tratados en cuanto al uso de "marcas comerciales" dentro de la noción de inversión, por ejemplo: los tratados de Chile con Argentina (1991), con Malasia (1992), con La Unión Económica Belga-Luxemburguesa (1992) y con Italia (1993) se refieren a las marcas comerciales como forma

⁴¹ Acuerdo entre el Gobierno de la administrativa especial de Hong Kong región de la República Popular de China y el Gobierno de la República de Chile (2016)

de inversión, mientras que el tratado del año 2010 de Chile con la República Oriental de Uruguay no lo menciona, de cualquier forma en su apartado (viii) agrega “otros derechos tangibles o intangibles”, por lo que si bien no lo menciona expresamente se podría entender dentro de “derechos intangibles” a las marcas comerciales como inversión.

Cabe agregar que los tratados citados cuando se refieren a que entienden por inversión agregan una lista, mayoritariamente no taxativa (lo que queda claro en los últimos incisos del mismo apartado), donde encontramos las formas en las que podemos encontrar una inversión. Ahora bien en el tratado celebrado entre Chile y Hong Kong el año 2016, en la sección C sobre qué se entenderá por inversión nombra a “(c) bonos, obligaciones y otros instrumentos de deuda y préstamos” para luego estipular cuales son los aspectos que no incluye por tales: “but do not include (i) loans issued by one Party to the other Party, or (ii) bonds, bills, notes, or other kinds of debt securities or instruments issued by a Party (including its central bank or monetary authority), or by a Government enterprise; (d) futures, options and other derivatives (...)”. Aclaración que no se presenta en el resto de los tratados citados.

1.2. El concepto de inversión bajo la doctrina

Se hace necesario profundizar de igual forma según lo expresado por la doctrina y cuál ha sido su percepción del concepto. Para esto nos referimos al denominado Consenso de Monterrey, alcanzado en la Conferencia Internacional sobre Financiación para el desarrollo celebrada en Monterrey en 2003, el que considera a las inversiones extranjeras directas como “un complemento fundamental de las actividades nacionales e internacionales de desarrollo (...) que contribuyen a financiar el crecimiento económico sostenido a largo plazo. Son particularmente importantes por las posibilidades que ofrecen de transferir conocimientos y tecnologías, crear puestos de trabajo, aumentar la productividad general, estimular la competitividad y el espíritu de empresa y, en última instancia, erradicar la pobreza mediante el fomento del desarrollo y el crecimiento económico.”⁴²

En consecuencia, el foco estaría en el crecimiento económico sostenido por cada uno de los intervinientes, destacando la finalidad financiera que provocaría para el Estado en el que se realiza la inversión un desarrollo social, centrándose en aspectos como calidad de vida, avances tecnológicos, incitar a nuevos proyectos y productividad, el mejor cuidado del medioambiente, reformas laborales, entre otros. El académico legal emérito Muthucumaraswamy Sornarajah (M. Sornarajah) de la Universidad de Singapur y de la Universidad de Malaya, realiza un estudio sobre el DII y dados los recientes trastornos sísmicos en los mercados monetarios del mundo, refiriéndose a la inversión en términos de riqueza:

“Foreign investment involves the transfer of tangible or intangible assets from one country to another for the purpose of their use in that country to generate wealth under the total or partial control of the owner of the assets”.⁴³

Al respecto el profesor se centra en el propósito de la inversión como la riqueza que podría generar para ambos contratantes que implicaría la transferencia de activos los cuales serán

⁴² UNCTAD (2003)

⁴³ SORNARAJAH (2010) p. 8.

tangibles o intangibles, estando bajo el control total o parcial el propietario de los activos, y agrega a modo de ejemplificar: *“There can be no doubt that the transfer of physical property such as equipment, or physical property that is bought or constructed such as plantations or manufacturing plants, constitute foreign direct investment.”*⁴⁴

De forma semejante señala la Dra. Ivette S. Esis que la inversión extranjera trae a los inversionistas como a los Estados receptores pros y contras a la hora de realizar una inversión, teniendo por un lado a quienes buscan desarrollar su capital en nuevos mercados y a un Estado receptor que está en busca de atraer dicha inversión para fomentar e impulsar servicios diversos y la economía del país: “En definitiva, los objetivos perseguidos tanto por los inversionistas como por los Estados receptores confluyen, por un lado, en la búsqueda de nuevos mercados donde la inversión produzca mejores rendimientos. Por otro, en la necesidad de los Estados de atraer dicha inversión para desarrollar productos y servicios; impulsar o, en su caso, diversificar la economía y mejorar las condiciones sociales de la población. Este juego de intereses genera un importantísimo volumen de inversión extranjera en el mercado internacional”.⁴⁵

Análogamente nos parece importante también estudiar la mirada comercial (más allá de la perspectiva jurídica) para tener un entendimiento más integral de la noción, para tal caso el economista español Francisco Coll Morales se refiere a la inversión extranjera en términos de una transferencia de capitales extranjeros que un país recibe de parte de entidades económicas extranjeras. Esto, con el fin de crear empresas en el territorio, o invertir en empresas ya establecidas para su control, siendo la inversión extranjera directa (IED) en esencia la inversión que realiza una entidad económica (país, empresa, individuo...) de un determinado país en otro país extranjero.⁴⁶ En efecto, la IED hace referencia a todo un capital extranjero que tenga como fin la inversión y la obtención de un rendimiento en el país, así como el control de parte de una empresa en el extranjero.

A su vez debemos añadir que la noción de inversión va en constante evolución y depende en gran medida del contexto en el cual se desarrolla, destacando que la inversión extranjera, en sus diferentes modalidades, depende crucialmente de aspectos históricos y temporales. Así, la funcionalidad de la misma puede variar significativamente según las características específicas tanto de las unidades receptores como de las fuentes de la IED, incluyendo aspectos macroeconómicos, institucionales, de organización industrial y sociales, entre otros⁴⁷.

Por consiguiente, podemos referirnos a Estados extranjeros que se refieren a la materia a modo de observar similitudes y diferencias entre los conceptos. De esta forma para los contratos de estabilidad jurídica respecto al estímulo de la inversión extranjera en Colombia, la inversión extranjera es aquella que realizan en el territorio colombiano, incluidas las denominadas zonas francas colombianas, las personas naturales o jurídicas no residentes en Colombia. Es decir, que el criterio que con carácter exclusivo se adoptó para calificar a una

⁴⁴ SORNARAJAH (2010) p. 8.

⁴⁵ ESIS (2018) p .40.

⁴⁶ MORALES (2022)

⁴⁷ DUSSEL (2000)

inversión como proveniente del exterior se fundamenta en que el lugar de ubicación de la residencia del inversionista se encuentre en el extranjero.⁴⁸

A modo de síntesis, comprendemos que el concepto de inversión no cuenta con una definición única ni pacífica a su respecto⁴⁹ al menos en la doctrina actual. Sin embargo, podemos rescatar que la similitud descansa en el foco principal del intercambio entre el Estado receptor y el inversionista, siendo el foco del inversor la búsqueda de nuevos mercados, el desarrollo y crecimiento de su negocio en otros países aumentando a su vez la demanda, ateniéndose siempre a los límites legales de cada territorio al cual destina la inversión. Mientras que el Estado receptor encuentra su ganancia en el financiamiento de empresas nacionales, mejorando las oportunidades de empleo, elevando la competitividad, avances tecnológicos y la obtención de mayor variedad de productos y de precios. No obstante, se debe tener en cuenta de igual forma que, en efecto, lo que ha de entenderse por inversión en el contexto del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Convenio de Washington) y del arbitraje de inversiones permanece como un asunto discutido y lejos aún de encontrarse lo suficientemente clarificado.⁵⁰

1.3. El concepto de inversión bajo el Convenio de Washington

El Convenio de Washington establece el marco institucional y jurídico para el arreglo de diferencias relativas a inversiones extranjeras y Estados receptores de inversión. Se creó en aras de facilitar la inversión entre países y la resolución de conflictos inversor-Estado, ofreciendo un foro independiente y despolitizado para el arbitraje, la conciliación y la comprobación de hechos. El Convenio en su capítulo II sobre jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) establece en su artículo 25:

(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

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

(a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y (b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las

⁴⁸ GALÁN (2006)

⁴⁹ ATTILA (2016)

⁵⁰ ATTILA (2016)

personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes 18 Convenio hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.

(3) El consentimiento de una subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante requerirá la aprobación de dicho Estado, salvo que éste notifique al Centro que tal aprobación no es necesaria. (4) Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior.

Entendemos que, de conformidad al artículo 25 de la Convención de Washington, para que un tribunal arbitral de inversiones tenga jurisdicción se deben cumplir con varios requisitos. Uno de ellos corresponde a que la controversia entre el Estado receptor y el inversor extranjero se refiera a un problema derivado de una *inversión*. El concepto de inversión ha sido analizado ampliamente por la doctrina en materia de DII (tal como fue expuesto en el punto anterior) y la práctica arbitral

En relación a esta práctica, los tribunales arbitrales han desarrollado dos test: Fedax test y Salini test. Según estas pruebas una inversión debe: durar un tiempo prudencial en el Estado receptor; el inversor asume riesgos de varios tipos; el inversor espera recuperar el capital invertido y tener ganancias; la inversión debe contribuir al desarrollo del Estado receptor.

Para comprender esto debemos saber que, previo a la decisión del caso *Salini contra Marruecos*, los tribunales del CIADI no consideraban el significado de la inversión según el Artículo 25 en absoluto, o si lo hacían era bajo la definición de una inversión que se disponía en el tratado aplicable entre las partes. En el caso *Fedax N.V. v. La República de Venezuela* y el caso de *Ceskoslovenska Obchodni Banka, COMO. v. La República Eslovaca*, por primera vez los tribunales analizan el significado de una "*inversión*" conforme al artículo 25 del convenio⁵¹.

El primer análisis riguroso de la definición objetiva de inversión se dio en el caso FEDAX N.V. contra la República de Venezuela en el cual se establecieron elementos que eventualmente se convertirían en una prueba de cuatro partes, prueba que fue finalmente formulada en 2001 por el caso de Salini y otros, contra Marruecos. En dicha controversia, Venezuela argumentó que los pagarés adquiridos por la compañía "Fedax" no califican como "inversiones", de acuerdo con el art. 25 del Convenio de Washington, alegando la utilización de las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969). Especialmente, alegaron que los conceptos debían interpretarse "de buena fe y de acuerdo con el significado corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin"⁵². Asimismo los demandantes habían adquirido los pagarés por el endoso que ellos habían hecho con una empresa privada, por lo que Venezuela alegó que la definición del TBI (art. 1 del Convenio para el Estímulo y la

⁵¹ INTERNATIONAL ARBITRATION INFORMATION (2022).

⁵² CIADI, *Fedax v. República de Venezuela* (1996, Case No. ARB/96/3) § 14.

Protección Recíproca de las Inversiones entre Venezuela y los Países Bajos, hoy no vigente) debía restringirse.

El tribunal señaló que una “inversión” debe ser claramente diferenciada de una transacción comercial ordinaria pese al carácter mucho más amplio utilizado por el TBI para entender una inversión protegida:

“... The parties have not specifically agreed to a few other items. These are the date of payment and the question of payment of expenses and legal costs of Fedax N.V. Because the agreement does not include all the elements relating to the dispute, the parties have not filed with the Secretary-General the full and signed text of their settlement nor requested the Tribunal to embody such settlement in the award, as provided under Rule 43 (2) of the ICSID Arbitration Rules. In fact, while the Republic of Venezuela requested the discontinuance of the proceeding, Fedax N.V. on its part requested the Tribunal to embody the settlement reached in its award, but both parties did not jointly agree to one and the same option. None of these questions detract from the significance of the settlement reached on the merits, this being the basis on which the Tribunal shall render its award”⁵³.

Para realizar esta distinción, el Tribunal señaló una serie de criterios generales y objetivos. En concreto, señaló que: Las características básicas de una inversión han sido descritas como las que implican: 1. Una cierta duración 2. Una cierta regularidad de beneficios y retornos 3. Asunción de un riesgo 4. Un compromiso sustancial y 5. Una importancia para el desarrollo del Estado receptor.

“The status of the promissory notes under the Law of Public Credit is also important as evidence that the type of investment involved is not merely a short-term, occasional financial arrangement, such as could happen with investments that come in for quick gains and leave immediately thereafter - i.e. "volatile capital." The basic features of an investment have been described as involving a certain duration, a certain regularity of profit and return, assumption of risk, a substantial commitment and a significance for the host State's development. The duration of the investment in this case meets the requirement of the Law as to contracts needing to extend beyond the fiscal year in which they are made. The regularity of profit and return is also met by the scheduling of interest payments through a period of several years. The amount of capital committed is also relatively substantial. Risk is also involved as has been explained. And most importantly, there is clearly a significant relationship between the transaction and the development of the host State, as specifically required under the Law for issuing the pertinent financial instrument. It follows that, given the particular facts of the case, the transaction meets the basic features of an investment”⁵⁴.

En definitiva, el tribunal decidió por unanimidad que la controversia se encontraba dentro de la jurisdicción y competencia del CIADI y por lo tanto el tribunal dicta finalmente la orden necesaria para la continuación del procedimiento de conformidad con las reglas de arbitraje.

Paralelamente para referirnos al test Salini debemos mencionar la sentencia correspondiente, dictada por el tribunal CIADI en cuanto al caso de Salini v. Morocco del año 2001⁵⁵. En síntesis, el caso comprende al Estado receptor de la inversión (el Reino de Marruecos) quien mantenía una participación del 89% en Societé Nationale des Autoroutes du Maroc (“ADM”). En el año 1995 ADM había suscrito un contrato con dos compañías italianas, Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. para la construcción de una autopista entre las

⁵³ CIADI, *Fedax v. República de Venezuela* (1996, Caso No. ARB/96/3) § 28.

⁵⁴ CIADI, *Fedax v. República de Venezuela* (1996, Caso No. ARB/96/3) § 43.

⁵⁵ CIADI, *Salini v. República de Marruecos* (2004, Caso No. ARB/00/4) § 52

ciudades de Fez y Rabat. Posteriormente, Salini inició un arbitraje con arreglo al Acuerdo de Promoción y Protección de Inversiones (APPI) celebrado entre Italia y Marruecos, alegando que Marruecos se encontraba en situación de incumplimiento de sus obligaciones conforme al tratado a causa de incumplimientos del contrato por parte de ADM. Previamente, el tribunal arbitral del CIADI consideró necesario determinar si el contrato constituía una “inversión” en el marco de los artículos 1 y 8 del APPI entre Italia y Marruecos, así como del artículo 25 del Convenio de Washington. En efecto, en los literales (c) y (e) del Artículo 1 del APPI entre Italia y Marruecos se incluye una definición de “inversión”, la cual consiste en “cualquier tipo de derechos contractuales que tengan un valor económico” y “cualquier derecho de naturaleza económica conferido por una ley o contrato”, sujeto a que los derechos de esta naturaleza “deberán haber sido aprobados por la autoridad competente”. El tribunal llegó a la conclusión que el contrato había sido aprobado por una autoridad competente y constituía, por tanto, una inversión en el sentido del APPI⁵⁶.

De todos modos, el tribunal consideró que según la doctrina generalmente aceptada, para que una actividad económica sea considerada como una “inversión” en el marco del artículo 25 del Convenio de Washington, esta debía implicar: “(...) contribución, una cierta duración del contrato, una participación en los riesgos de la transacción (...) y a tenor del preámbulo del Convenio de Washington podría añadirse como condición adicional la contribución al desarrollo económico del Estado Receptor”⁵⁷.

El tribunal en el caso Salini contra Marruecos señaló que el demandante había contribuido al proyecto de construcción de la autopista con experiencia, equipo técnico y personal calificado, habiendo obtenido además un préstamo y garantías bancarias para financiar la ejecución del proyecto. Se asumían, a su vez, los riesgos legales derivados de la legislación en vigor sobre contratos administrativos públicos y posibles modificaciones legislativas por parte del Estado receptor, que podrían dar como resultado mayores costos laborales para el inversionista y con respecto a la duración, el tribunal arbitral estimó que, en tanto la duración total para la ejecución del contrato se extendió a 36 meses.

“With regard to the risks incurred by the Italian companies, these flow from the nature of the contract at issue. The Claimants, in their reply memorial on jurisdiction, gave an exhaustive list of the risks taken in the performance of the said contract. Notably, among others, the risk associated with the prerogatives of the Owner permitting him to prematurely put an end to the contract, to impose variations within certain limits without changing the manner of fixing prices; the risk consisting of the potential increase in the cost of labour in case of modification of Moroccan law; any accident or damage caused to property during the performance of the works; those risks relating to problems of co-ordination possibly arising from the simultaneous performance of other projects; any unforeseeable incident that could not be considered as force majeure and which, therefore, would not give rise to a right to compensation; and finally those risks related to the absence of any compensation in case of increase or decrease in volume of the work load not exceeding 20% of the total contract price.”⁵⁸

La decisión de Salini entonces fue innovadora primeramente respecto a que reconoció que el requisito de inversión debe respetarse como condición objetiva de la jurisdicción del Centro;

⁵⁶ CAMPOS (2013) p..33.

⁵⁷ CIADI, *Salini v. República de Marruecos* (2004, Caso No. ARB/00/4) § 52

⁵⁸ CIADI, *Salini v. República de Marruecos* (2004, Caso No. ARB/00/4) § 55

The Tribunal notes that there have been almost no cases where the notion of investment within the meaning of Article 25 of the Convention was raised. However, it would be inaccurate to consider that the requirement that a dispute be "in direct relation to an investment" is diluted by the consent of the Contracting Parties. To the contrary, ICSID case law and legal authors agree that the investment requirement must be respected as an objective condition of the jurisdiction of the Centre⁵⁹.

Luego, el tribunal distinguió entre las condiciones para una inversión bajo el tratado bilateral de inversiones (TBI) aplicable y según el Artículo 25 del Convenio del CIADI, de manera tal que una vez que se satisficieran las cláusulas propuestas en el TBI examinó por separado si se cumplían las condiciones para una inversión a los efectos del artículo 25. Al mismo tiempo el tribunal introdujo una definición para una inversión en virtud del artículo 25 del Convenio del CIADI. Esto se conoce como la prueba de Salini: a saber, que una inversión debe contener los siguientes elementos: contribución de dinero / activos (1), riesgo (2), duración (3) y una contribución a la economía del Estado anfitrión (4).

The doctrine generally considers that investment infers: contributions, a certain duration of performance of the contract and a participation in the risks of the transaction. In reading the Convention's preamble, one may add the contribution to the economic development of the host State of the investment as an additional condition.

In reality, these various elements may be interdependent. Thus, the risks of the transaction may depend on the contributions and the duration of performance of the contract. As a result, these various criteria should be assessed globally even if, for the sake of reasoning, the Tribunal considers them individually here⁶⁰.

En conclusión, la definición del término inversión responde a la operación desarrollada por el inversor en el Estado receptor y resulta protegida o no si se enmarca en la definición expuesta en el tratado aplicable. Los test Fedax y Salini permiten a los tribunales arbitrales una orientación sobre cómo identificar si la inversión cabe realmente dentro del ámbito de aplicación material del trabajo. Los primeros tribunales que plantearon esta cuestión lo hicieron de oficio y llegaron a la conclusión de que se cumplía la definición objetiva de una inversión.⁶¹

2. El contrato de Rentas Vitalicias como Inversión

En este apartado del trabajo, corresponde abordar al contrato de RV y si este se enmarca en la definición de inversión contenida en los tratados celebrados por Chile con otros países. Pero, además, debemos examinar la legislación local especial en la materia.

2.1. El régimen jurídico de la inversión extranjera directa en Chile

⁵⁹ CIADI, *Salini v. República de Marruecos* (2004, Caso No. ARB/00/4) § 52

⁶⁰ CIADI, *Salini v. República de Marruecos* (2004, Caso No. ARB/00/4) § 52

⁶¹ GRABOWSKI (2014)

La normativa aplicable a la inversión extranjera directa (IED) se encuentra en la Ley N°20.848 del año 2015. La noción de inversión extranjera se define en su artículo 2 que establece:

“Para efectos de lo dispuesto en el párrafo 2° de este Título, se entenderá por inversión extranjera directa, la transferencia al país de capitales extranjeros o activos de propiedad de un inversionista extranjero o controlado por éste, por un monto igual o superior a cinco millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica o su equivalente en otras monedas, que se efectúe a través de moneda extranjera de libre convertibilidad, bienes físicos en todas sus formas o estados, reinversión de utilidades, capitalización de créditos, tecnología en sus diversas formas susceptible de ser capitalizada, o créditos asociados a la inversión extranjera proveniente de empresas relacionadas.

Asimismo, se considerará inversión extranjera directa aquella que, dentro de los montos a que se refiere el inciso anterior, se transfiera al país y se materialice a través de la adquisición o participación respecto del patrimonio de la empresa o en el capital de la sociedad receptora de la inversión, constituida en Chile conforme a la ley chilena, en forma directa o indirecta, que le otorgue control de, al menos, el 10% del derecho a voto de las acciones de la sociedad, o de un porcentaje equivalente de participación en el capital social si no se tratare de una sociedad por acciones o en el patrimonio de la empresa de que se trate.”⁶²

Como puede observarse, el concepto de “inversión” contenido en esta normativa es bastante amplio y dialoga con las definiciones estipuladas por los tratados: ya sea en cuanto al objetivo o respecto a los créditos y derechos que otorgan en esta convención a las partes contratantes. Sin embargo, es importante también tener en cuenta que la interpretación del concepto de inversión es desarrollado de acuerdo a lo que estipula el tratado, convenio o contrato bajo el cual se regula cada país y cada inversionista.

Como se analizó en el Capítulo I, la RV inmediata es aquella modalidad de pensión que contrata un afiliado con una Compañía de Seguros de Vida, obligándose dicha compañía al pago de una renta mensual, fija en unidad de fomento (UF), para toda la vida del afiliado y fallecido éste, a sus beneficiarios de pensión. En esta modalidad la AFP traspasa a la Compañía de Seguros de Vida los fondos previsionales del afiliado para financiar la pensión contratada. Por lo tanto, al seleccionar una RV, el afiliado deja de tener la propiedad de sus fondos.⁶³ Es decir, el afiliado traspasa un riesgo a una compañía de seguros, la que estimará la cantidad de años que vivirá esa persona y en consecuencia asume dicho riesgo. El negocio de la aseguradora se desarrolla entonces, en cuanto a la posible precisión sobre un estimado de la tasa de vida de una persona, gozando esta última de una tranquilidad en su sistema de pensión ya que gozará de manera mensual y fija de su renta. Al celebrarse este contrato entre las partes el afiliado deja de tener los fondos bajo su poder, traspasando su dominio a la compañía aseguradora.

Ahora, en el ámbito internacional este contrato significa un convenio entre el pensionado y la compañía aseguradora, tomando esta última sus propias decisiones de inversión. La regulación de la inversión de los fondos de pensiones estipula en su marco normativo que se regulará principalmente por las disposiciones del Decreto Ley 3.500 de 1980 (DL 3.500)⁶⁴,

⁶² Ley n° 20.848, de 2015.

⁶³ SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES (2022)

⁶⁴ Decreto Ley N° 3.500 (1980)

participa también en este esquema de regulación el Banco Central de Chile, al cual le corresponde a través de su Consejo, determinar parte de los límites estructurales del Sistema de Pensiones.

En conclusión, el Estado es quien se encarga de garantizar pensiones mínimas de vejez, invalidez y sobrevivencia a todos los afiliados, mientras que el DL N° 3.500 crea un sistema de pensiones de vejez, de invalidez y sobrevivencia derivado de la capitalización individual. En materia de regularización del sistema de pensiones y de su capitalización e inversión, el artículo 45 del DL define en qué deberán ser invertidos los recursos obtenidos de los fondos de pensiones; señala también cuáles son los límites máximos de inversión que establece el Banco Central de Chile dentro de los rangos que esta misma institución entrega para cada uno de ellos.

El artículo 45 describe las características y condiciones para la inversión de los instrumentos, operaciones y contratos en el extranjero, donde señala que “Las inversiones que se efectúen con recursos de un Fondo de Pensiones tendrán como únicos objetivos la obtención de una adecuada rentabilidad y seguridad”. Agregando en el inciso segundo del mismo artículo las letras que detallan en que serán invertidos los recursos del Fondo de Pensiones, siendo estas las siguientes:

- “a) Títulos emitidos por la Tesorería General de la República o por el Banco Central de Chile; letras de crédito emitidas por los Servicios Regionales y Metropolitano de Vivienda y Urbanización; Bonos de Reconocimiento emitidos por el Instituto de Normalización Previsional u otras Instituciones de Previsión, y otros títulos emitidos o garantizados por el Estado de Chile;
- b) Depósitos a plazo; bonos, y otros títulos representativos de captaciones, emitidos por instituciones financieras;
- c) Títulos garantizados por instituciones financieras;
- d) Letras de crédito emitidas por instituciones financieras;
- e) Bonos de empresas públicas y privadas;
- f) Bonos de empresas públicas y privadas canjeables por acciones, a que se refiere el artículo 121 de la Ley N° 18.045;
- g) Acciones de sociedades anónimas abiertas;
- h) Cuotas de fondos de inversión y cuotas de fondos mutuos regidos por la ley N° 20.712, entre otras (...)”

Entendemos por lo tanto la amplitud de la inversión de los recursos, el tipo de operaciones con instrumentos derivados, los activos objetos involucrados y las características que deberán tener los mencionados contratos. Añaden los demás incisos que le siguen al artículo 45 del DL la inversión de acuerdo con el tipo de pensión:

“Los recursos de los Fondos de Pensiones Tipo A, B, C, D y E podrán invertirse en los instrumentos, efectuar las operaciones y celebrar los contratos señalados en las letras a) a la ñ) del inciso segundo de este artículo.

Los Fondos de Pensiones podrán adquirir títulos de las letras b), c), d), e), f), i), j), y de la letra ñ), cuando se trate de instrumentos de deuda, cuando cuenten con al menos dos clasificaciones de riesgo iguales o superiores a BBB y nivel N-3, a que se refiere el artículo 105, elaboradas por diferentes clasificadoras privadas, y acciones de la letra g) que cumplan con los requisitos a que se refiere el inciso siguiente. Asimismo, podrán adquirir cuotas emitidas por fondos de inversión y cuotas emitidas por fondos mutuos a que se refiere la letra h) y títulos representativos de capital de la letra j) que estén aprobados por la Comisión Clasificadora de Riesgo, e instrumentos, operaciones y contratos de la letra k) y aquellos a que se refiere la última oración de la letra j), autorizados por la Superintendencia y en caso que ésta lo requiera por la Comisión Clasificadora de Riesgo.”⁶⁵

Añade respecto a la modalidad de RV:

“Si el afiliado opta por la modalidad de pensión de renta vitalicia o renta temporal con renta vitalicia diferida, la Administradora no podrá adquirir Bonos de Reconocimiento de afiliados que hayan contratado dichas modalidades de pensión con una Compañía de Seguros de vida que sea persona relacionada a la Administradora adquirente”⁶⁶

En otras palabras; la amplitud de la inversión de los recursos de los fondos de pensiones será también dependiente de en qué modalidad conviene el afiliado.

Las empresas que invierten en los fondos de pensiones en su gran mayoría son inversionistas, de hecho el Régimen de Inversión de los Fondos de Pensiones en su título tercero sobre los “Límites por Instrumento y por Emisor”, apartado C 13 estipula:

“(…) Las Administradoras de Fondos de Pensiones deberán siempre pronunciarse en sus políticas de inversión acerca de los criterios y medidas tendientes a observar las normas y buenas prácticas sobre gobiernos corporativos de las empresas en las cuales los Fondos de Pensiones sean inversionistas.”⁶⁷

Entonces, a fin de recapitular, consideramos que estas compañías aseguradoras son accionistas con interés en el mercado chileno y por tanto inversionistas, por tal motivo aseguramos que el contrato de RV supone una inversión bajo los tratados que se analizaron en la primera parte de este capítulo. A modo de profundizar respecto al tema, nos referimos primeramente a la legislación nacional; a la Ley N°20.848 sobre inversiones extranjeras bajo la cual actúan las compañías aseguradoras, y luego encontramos el convenio CIADI (específicamente el artículo 25) bajo el cual la actuación de este sistema de pensiones califica como inversión.

⁶⁵ Decreto Ley N° 3.500 (1980)

⁶⁶ Decreto Ley N° 3.500 (1980)

⁶⁷ SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES (2022)

3. El inicio de los reclamos de las aseguradoras con ocasión de la promulgación de la Ley 21.330

La discusión parlamentaria y la posterior promulgación de la Ley en referencia ha generado el reclamo de las principales empresas aseguradoras inversionistas en el país. Dichas empresas han ya avisado su intención de acudir a arbitraje internacional, siendo la primera en realizar gestiones la aseguradora estadounidense *Ohio National Seguros de Vida* iniciando un periodo de negociaciones entre ambas partes, que contempla hasta seis meses para iniciar el litigio en un tribunal internacional.⁶⁸ La notificación de aviso de intención de recurrir a arbitraje internacional fue recibida con fecha 13 de mayo del año 2021 por el Ministerio de Asuntos Exteriores chileno.

La compañía aseguradora se refirió a la medida estatal de anticipos de RV en la CMF:

“Al respecto, a fin de dar cumplimiento a la ley señalada la compañía está obligada a utilizar su patrimonio propio por imposición del legislador, con el consiguiente potencial impacto en la marcha de los negocios sociales. Hacemos presente que lo anterior no significa una aceptación de la ley, ni mucho menos una renuncia a reclamar ante las instancias que correspondan el resarcimiento de los perjuicios ocasionados, como tampoco a someter a revisión de los órganos jurisdiccionales competentes la legalidad y/o constitucionalidad, tanto de los preceptos legales como de los actos administrativos cursados conforme a éstos”.⁶⁹

Sobre eso la aseguradora *Chilena Consolidada S,A*, ha seguido los pasos de la aseguradora estadounidense Ohio, y da también un inicio a un procedimiento de negociaciones previas al posible arbitraje de inversiones por el adelanto de RV con fecha 15 de junio del año 2021 a la CMF informando que: “Ha enviado a los señores Ministros de Hacienda y de Relaciones Exteriores una carta mediante la cual solicita formalmente dar inicio a un proceso de consultas con el Estado de Chile, al amparo de lo dispuesto en el artículo 9 del “Acuerdo con la Confederación Suiza sobre la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones y su Protocolo”.⁷⁰

La compañía aseguradora *Metlife* por su parte ha informado el inicio del procedimiento de negociaciones el 21 de octubre del año 2021, por medio de una carta al ministro de Relaciones Exteriores de Chile solicitando comenzar un “proceso formal de consulta y negociación” con el propósito de proteger sus intereses, clientes, trabajadores y accionistas. El instrumento invocado es el Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos de América y la República de Chile⁷¹. En este último caso la aseguradora Metlife también hace alusión a la posible aprobación de otro proyecto de ley en el país respecto a un cuarto retiro de fondos previsionales para solicitar adelantos de pagos de rentas vitalicias que “causaría un grave daño a la Sociedad, a la industria, y al sistema de pensiones en general”.

Actualmente las principales compañías aseguradoras se encuentran en proceso de consulta de ambas partes por un periodo de 6 meses, de manera que de no llegar a un acuerdo

⁶⁸ CIAR GLOBAL (2021)

⁶⁹ CIAR GLOBAL (2021)

⁷⁰ CIAR GLOBAL (2021)

⁷¹ CIAR GLOBAL (2021)

comenzaría un arbitraje CIADI. El supuesto acuerdo debería contener las suficientes medidas para subsanar el daño ocurrido, es decir: que el Estado chileno se encargue de reunir los fondos que las aseguradoras tuvieron que extraer de su patrimonio a fin de cumplir con la ley 21.330 que permitió el anticipo de las RV. Lo anterior sería una alternativa compleja ya que en agosto del año 2021 la Superintendencia de Pensiones registró a 747 mil personas que están recibiendo actualmente una renta vitalicia, de las cuales 551 mil corresponden a hombres y 196 mil, a mujeres. Este total representa cerca del 54% del total de jubilados del sistema AFP y CSV, sin considerar los jubilados del sistema antiguo de reparto, que, a la fecha, son 579 mil personas⁷². Por lo tanto, creemos que es difícil que lleguen a un acuerdo.

Respecto a lo anterior la CMF ha señalado que: “Esta iniciativa pondría en riesgo la solvencia de las CSV y, por tanto, el pago de las pensiones de todos los jubilados con rentas vitalicias en estas entidades. Los efectos fiscales potenciales son sustanciales, tanto por la eventual activación de las garantías estatales a las rentas vitalicias, como por las acciones que enfrentaría el fisco chileno en tribunales nacionales e instancias internacionales. Lo anterior se produce porque la iniciativa mencionada afectaría severamente el patrimonio de las compañías de seguro de vida. En el caso de que se retire el máximo legal posible, las CSV experimentarían una pérdida que va desde el 30% al 60% de su patrimonio. En este contexto, un mínimo de 3, y un máximo de 9 CSV (total 15) quedarían bajo el mínimo de capital regulatorio. Adicionalmente, en el escenario de máximo anticipo, 7 compañías enfrentarían problemas de liquidez en un horizonte de un año”⁷³

Actualmente el anticipo de RV corresponde a un monto equivalente al 10% de los fondos originalmente traspasados a la respectiva compañía de seguros, estableciéndose como monto máximo de pago UF 150. El monto del retiro solicitado se pagará descontando a prorrata de las rentas que resten por pagar al asegurado vitalicio. Este monto en ningún caso podrá superar el 5% de las rentas mensuales que resten por pagar al asegurado vitalicio, quien siempre podrá solicitar una prórroga de pago de 90 días. Pagado el adelanto, la compañía deberá volver a la renta mensual originalmente pactada. El mecanismo de pago de las rentas vitalicias se aplicará también al adelanto de rentas vitalicias permitido por la Ley N° 21.330 (tercer retiro) y, por consiguiente, estará disponible a todos quienes hayan o no ejercido tal derecho⁷⁴.

Por estas razones, inferimos que de no llegar a un acuerdo entre las aseguradoras y el gobierno chileno, se iniciará un arbitraje CIADI. En este escenario nos preguntamos: ¿estamos frente a una expropiación indirecta?

⁷² LIBERTAD Y DESARROLLO (2021)

⁷³ CMF (2021)

⁷⁴ LIBERTAD Y DESARROLLO (2021)

CAPÍTULO TERCERO - Análisis de los criterios para determinar la eventual expropiación indirecta de inversiones en el sector asegurador.

El capítulo hace una presentación y análisis de los criterios estipulados por organizaciones internacionales (OCDE, UNCTAD) a fin de identificar una expropiación indirecta. Se muestra la tendencia actual de los tribunales internacionales a este respecto, sumado a la revisión de Tratados Internacionales que se refieren a la materia y a la doctrina que estudian los fundamentos económicos de la inversión extranjera, de la expropiación y los efectos de los criterios de expropiación.

La inversión privada trae consigo un “crecimiento económico regular y un desarrollo sostenible, contribuyendo de este modo a la prosperidad de los países y de sus ciudadanos, así como a la lucha contra la pobreza”.⁷⁵ Esto fundamenta el apoyo estatal y reglamentario en el ámbito nacional como internacional al ingreso de la inversión privada al país, de manera tal que a la fecha Chile cuenta con 32 acuerdos económico – comerciales vigentes⁷⁶.

Para el desarrollo de esta materia naturalmente se observan ciertos límites y restricciones en el orden internacional. En este trabajo, nos referimos al arbitraje de la inversión y la expropiación indirecta como conflicto y consecuencia de los límites a la potestad regulatoria de la administración. El concepto de expropiación indirecta se ha desarrollado en todo tipo de Tratados de Incentivo y Protección Recíproca de Inversiones, Tratados Bilaterales de Inversión y en Tratados de Libre Comercio.

Para poder determinar si se está frente a una expropiación indirecta o no debemos atenernos a los requisitos establecidos por los tratados internacionales y la práctica arbitral. El Tratado de Libre Comercio Chile – Estados Unidos contiene un apartado para desarrollar la materia en el capítulo 10 anexo 10.9 sobre expropiación e indemnización el cual dispone:

“Ninguna Parte expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta, sea directa o indirectamente mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (“expropiación”) salvo que sea: (a) por causa de utilidad pública; (b) de una manera no discriminatoria; (c) mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización, de acuerdo con los párrafos 2 a 4; y (d) con apego al principio de debido proceso y al artículo 10.4(1) a (3).”

En síntesis y de acuerdo a los criterios de la UNCTAD⁷⁷ y de la OCDE⁷⁸, los requisitos para determinar la presencia de una expropiación indirecta son (i) la privación de la propiedad, (ii) la legitimidad de la medida estatal y (iii) la afectación a las legítimas expectativas de los inversores.

⁷⁵ MARCO DE ACCIÓN PARA LA INVERSIÓN (2006) p.7.

⁷⁶ MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES (2022)

⁷⁷ DETERMINACIÓN DE LOS ELEMENTOS BÁSICOS DE LOS ACUERDOS DE INVERSIÓN DE LA REGIÓN DEL APEC (2008).

⁷⁸ MARCO DE ACCIÓN PARA LA INVERSIÓN (2006)

1.Privación de la propiedad

La privación de la propiedad es un factor de inmensa importancia, que históricamente ha sido un lugar común en las constituciones liberales que se han dictado desde 1789. La comunidad jurídica chilena, luego del término de la dictadura, ha interpretado el régimen propietario establecido en la Constitución de 1980 como un “marco estructural (...) proclive a un sistema de libre mercado” que avala la protección a la propiedad privada por sobre su dimensión social, “con una marcada tendencia a la exclusión del estado en iniciativa económica, entregando a los particulares la tarea de explotar los recursos porque se entiende que éstos lo realizan de manera más eficiente”⁷⁹.

En cuanto a la función social de la propiedad, la encontramos en nuestra Constitución en su artículo 19 N° 24 inciso segundo:

“La constitución asegura a todas las personas (...) Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.”

Esta es una herramienta jurídica que introduce limitaciones u obligaciones a la propiedad, con el objetivo de compatibilizar los intereses públicos y privados que derivan de su consagración constitucional. Podemos señalar que es el “fundamento de un límite impuesto al derecho de propiedad”⁸⁰, en el sentido de que los derechos fundamentales nunca son absolutos e imponen deberes correlativos a su titular.

Esta temática está también regulada en tratados internacionales, como en el artículo 21 de la Convención Americana:

“2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.”

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos; el artículo 21 se refiere a la propiedad en el sentido tradicional que se le asigna al término en el derecho internacional, incluyendo tangibles e intangibles -o, si prefiere, bienes corporales y derechos, sean estos reales o personales.⁸¹ El artículo 21.1 de la Convención dispone que: “La ley puede subordinar [el] uso y goce [de los bienes] al interés social.” La necesidad de las restricciones legalmente contempladas dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público general. Entonces la proporcionalidad va a consistir en que la restricción debe ajustarse estrechamente al logro de un legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho restringido. Finalmente, para que sean compatibles con la Convención

⁷⁹ LÓPEZ (2020) p.113

⁸⁰ HOLMES Y SUNSTEIN (2011) p.31

⁸¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Baruch Ivcher Bronstein contra Perú* (2001, serie C n° 74) p.122.

las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderante claramente sobre la necesidad del pleno goce del derecho restringido⁸².

Bajo el DII, la efectiva privación de la propiedad del inversionista internacional es un aspecto analizado por la doctrina y los tribunales arbitrales. En las palabras del doctor Enrique Fernández Masiá este primer requisito se puede entender someramente de la siguiente forma:

“En primer lugar, como regla general, las medidas adoptadas por Estados cuyo propósito es proteger ciertos intereses públicos en áreas de especial sensibilidad social, como la salud, la seguridad y el medio ambiente, no deben considerarse como expropiación indirecta. Sólo podría ser posible en aquellas raras ocasiones cuando exista una clara desproporción en relación con el objetivo perseguido con esas medidas. En segundo lugar, se incluye el criterio de “privación sustancial”, por lo que solo puede considerarse como expropiación indirecta cuando el inversor es privado de una forma importante de sus atributos como titular de la inversión, como su uso, disfrute o enajenación. En tercer lugar, como una idea importante, cualquier examen de una acción que pueda considerarse una expropiación indirecta debe llevarse a cabo caso por caso, teniendo en cuenta el impacto y la duración de la medida impugnada, el alcance en que esta medida interfiere los atributos de la propiedad del inversionista, y el objeto, contexto e intención de la misma.”⁸³

Es decir, la medida estatal que implique apropiación privada de terceros debe ser, en primer lugar, una reacción a favor del bien común del Estado. Por lo tanto, debe tratarse de medidas que protejan al interés público como lo son la salud, la seguridad nacional, el bien público en general, el cuidado del medio ambiente, entre otros. Sin embargo, no será una medida legítima cuando el Estado al apropiarse de la propiedad ajena lo haga sin tener un argumento sólido para razonar el objetivo de la expropiación. El criterio es de una *privación sustancial* de una parte importante de su inversión sin que el Estado aclarara las razones concluyentes que lo llevarán a hacerse dueño de lo ajeno por razones de utilidad / bien general.

Respecto a la doctrina, la Dra Ivette Esis se refiere a la expropiación indirecta y la propiedad del inversionista en los siguientes términos:

“Se configuran, principalmente, a través de situaciones por medio de las cuales los Estados anfitriones dictan una serie de actos en pro de tutelar ciertos intereses públicos como, por ejemplo, la protección del medio ambiente, la salud colectiva o la protección de los consumidores. Pero, al mismo tiempo, debido a las consecuencias adversas que tienen sobre la propiedad del inversionista, estos últimos podrían perder tal derecho.”⁸⁴

De lo expuesto es claro entonces que el inversionista se vería afectado por las decisiones del Estado receptor, de manera que sus actos dentro del país se podrían ver limitados por regulaciones gubernamentales a fin de satisfacer las necesidades que el país encuentre pertinentes.

⁸² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku contra Ecuador* (2012), serie C n° 245) p. 156.

⁸³ FERNÁNDEZ MASIÁ (2019) p.126.

⁸⁴ ESIS Y DE ABREU (2021) p. 7

1.1 La privación del derecho de propiedad en la práctica arbitral: análisis de casos

Los tribunales arbitrales se han pronunciado respecto a qué se entiende por privación del derecho de propiedad, indicando a grandes rasgos que la privación como resultado de medidas reglamentarias con la finalidad de un bienestar general del Estado resulta distinta a la privación de la propiedad que no sea legítima, es decir sin razones que justifiquen la medida. Además, observamos en la práctica que para alegar la existencia de privación a la propiedad se debe tratar de una pérdida sustancial del valor económico de las inversiones. Es por esto que la privación del derecho de propiedad en la práctica arbitral contiene ciertos estándares que se irán adecuando a la actividad del Estado y la justificación de sus medidas. Para comprender esto a mayor cabalidad realizamos un análisis de ciertos laudos arbitrales de los últimos años, tocantes a la privación del derecho de propiedad donde añadimos un breve resumen de los alegatos de la parte inversora, las respuestas por parte del Estado receptor y la toma de decisión del tribunal arbitral.

a) Respecto a la práctica arbitral, en primera instancia nos podemos referir al caso Quiborax contra Bolivia del año 2015⁸⁵. El litigio judicial se remonta a junio de 2004, cuando el entonces Gobierno de Carlos Mesa de Bolivia revirtió las concesiones mineras de Quiborax, su trascendencia reside en el hecho de que el tribunal arbitral se refirió en la sentencia del caso a un *impedimento de la libre administración y usufructo* de la empresa Quiborax por parte del Estado de Bolivia, es decir; hubo una privación a la principal facultad que concede la propiedad: el uso.

En síntesis, este litigio se refiere al conflicto entre la sociedad mercantil chilena Quiborax SA y el Estado Plurinacional de Bolivia. Quiborax S.A es una sociedad dedicada a la extracción de ulexita que es un mineral no metálico utilizado en la manufactura de varios productos farmacéuticos, productos de televisores y para el sector de producción que opera en el Norte de Chile. Quiborax a su vez es propietaria del 50,995% de Non Mineralls SA (NMM) sociedad mercantil constituida en Bolivia. En 1965, se declaró reserva nacional en Bolivia el Gran Salar de Uyuni, una salina de la región boliviana de Potosí. Años después en 1998 se promulgó en Bolivia la Ley No. 1854 (llamada Ley Valda) que redujo el tamaño de la reserva. En esa época, bajo la vigencia de dicha ley, se solicitaron y otorgaron varias concesiones mineras en el área que antes era reserva. Entre 2001 y 2003, Quiborax adquirió 11 concesiones mineras, que fueron transferidas a NMM. Las comunidades locales se opusieron a dichas concesiones en el área. Esto llevó a los representantes de Potosí a presentar proyectos de ley para revertir la Ley Valda y transferir las concesiones al Estado.

De esta manera, se promulgó la Ley No. 2564 en diciembre de 2003, derogando la Ley Valda. Esta legislación también autorizaba la auditoría de las concesiones otorgadas mientras la Ley Valda se encontraba en vigencia, así como la anulación de los derechos mineros de las concesionarias que eran responsables de sanciones, y mandaba a revertir las concesiones y los recursos no metálicos al Estado. Bolivia, alegando irregularidades impositivas y aduaneras encontradas en las auditorías, decidió revocar todas las concesiones mineras de NMM por medio del Decreto 27.589 del 23 de junio de 2004 (Decreto de Revocación). En cumplimiento con el mismo, NMM transfirió la operación de las concesiones a la

⁸⁵ CIADI, Quiborax y otros v. Estado Plurinacional de Bolivia (2015, Caso No. ARB/O6/2).

administración de Potosí dentro de los 30 días de emitida la revocación. La legalidad del Decreto de Revocación fue posteriormente cuestionada, ya que el código minero permitía la anulación de las concesiones mineras, no su revocación. Intentando remediar la situación, en diciembre de 2005 Bolivia derogó el Decreto en cuestión, al mismo tiempo que anuló las concesiones.

En cuanto a los alegatos del Estado, Bolivia objetó que las inversiones no podrían recibir la protección del TBI ya que no habían sido realizadas ni operadas de conformidad con el derecho boliviano. Asimismo, Bolivia también alegó que las concesiones presentaban irregularidades y que eran inválidas desde un comienzo, con lo cual los inversores no tenían derecho a recibir protección alguna:

“In the present case, the Claimants' investments were illegal and invalid under Bolivian law from the start. Therefore, they do not constitute properly acquired property rights and cannot be subject to expropriation. The Tribunal should apply Bolivian law to these matters and conclude that the revocation and annulment of the Claimants' mining concessions is not an expropriation, and thus the State owes no compensation⁸⁶.”

La sociedad mercantil por su parte argumentó que la expropiación era tanto directa como indirecta:

“On the one hand, the Revocation Decree revoked NMM's concessions and ordered NMM to deliver them to the authorities of Potosí within a period of thirty days. The Claimants see this order as a case of a "formal or obligatory transfer of title in favour of the host State" in accordance with the definition of direct expropriation found in particular in *Metalclad Corp v. United Mexican States*. In other words, there has been a direct expropriation of NMM's investments. b. As a consequence of the expropriation of the concessions, Quiborax's shares in NMM became worthless overnight. Although Quiborax is still nominally the owner of 51% of NMM's shares, it has lost the economic use and enjoyment of its investments. Relying on *Metalclad, Starret Housing Corporation v. Iran*, and *Tecmed*, the Claimants argue that the revocation of NMM's concessions has had the effect of depriving Quiborax of the benefits of its property in a manner equivalent to an expropriation. As a result, there has been an indirect expropriation of Quiborax's investments⁸⁷.”

El tribunal arbitral se refirió a la propiedad privada en los siguientes términos:

“Similarly, the tribunal in *CME v. Czech Republic* noted that “deprivation of property and/or rights must be distinguished from ordinary measures of the State and its agencies in proper execution of the law. Regulatory measures are common in all types of legal and economic systems in order to avoid use of private property contrary to the general welfare of the (host) State⁸⁸.”

En efecto, frente a esta disputa el tribunal se remitió a un caso similar señalando que es necesaria una clara distinción de la privación de la propiedad como resultado de medidas reglamentarias para evitar el uso de la propiedad privada en contravención al bienestar

⁸⁶ CIADI, *Quiborax y otros v. Estado Plurinacional de Bolivia* (2015, Caso No. ARB/O6/2) § 109.

⁸⁷ CIADI, *Quiborax y otros v. Estado Plurinacional de Bolivia* (2015, Caso No. ARB/O6/2) § 162.

⁸⁸ CIADI, *Quiborax y otros v. Estado Plurinacional de Bolivia* (2015, Caso No. ARB/O6/2) § 205.

general del Estado anfitrión o como medidas ordinarias del Estado y sus agencias para la correcta ejecución de la ley. Además, el tribunal comenta estar de acuerdo con la parte demandada en que, si el Decreto de Revocación fuera el ejercicio legítimo de su derecho soberano a sancionar las violaciones de la ley en su territorio, no calificaría como una expropiación compensable:

“The Tribunal agrees with the Respondent that, if the Revocation Decree was the legitimate exercise of its sovereign right to sanction violations of the law in its territory, it would not qualify as a compensable taking. International law has generally understood that regulatory activity exercised under the so-called “police powers” of the State is not compensable. In this regard, Comment (g) to §712 of the American Law Institute’s Restatement (Third) of the Foreign Relations Law provides: A state is not responsible for loss of property or for other economic disadvantage resulting from bona fide general taxation, regulation, forfeiture for crime, or other action of the kind that is commonly accepted as within the police power of states, if it is not discriminatory, [...] and is not designed to cause the alien to abandon the property to the state or sell it at a distress price⁸⁹”.

b) De modo similar nos referimos al caso UP and C.D Holding Internationale contra Hungría, caso que resulta interesante en cuanto a la gran variedad de activos que pueden ser expropiados. Los inversionistas reclamaban la expropiación indirecta de sus acciones que por reformas tributarias se les prohibió emitir sus tickets (vouchers) de alimento que otorgan a sus empleados como parte de su remuneración. En el laudo arbitral, el tribunal indicó que aun cuando las acciones se mantenían legalmente en manos de sus propietarios (demandantes), las acciones estatales generaron la pérdida de su valor económico, resultando esto en una expropiación indirecta.

Con fecha 9 de octubre de 2018, un tribunal del CIADI consideró las demandas presentadas contra Hungría por dos empresas francesas UP y C.D. Holding Internationale, una filial de total propiedad de UP. El tribunal admitió la demanda de expropiación indirecta bajo el TBI entre Francia y Hungría, otorgando a las demandantes aproximadamente 23 millones de Euros en compensación.

Resumiendo el caso: los inversores entraron al mercado húngaro a través de su filial Le Chèque Déjeuner Kft (CD Hungary) en 1996 y fueron muy activos principalmente en el negocio de cupones para el sector alimenticio, para utilizarlos en supermercados y despensas, y en restaurants. En 2011, Hungría creó dos tipos de cupones de beneficios: (1) tarjetas SZÉP, una alternativa inmaterial a los cupones en papel, y (2) cupones Erzsébet, que podían ser utilizados para pagar comida caliente y fría respectivamente.. Los inversores no cumplieron con las condiciones legales para emitir tarjetas SZÉP mientras que los cupones Erzsébet únicamente podían ser emitidos por Magyar Nemzeti Üdülési Alapítvány (MNUA), una entidad del Gobierno. Según los demandantes, las tarjetas SZÉP y los cupones Erzsébet recibían un beneficio de impuestos más bajos, el valor de las acciones de CD Hungary bajó en el mercado y sus ingresos disminuyeron, por lo cual tuvo que cesar sus operaciones en 2013. Las demandantes argumentaron que estas reformas dieron como resultado la

⁸⁹ CIADI, *Pey Casado et al v. República de Chile* (2015, Caso No. ARB/06/2) § 202.

expropiación de su inversión y violaron la obligación de TJE de Hungría en virtud del TBI entre Francia y Hungría.

En primera instancia Hungría se basó en la decisión del caso *Achmea* (decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea) para establecer que el tribunal no poseía jurisdicción sobre el caso. Argumentó que Hungría ya no estaba obligada por el Convenio del CIADI dado que el fallo del caso *Achmea* tornaba el régimen de solución de controversias del CIADI incompatible con el derecho de la Unión Europea. El tribunal rechazó el argumento de Hungría y sostuvo que la decisión de *Achmea* era diferente al presente caso en muchos aspectos y, por ende, no afectaba la jurisdicción del tribunal.

“On 14 April 2017, Respondent wrote to the Tribunal to notify it that the CJEU was seized of the case *Slovak Republic v. Achmea*. Respondent argued that, while the decision in *Achmea* would not bind this Tribunal, it would become part of EU law and would, thus, become part of the applicable law which the Tribunal would need to consider in determining its jurisdiction. Respondent requested that the Tribunal review its jurisdiction in light of the decision in *Achmea*, once the outcome of that case became known.⁹⁰”

Luego el tribunal rechazó el argumento de Hungría de que la demanda de los inversores en su totalidad estaba basada en la pérdida de rentabilidad económica. En cambio, concluyó que su caso se basaba en la expropiación indirecta de su participación accionaria en CD Hungary por la privación del valor económico de sus acciones. Observó que la pérdida del valor económico de las mismas debido a medidas estatales puede ser considerada una expropiación indirecta. En su análisis, el tribunal concluyó que Hungría sabía y tenía la intención de que ninguna empresa, excepto tres bancos húngaros, cumpliera con los criterios de elegibilidad para emitir las tarjetas SZÉP. Además dictaminó que Hungría creó un impuesto diferenciado en favor de las tarjetas SZÉP y los cupones Erzsébet; lo cual perjudicó a CD Hungary. De esta manera, consideró innecesario determinar si sólo este trato impositivo causó la privación de la inversión de las demandantes, porque la privación fue una consecuencia del paquete de medidas tomadas por Hungría (la tarjeta SZÉP, el cupón Erzsébet y las ventajas impositivas).

“Respondent does not dispute that Claimants have an investment – their shareholding – for the purposes of asserting jurisdiction. In its view, however, the existence of this right is irrelevant cause the shareholding is not what Claimants allege Respondent has taken. According to Respondent, Claimants’ entire claim is based on the loss of economic profitability.⁹¹” “The Tribunal cannot accept that view. Claimants do not submit that Respondent expropriated a right to expect stability or future profits or a right to a particular tax or regulatory system. Rather, Claimants submit that Respondent indirectly expropriated their shareholding in CD Hungary by dispossessing them of the economic value of the shareholding as it existed before the 2011 Reform.⁹²”

Finalmente, el tribunal concluyó que Hungría privó a las demandantes de sus inversiones dado que las reformas generaron una pérdida sustancial del valor económico de las

⁹⁰ CIADI, *UP and C.D Holding Internationale v. Hungría* (2018, Caso No. ARB/13/35) § 63.

⁹¹ CIADI, *UP and C.D Holding Internationale v. Hungría* (2018, Caso No. ARB/13/35) § 303.

⁹² CIADI, *UP and C.D Holding Internationale v. Hungría* (2018, Caso No. ARB/13/35) § 304.

inversiones de CD y además sostuvo que Hungría incumplió sus obligaciones con respecto a la expropiación indirecta.

“Even if shares remain legally held by a claimant, if a State’s measures result in the loss of the shares’ economic value, this may be considered an indirect expropriation. This is confirmed by a wide body of jurisprudence such as the awards in *RosInvest*, 397 *Burlington Resources*, 398 and others.³⁹⁹ The *Metalclad* tribunal defined indirect expropriation as an interference which has the effect of depriving the owner “of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property[.]”⁴⁰⁰ It has further been established that such a loss of value must be substantial and sufficiently permanent, though a substantial deprivation alone will suffice.^{93”}

De acuerdo con lo expuesto por el tribunal arbitral la expropiación requiere que el inversor sea privado de los ingresos o el control de su inversión, descansando el carácter de la expropiación en sí el inversor fue sustancialmente privado de su inversión:

“Expropriation under international law requires an investor to have been substantially deprived of the economic value of or – alternatively – of the use, management or control of its investment. Thus, an expropriation may happen “indirectly”, i.e. without a formal transfer of property. The determinative factor is whether the investor has been “substantially deprived” of its investment. As reflected in Art. 5(2) of the BIT, an assessment of the effect of the relevant measures – as opposed to the State’s intention – is critical. ⁴⁰² When assessing evidence of an indirect expropriation, decisive consideration must be given to the effects of the measure in question (the “sole effects” test)^{94”}.

En conclusión, el tribunal estipula que Hungría expropió indirectamente la participación accionaria de las demandantes en CD Hungary, infringiendo el Artículo 5(2) del TBI entre Francia y Hungría, el tribunal otorgó a las demandantes 23.196.000 Euros por daños. Dicho artículo establece que ninguna de las partes contratantes tomará medidas de exportación, de nacionalización o cualquier otra medida cuyo efecto sea el despojo de las inversiones.

“The Contracting Parties shall not take export or nationalization measures or any other measures the effect of which is to dispossess, directly or indirectly, the investors of the other Party of investments belonging to them in its territory and maritime zones, except in the public interest and provided that such measures are not discriminatory or contrary to any particular undertaking”.⁹⁵

c) Es también relevante mencionar el caso de *RosInvestCo uk Ltd* contra Rusia. Respecto a esta controversia; los alegatos son una serie de acciones emprendidas por la demandada contra *Yukos Oil Company*, que incluyen arrestos, grandes gravámenes y gravámenes fiscales, y la subasta de las principales instalaciones de *Yukos*, entre otras, que supuestamente llevaron a la quiebra de la empresa y eliminaron todo el valor de los 7 millones de acciones de la demandante en *Yukos*. La importancia de este caso tiene que ver con la alegación del derecho a la propiedad, la parte demandante afirma que la imposición y ejecución de las

⁹³ CIADI, *UP and C.D Holding Internationale v. Hungría* (2018, Caso No. ARB/13/35) § 305.

⁹⁴ CIADI, *UP and C.D Holding Internationale v. Hungría* (2018, Caso No. ARB/13/35) § 307.

⁹⁵ Acuerdo entre el Gobierno de Francia y el Gobierno de Hungría sobre el fomento y protección recíproca de Inversiones (1986)

deudas tributarias correspondientes al periodo 2000– 2003, así como la venta Yuganskneftegas, fueron ilegales, arbitrarios y desproporcionados.

Los hechos que motivan la demanda de M. Khodorkovskiy (principal accionista del otrora gigante petrolero Yukos) contra la Federación Rusa tienen su origen en la detención del demandante el año 2003 donde se le comunicó su procesamiento se debía a varios delitos de fraude, la defensa del demandante solicitó su libertad al decretarse la finalización de las investigaciones, pero el tribunal decidió extender esta medida ante el riesgo de que el demandante pudiera interferir con la administración de justicia, eliminar pruebas o escapar al extranjero. Esto siguió así hasta que el demandante fue condenado el año 2005 a una pena de ocho años de privación de libertad. Al mismo tiempo las autoridades tributarias de Rusia iniciaron una investigación que tenía como objeto determinar si Yukos había cumplido con sus obligaciones fiscales y tributarias; procedimiento que culminó el año 2004 con la imposición de una considerable multa que no fue liquidada por Yukos y que, por consiguiente, dio lugar a la ejecución forzosa de sus activos.

La parte inversionista busca una compensación en virtud del Acuerdo entre el Gobierno del Reino Unido y el Gobierno de la Unión Soviética para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones por la expropiación por parte de la Federación Rusa de los activos de Yukos, del cual el demandante tenía una participación accionaria.

“Claimant seeks in this arbitration compensation under the Agreement between the Government of the United Kingdom and the Government of the Union of Soviet Socialist Republics for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments (the "UK-Soviet BIT") for the expropriation by the Russian Federation of the assets of Yukos, a company organized under Russian law, in which Claimant, a UK investor, had a shareholding. While the Russian Federation seeks to defend its taking of Yukos' assets as a proper exercise of its power to enforce its tax laws, the evidence before the Tribunal shows that the tax measures directed against Yukos were an unconvincing pretext for an unlawful expropriation”.⁹⁶

Como contrapartida la Federación Rusa intenta desestimar el reclamo de RosInvestCo como una disputa sobre la aplicación de impuestos y además de llamar conspirativa la teoría de una expropiación:

“In its Statement of Defense, the Russian Federation attempts to dismiss RosInvestCo's claim as a dispute about tax enforcement and an unproven "conspiracy theory" that is "utterly implausible." It is neither, It is a claim for expropriation based on the documented actions of the Russian Federation. There can be no dispute that the measures taken by the Russian Federation deprived Yukos of its assets and conveyed them by auction to itself, and no dispute that the Russian Federation paid no compensation for those assets. [] The Russian tax assessments only enter into the picture because the Respondent seeks to disguise its taking as a legitimate exercise of its tax power”.⁹⁷

Respecto a la solución del caso, el tribunal arbitral en primera instancia se refiere a que se entiende por inversión:

⁹⁶ Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, RosInvestCo uk Ltd c. Federación Rusa (2010, Caso No. ARB/079/2005) § 2

⁹⁷ Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, RosInvestCo uk Ltd c. Federación Rusa (2010, Caso No. ARB/079/2005) § 4

“The Tribunal notes that, while Claimant meets the definition of "investor" (as set out above), the arguments presented by Respondent in respect of that definition equally apply to whether Claimant's holding of shares meets the definition of "investment" under the IPPA”.⁹⁸

Luego respecto el tribunal considera que la totalidad de las medidas de la Federación Rusa se estructuraron con la finalidad de eliminar los bienes de Yukos, el control de la empresa y de sus particulares asociados con Yukos. También analiza los supuestos incumplimientos de ISSA.

“In conclusion therefore, the Tribunal considers that the totality of Respondent' measures were structured in such a way to remove Yukos' assets from the control of the company and the individuals associated with Yukos. They must be seen as elements in the cumulative treatment of Yukos for what seems to have been the intended purpose. The Tribunal, in reviewing the various alleged breaches of the IPPA, even if the justification of a certain individual measure might be arguable as an admissible application of the relevant law, considers that this cumulative effect of those various measures taken by Respondent in respect of Yukos is relevant to its decision under the IPP. An illustration is, as Claimant has pointed out, that despite having used nearly identical tax structures, no other Russian oil company was subjected to the same relentless and inflexible attacks as Yukos. In the view of the Tribunal, they can only be understood as steps under a common denominator in a pattern to destroy Yukos and gain control over its assets”.⁹⁹

El tribunal concluyó entonces que una medida constituye expropiación si tiene como efecto una privación sustancial de la propiedad de la totalidad o una parte material de la inversión, y si la medida es atribuible a la parte demandada;

“A measure constitutes an expropriation if it has the effect of a substantial deprivation of property forming all or a material part of the investment, and if the measure is attributable to Respondent. If it is an expropriation, it is lawful if the requirements set forth in Article 5 IPPA are complied with.”¹⁰⁰

En consecuencia, el tribunal analizó los criterios proporcionados en el Artículo 5 (1) de la IPP A. En este sentido, además de compartir la opinión de los demandantes en cuanto a que las medidas estatales de Rusia surtieron un efecto equivalente a la nacionalización o expropiación, esto ya que se cumplió con el requisito de una privación sustancial o total del valor económico de una inversión, los derechos fundamentales de la propiedad que sería el control de un negocio y la privación de la inversión respaldada en legítimas expectativas.

“In this context, the Tribunal has taken note of the parties' answers to the Tribunal's Questions 3.4 and 3.6 of PO-5. The Tribunal shares Respondent's view that that the term "measures having effect equivalent to nationalization or expropriation" covers indirect expropriation, but without dispensing with the requirement of a substantial or total deprivation of (i) the economic value of an investment (as Claimant articulated the standard at the hearing), (ii)

⁹⁸ Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, *RosInvestCo uk Ltd c. Federación Rusa* (2010, Caso No. ARB/079/2005) § 381

⁹⁹ Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, *RosInvestCo uk Ltd c. Federación Rusa* (2010, Caso No. ARB/079/2005) § 621

¹⁰⁰ Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, *RosInvestCo uk Ltd c. Federación Rusa* (2010 Caso No. ARB/079/2005) § 623

fundamental ownership rights, in particular, control of an ongoing business, or (iii) deprivation of legitimate investment-backed expectations. However, in that regard Claimant's argument is indeed relevant that, in determining whether a measure (or set of measures) is "equivalent to" expropriation, the Tribunal should evaluate whether the "net effect" of the measure (or set of measures) is the same as an outright expropriation, i.e., a substantial or total deprivation of the economic value of an asset. The Tribunal agrees with Claimant's submission that the Tribunal need not address this question, because it is confronted with a complete taking of all of the assets of Yukos that amounts to nationalisation or expropriation of RosInvestCo's investment."¹⁰¹

d) En el asunto Nations Energy Corporation contra Panamá del año 2010, el tribunal arbitral también analizó el supuesto de una expropiación indirecta por una pérdida parcial de la propiedad. El tribunal arbitral expresó que, en consideración de litigios precedentes y estudios de la UNCTAD, la privación de la inversión debe afectar todo o parte del uso y la posesión de la propiedad para calificarla como expropiatoria.

Como resumen de los hechos; la controversia surge en relación con las acciones que poseen los demandantes en una empresa panameña llamada Corporación Panameña de Energía S.A. ("COPESA"), en Panamá. Los demandantes son una compañía norteamericana que alega que el gobierno de la República de Panamá, a través de comunicaciones de la Dirección General de Ingresos y del Ministerio de Economía y Finanzas, denegó a los demandantes la transmisibilidad de ciertos créditos fiscales a los cuales éstas alegan tener derecho en razón de su inversión en COPESA, según las leyes de Panamá. Finalmente, los demandantes reclaman que las actuaciones de la República constituyeron una violación del derecho panameño y del Tratado Bilateral de Protección de Inversiones entre Panamá y los Estados Unidos de América, lo que causó daños inmensurables a la compañía y por tanto solicitan al tribunal la indemnización de los daños.

“Los Demandantes sostienen que las acciones de la Demandada constituyen una expropiación indirecta de su inversión, la cual ocurre cuando las acciones del Estado tienen el efecto de “privar al dueño, en todo o en parte, del uso o del beneficio económico razonablemente esperado de la propiedad”.¹⁰²

La compañía norteamericana añade además que su pretensión se funda tanto en los créditos fiscales y la ley 28 panameña, lo que significa la expropiación de sus activos.

“La reclamación de los Demandantes se basa entonces en que la Demandada ha impedido el libre uso y ejercicio de sus créditos fiscales, y no de cualquier otro derecho relativo a sus acciones en COPESA, por lo que son inoperantes los argumentos de la Demandada en el sentido de que los Demandantes continuaron gozando en todo momento de los derechos propios de su calidad de accionistas de COPESA”.¹⁰³

¹⁰¹ Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, *RosInvestCo uk Ltd c. Federación Rusa* (2010 Caso No. ARB/079/2005) § 624

¹⁰² CIADI, *Nations Energy Corporation, Electric Machinery Enterprises Inc. y Jamie Jurado c. República de Panamá*, (2010, Caso No. ARB/06/19) § 251

¹⁰³ CIADI, *Nations Energy Corporation, Electric Machinery Enterprises Inc. y Jamie Jurado c. República de Panamá*, (2010, Caso No. ARB/06/19) § 254

“Los Demandantes sostienen que las acciones de la Demandada consistentes en denegar de manera ilegítima que su proyectada emisión de bonos pudiera permitirles transferir créditos fiscales implicaban una expropiación indirecta de los derechos de los Demandantes. Asimismo, el rechazo ilegítimo de la Demandada en reconocer la transmisibilidad de los créditos fiscales de los cuales gozaban sus acciones en COPESA les habría impedido vender dichas acciones, privando las mismas de su valor y constituyendo así una expropiación indirecta en el sentido del artículo IV.1 del TBI”.¹⁰⁴

En respuesta, el Estado de Panamá indica que existen inconsistencias lógicas y financieras de los alegados daños, lo que indicaría que no hay razón para una indemnización.

“La Demandada afirma que, en todo caso, la posible inversión en la Planta Copesa que eventualmente pudiera haber generado créditos por inversión por parte de todos los accionistas, y no sólo de los Demandantes, se reduce a aproximadamente US\$ 4 millones. Sin embargo, los Demandantes solicitaron en su primer memorial daños por US\$ 42 millones asociados a la pérdida de sus créditos fiscales, más US\$ 20 millones como consecuencia de la quiebra de COPESA, sumando en total “la exorbitante suma de US\$ 62.163.551,9.”¹⁰⁵

“La Demandada sostiene que la reclamación de las sumas asociadas a la quiebra de COPESA, además de no estar sustentadas ni contar con la adecuada conexión causal para que pudieran reprocharse a Panamá, adolecen en el fondo de una visión equivocada y una ausencia de toda lógica, pues se pretende que se otorgue a los Demandantes todas las supuestas ganancias y beneficios que alegadamente hubiese obtenido la compañía COPESA, lo cual implicaría un desvío indebido y fraudulento de tales fondos, pues en el supuesto de ser correctos los cálculos y su fundamento, tales montos corresponderían a COPESA y no a ciertos de sus accionistas”.¹⁰⁶

El tribunal arbitral en primera instancia se refiere a la supuesta expropiación de la inversión realizada por la empresa y sus accionistas de acuerdo a lo dispuesto por los tratados:

“El Tribunal Arbitral comparte, al respecto, el análisis del licenciado Ledezma, perito presentado por los Demandantes, según el cual, en el supuesto de una inversión realizada por una empresa tanto con fondos propios (inversión directa) como con aportes realizados por sus accionistas (inversión indirecta), sólo la empresa declarante, y no sus accionistas, tendría derecho a la estabilidad jurídica bajo la Ley 54.”¹⁰⁷

“En derecho, y en el supuesto de que los créditos hubiesen sido transferibles, el Tribunal Arbitral estima que las actuaciones de la Demandada no podrían de todas maneras materializar expropiación indirecta alguna en el sentido del artículo IV del TBI, dentro del cual está enmarcada la competencia del Tribunal Arbitral.”¹⁰⁸

¹⁰⁴ CIADI, *Nations Energy Corporation, Electric Machinery Enterprises Inc. y Jamie Jurado c. República de Panamá* (2010 Caso No. ARB/06/19) § 489

¹⁰⁵ CIADI, *Nations Energy Corporation, Electric Machinery Enterprises Inc. y Jamie Jurado c. República de Panamá* (2010 Caso No. ARB/06/19) § 362

¹⁰⁶ CIADI, *Nations Energy Corporation, Electric Machinery Enterprises Inc. y Jamie Jurado c. República de Panamá* (2010 Caso No. ARB/06/19) § 366

¹⁰⁷ CIADI, *Nations Energy Corporation, Electric Machinery Enterprises Inc. y Jamie Jurado c. República de Panamá* (2010 Caso No. ARB/06/19) § 661

¹⁰⁸ CIADI, *Nations Energy Corporation, Electric Machinery Enterprises Inc. y Jamie Jurado c. República de Panamá* (2010 Caso No. ARB/06/19) § 673

Finalmente, el tribunal arbitral se refiere a que entiende por expropiación indirecta.

“Al respecto, es generalmente reconocido que hay expropiación indirecta cuando el inversionista ha sido efectivamente privado de la administración, del uso o del control de todo o parte de su inversión, o en el caso de que se ocasione una disminución significativa del valor de la misma”¹⁰⁹

Lo anterior para luego concluir que la disputa consiste en las acciones de los Demandantes en COPESA y no en los alegados créditos fiscales, además de agregar que los Demandantes no fueron privados del uso o goce de sus acciones, así como del derecho de percibir dividendos, de forma tal que siempre mantuvieron en todo momento la posesión y la propiedad de sus acciones en COPESA.

En definitiva, el tribunal resolvió que la existencia de una expropiación indirecta no significa una pérdida parcial de la propiedad, sino que es la privación de la inversión cuando se afecta todo o parte del uso y la posesión de la propiedad.

“Por tanto, aunque se admitiera que los Demandantes hubiesen probado que la ley fiscal panameña les permitía transmitir sus créditos fiscales mediante una venta de acciones o una emisión de bonos (lo que no es el caso), la privación de dicha posibilidad no constituiría una privación del goce, uso u control de sus acciones, ni tampoco una alteración significativa del valor de la inversión, equivalentes a una expropiación”.¹¹⁰

f) Por último cabe mencionar el caso *Accession Mezzanine* contra Hungría del año 2015, esta disputa se refiere a los derechos contractuales susceptibles a una expropiación. Lo significativo de este caso reside en el conflicto mismo ya que la parte demandante alega la no renovación de su licencia de exploración y explotación por parte del Estado de Hungría, de manera tal que supone una expropiación a sus derechos contractuales. Esto último llama la atención en cuanto a diversidad de fuentes de la expropiación.

A modo de síntesis, este caso se refiere a una disputa sobre la base del Acuerdo entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República Popular Húngara para la Promoción y la Reciprocidad Protección de Inversiones donde la controversia se refiere a la supuesta expropiación ilícita sin la correspondiente compensación de las inversiones. Los demandantes son *Accession Mezzanine Capital L.P.* (“Mezzanine”) y *Danubius Kereskedőház Vagyonkezelő Zrt.* (“DHSV”). Mezzanine es una sociedad organizada bajo las leyes de las Bermudas y DHSV es una empresa constituida y existente bajo las leyes de Hungría, presuntamente de propiedad mayoritaria de Mezzanine. La controversia entonces, se relaciona con la supuesta expropiación o nacionalización ilícita sin compensación de las inversiones de los demandantes respecto a *Danubius Rádió Műsorzolgáltató Zrt.* (“Danubius Rádío”), una empresa húngara, y ex concesionaria de una de las dos frecuencias de radiodifusión de radio FM a nivel nacional en Hungría.

¹⁰⁹ CIADI, *Nations Energy Corporation, Electric Machinery Enterprises Inc. y Jamie Jurado c. República de Panamá*, (2010 Caso No. ARB/06/19) § 685

¹¹⁰ CIADI, *Nations Energy Corporation, Electric Machinery Enterprises Inc. y Jamie Jurado c. República de Panamá*, (2010 Caso No. ARB/06/19) § 687

Para un correcto análisis, el tribunal arbitral se refiere al tratado¹¹¹ invocado por los inversores, el cual no contiene definición respecto a que entenderíamos por expropiación, de manera que la comisión se preocupa de mencionar los principios del DII, los cuales si abordan el concepto. Es por lo anterior que el Tribunal se basará en el derecho consuetudinario y principios generales del DII para determinar si ha ocurrido o no una expropiación y, de ser así, otorgar la correcta indemnización.

“The UK-Hungary BIT provides no definition or guidance for determinations with respect to expropriation. Rules on expropriation constitute a portion of the rules of customary and general principles of international law, as well as other sources of international law on expropriation. In the absence of definition and guidance as to expropriation in the UK-Hungary BIT, the Tribunal will rely on customary and general principles of international law, as well as contemporary sources of law on expropriation, in determining whether or not an expropriation has occurred and if so, the compensation to be awarded. The Tribunal has jurisdiction to decide international law questions to the extent relevant and applicable to the determination of expropriation questions, as well as compensation, if necessary.”¹¹²

El Estado de Hungría primeramente argumenta que los demandantes no tenían derecho a una nueva licencia, esto ya que su licencia expiró el 18 de noviembre de 2009, por lo tanto, la disputa no surge directamente de una inversión.

“Claimants did not have a right to a new licence under Hungarian law when their existing licence expired on 18 November 2009, there was therefore no cognisable investment in respect of a new licence and hence the dispute does not arise directly out of an investment”¹¹³

Luego añade que recién se puede hablar de una expropiación cuando la medida estatal tiene el efecto de impedir su ejercicio en su totalidad o en una medida sustancial, además de referirse a si realmente estamos frente a un derecho susceptible de expropiar.

“... those “claims to ... performance” are capable of being expropriated when there is an “effective repudiation of the right, unredressed by any remedies available to the Claimant, which has the effect of preventing its exercise entirely or to a substantial extent”. This argument is not directed to establishing that an expropriation actually did take place—a question clearly reserved for the merits—but rather whether the Claimants’ had a right or interest that in law is capable of being expropriated”.¹¹⁴

De igual forma el tribunal arbitral se refirió a la calidad de la propiedad que los demandantes alegan expropiada, indicando que estos no cuentan con el derecho (de acuerdo a la ley de Hungría) para poder alegar una expropiación.

¹¹¹ Acuerdo entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República Popular Húngara para la Promoción y la Reciprocidad Protección de Inversiones (1987).

¹¹² CIADI, *Accession Mezzanine Capital L.P. and Danubius Kereskedőház Vagyonkezelő ZRT v. Hungría* (2015, Caso No. ARB/12/13) § 77

¹¹³ CIADI, *Accession Mezzanine Capital L.P. and Danubius Kereskedőház Vagyonkezelő ZRT v. Hungría* (2015, Caso No. ARB/12/13) § 69

¹¹⁴ CIADI, *Accession Mezzanine Capital L.P. and Danubius Kereskedőház Vagyonkezelő ZRT v. Hungría*, (2015, Caso No. ARB/12/13) § 74

“The Tribunal has concluded that the Claimants did not have a property right, contractual right or any other vested legal right in Hungarian law in relation to the exploitation of a national radio frequency in Hungary on the critical date of the alleged expropriation. The question of what precisely can be the object of an expropriation has thus been rendered moot by the Tribunal’s findings in respect of the Claimants’ first and second arguments as set out above. The Parties have, however, made detailed submissions on the question of what rights are capable of being expropriated and it is appropriate for the Tribunal to present a summary of its views. As will be clear, the Tribunal is in substantial agreement with the Emmis tribunal on this question.”¹¹⁵

Por otro lado, los demandantes alegan que en primer lugar será la justicia internacional la encargada de indicar si existió o no una expropiación indirecta y en segundo lugar se refiere a los tratados bajo los cuales se establecen los requisitos de expropiación.

“With regard to their “Expropriation Claims,” Claimants consider that Respondent’s insistence on the Tribunal’s dismissal of Claimants’ allegation that Respondent has breached customary international law when Respondent expropriated Claimants’ investment, ignores the provisions of Articles 6 [Expropriation], and Article 8 [Dispute Resolution provision]. Claimants further consider that in accordance with Article 11 of the BIT [Application of Other Rules], “the Tribunal’s jurisdiction under Article 8.1 allows it to find that Hungary’s expropriation under Article 6 ‘breached customary international law’ to the extent that applicable rules of international law, including customary, are more favorable than those in Article 6 of the Treaty.” In any case, “whether Respondent breached customary international law is a question that cannot be summarily dismissed as manifestly without legal merit at this early stage of the proceeding.”¹¹⁶

El tribunal estableció que la interpretación y aplicación de los acuerdos internacionales será acorde a lo dispuesto por el Derecho Internacional, y que por lo tanto el término de expropiación indirecta será entendida conforme a los principios del Derecho Internacional.

“There are a few essential points to be made in this context. First, the interpretation and application of the BIT is governed by international law, as is any treaty, and the expropriation clause is, obviously, a key part of the BIT. Second, it may not be possible to consider the scope and content of the term “expropriation” in the BIT without considering customary and general principles of international law, as well as any other sources of international law in this area”¹¹⁷.

Por último, el tribunal finalizó su razonamiento indicando que el inversionista contiene sólo aquellos derechos establecidos en el tratado celebrado entre el inversor y el Estado receptor. En ese sentido, los demandantes tenían derecho a invocar las disposiciones del TBI, pero solo en la medida en que dichas disposiciones se relacionen con la expropiación. Por lo tanto, solo

¹¹⁵ CIADI, *Accession Mezzanine Capital L.P. and Danubius Kereskedőház Vagyonkezelő ZRT v. Hungría* (2015, Caso No. ARB/12/13) § 146

¹¹⁶ CIADI, *Accession Mezzanine Capital L.P. and Danubius Kereskedőház Vagyonkezelő ZRT v. Hungría*, (2015, Caso No. ARB/12/13) § 56

¹¹⁷ CIADI, *Accession Mezzanine Capital L.P. and Danubius Kereskedőház Vagyonkezelő ZRT v. Hungría*, (2015, Caso No. ARB/12/13) § 67

los derechos contractuales están sujetos a expropiación cuando estos se refieren a derechos de propiedad.

“The Tribunal is of the view that an investor may properly rely only on rights set forth in the basic treaty, meaning the BIT to which the investor’s home state and the host state of the investment are directly parties, but not more than that. The question should be whether the rights and benefits sought by virtue of the MFN clause are included within the arbitrable scope of the basic treaty. In the instant case, the arbitrable scope of the basic treaty is expropriation, including fact and law questions related thereto. In that light, Claimants are entitled to rely on the MFN provisions of the BIT, but only insofar as such provisions relate to expropriation”¹¹⁸

Recapitulando; estos análisis expuestos en el presente capítulo se centran en la expropiación de la propiedad como resultado de la medida regulatoria dictada por el Estado receptor. Si bien ya sabemos que estas medidas estatales suelen obedecer, en principio, a la protección de objetivos de carácter público, estas se deben entender dentro de un marco jurídico internacional, de manera tal que el inversor está protegido por los tratados aplicables y por el DII, cada vez que sus derechos no sean respetados. A su vez es importante destacar que esta materia es tratada a nivel nacional como internacional, de modo tal que merece el esfuerzo mencionar algunos artículos en la legislación nacional chilena tocantes a la propiedad.

1.2. Nuestra posición sobre el tema

Entonces, ¿Qué sucede respecto a las RV? Como hemos expuesto en capítulos anteriores, se consideró que el anticipo de las RV provocó una “... mayor expropiación de activos privados que seguirán socavando la integridad del sistema de financiamiento para las jubilaciones del país, y el respaldo del sistema de pensiones al mercado de capitales”¹¹⁹. No obstante, creemos que no hay una privación al derecho de propiedad de los bienes y activos de los inversionistas. A la fecha de entrega de este trabajo, siguen funcionando las empresas aseguradoras quienes ofrecen en el mercado la modalidad de pensión de RV. Tampoco se ha evidenciado alguna prueba clara y pública de la afectación del derecho de propiedad sobre el patrimonio de las empresas que haya mermado su actividad económica en Chile. Entendemos que la privación no fue total ya que las compañías aseguradoras siguen prestando sus servicios para quienes buscan adoptar esta modalidad de pensión. Sin embargo, debemos también aclarar que esa anticipación de fondos de las RV, como cambio legislativo no previsto por las empresas aseguradoras, sí ha traído como consecuencia inseguridad jurídica. De ahí que no es de extrañar que algunas de ellas demanden a la República ante el CIADI.

¹¹⁸ CIADI, *Nacession Mezzanine Capital L.P. and Danubius Kereskedőház Vagyonkezelő ZRTv. Hungary*, (2015, Caso No. ARB/12/13) § 74

¹¹⁹ LA TERCERA (2021)

2. Carácter de la medida estatal chilena al permitir legislativamente el anticipo de las RV.

La causa de la medida estatal, es decir, la justificación del fundamento por el que el poder público puede imponer una expropiación, se explica desde una doble perspectiva: desde un punto de vista general, la potestad expropiatoria es un poder concreto que se integra dentro del poder genérico y ordenador del Estado, es decir, entra dentro de la motivación del poder del Estado en abstracto. Desde un punto de vista jurídico, la potestad expropiatoria se justifica en concreto por la atribución de la ley, así como, más en particular, por el efecto operativo de la *causa expropriandi* que la ley tipifique¹²⁰.

Este carácter de la medida estatal es desarrollado respecto a lo dispuesto por la doctrina en cuanto al sentido de la “legitimidad”. También nos basamos en algunos de los más recientes tratados verificados por Chile que comprendan en ellos un apartado dedicado a esta materia y a la práctica arbitral. De cualquier forma, nos enfocaremos en la validez de la promulgación de la ley 21.330 por parte del Estado chileno, aspecto que desarrollaremos con ayuda del análisis de ciertos casos internacionales tocantes en la materia, doctrina y legislación nacional.

2.1. El análisis del carácter de la medida estatal bajo la práctica arbitral

Como se expuso previamente la medida estatal debe ser justificada para que se pueda realizar la expropiación. Ahora bien, para argumentar la medida legítima en conflictos internacionales el Estado tiene la misión de demostrar cuales son las razones tras su actuación y que consecuencias positivas traerá consigo para los habitantes de la región. En la práctica arbitral los tribunales se han referido a este criterio estipulando que se distingue para el cálculo de la compensación, entre casos de expropiación directa y total (de ahí una de las importancias del criterio de legitimidad de la medida), que además las partes deben atenuarse a lo escrito en los tratados celebrados y los perjuicios alegados deben ser correctamente probados. Para una mejor comprensión analizamos ciertos laudos tocantes a la materia, señalando cuáles fueron los alegatos de la parte inversora, las respuestas por parte del Estado receptor y la toma de decisión del tribunal arbitral.

a) En primer lugar consideramos el caso resuelto por tribunales arbitrales del año 2011 del Sr. Tza Yap Shum contra el Estado del Perú. La relevancia de este caso descansa en cuales son las operaciones realizadas por el tribunal para determinar de cuánto debe estar privado el inversionista de su inversión para entender que estamos frente una expropiación.

En síntesis; el Sr. Tza Yap Shum es un ciudadano chino y único accionista de Linkvest International Ltd; empresa que detenta el control del 90% de la compañía peruana TSG Peru SAC (empresa exportadora de harina de pescado). El accionista Tza Yap Shum adquirió las acciones de Linkvest en enero del 2005 para luego en febrero del mismo año adquirir a título personal las acciones de TSG. Luego en diciembre del 2004, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria del Perú determinó la existencia de una deuda tributaria

¹²⁰ CÉSPEDES (2021) p. 148.

pendiente por un monto aproximado de 4 millones de dólares a cargo de TSG Perú SAC. TSG presentó las reclamaciones del caso y la administración tributaria peruana inició una serie de acciones, incluyendo el embargo de las cuentas bancarias de TSG Perú SAC así como la notificación de dicho hecho a los clientes y proveedores de la pesquera.

La empresa sufrió el congelamiento de sus cuentas, por lo tanto, el año 2006, decide denunciar las acciones del Estado peruano ante tribunales internacionales arbitrales, alegando ante el CIADI una expropiación indirecta que significó la destrucción de la viabilidad económica y de las operaciones de TSG. La empresa también apoyó su pretensión en el incumplimiento de las obligaciones por parte del Estado receptor de la inversión previstas en los siguientes artículos del BIT Perú-China: artículo 3.1 (trato justo y equitativo), artículo 3.2 (protección en el territorio del Estado receptor), artículo 4 (compensación en caso de expropiación o medidas similares) y artículo 6 (derecho del inversionista a transferir libremente el capital y utilidades).

Los inversionistas además mencionan que las medidas tomadas por el Estado no fueron legítimas:

“Según la parte Demandante, las medidas de la SUNAT así como las determinaciones tributarias en las que se basaron, fueron arbitrarias, injustificadas e irracionales. Sostiene además que estas acciones constituyeron violaciones del Tratado y que *inter alia*, resultaron en la expropiación indirecta de la inversión del Demandante y del negocio de TSG.”¹²¹

Ante esto la República del Perú respondió explicando que las medidas tomadas fueron legítimas ya que se hicieron en conformidad a los parámetros legales:

“En primer lugar, la Demandada indicó que la auditoría de la SUNAT fue llevada a cabo en todos sus extremos de acuerdo con las leyes peruanas y que ésta evidenció una serie de violaciones y omisiones tributarias de TSG. En sus presentaciones indicó que TSG tuvo oportunidad plena de presentar sus puntos de vista durante la auditoría así como controvertir sus hallazgos tanto ante la SUNAT como ante el Tribunal Fiscal. Adicionalmente, la parte Demandada indicó que la imposición de medidas fue apropiada, razonable y proporcionada para asegurar el recaudo de una deuda tributaria considerable de un contribuyente con pocos activos tangibles y que, por lo tanto, no fue arbitraria ni discriminatoria.”¹²²

Agregando además que el tribunal debe desestimar las pretensiones del demandante debido a que no hay una expropiación:

“La Demandada también negó que las medidas resultaran en la expropiación indirecta de la inversión. Señala entre otras cosas, que el Demandante no ha demostrado la pérdida de control o una privación sustancial del valor de la inversión y que, en todo caso, los efectos del impacto sobre la inversión habrían sido meramente temporales.”¹²³

¹²¹ CIADI, *Señor Tza Yap Shum contra la República del Perú* (2011, Caso No. ARB/07/6) § 82

¹²² CIADI, *Señor Tza Yap Shum contra la República del Perú* (2011, Caso No. ARB/07/6) § 87

¹²³ CIADI, *Señor Tza Yap Shum contra la República del Perú* (2011, Caso No. ARB/07/6) § 89

A pesar de las alegaciones hechas por la parte demandante el tribunal arbitral expresó que, analizando el tratado internacional, para que la expropiación sea efectiva deberá ser equivalente a la inversión expropiada;

“El artículo 4 del APPRI establece que la compensación "deberá ser equivalente al valor de las inversiones expropiadas en el momento en que se declare la expropiación, ser convertible y libremente transferible." En este caso las medidas expropiatorias no reunieron las condiciones establecidas en el artículo 4 y por lo tanto, la valoración del daño por parte del Tribunal se hará con base en el derecho internacional consuetudinario y no al artículo 4 del APPRI.”¹²⁴

A lo anterior, el demandante comentó cuales fueron sus pérdidas monetarias por razón de la expropiación:

“Los daños sufridos por el Demandante como consecuencia de las medidas similares a la expropiación llevadas a cabo por el Estado peruano corresponden a la proporción del precio de mercado de TSG en manos del inversionista. El inversionista tiene el 90% de TSG, por lo que tiene derecho a la compensación del 90% del precio de mercado de la empresa a 31 de diciembre de 2004: US\$ 786.306,24.2.”¹²⁵

Entonces el gobierno de la República del Perú negó la validez de la reclamación presentando las siguientes objeciones: el inversionista no se encontraba amparado por el BIT Perú-China, la controversia en cuestión no se relacionaba a una inversión que calificara como tal conforme a las disposiciones del BIT, el gobierno del Perú no había prestado su consentimiento a fin de someter la controversia al arbitraje del CIADI y el inversionista reclamante no había cumplido con la carga de demostrar la existencia de un caso prima facie de expropiación. Por su parte el tribunal arbitral consideró que las medidas dictadas por las autoridades peruanas, tuvieron una decisiva influencia en la inversión al punto de hacerla inviable.

En el mismo orden de ideas el tribunal comentó:

Adicionalmente, aunque no ha sido un argumento explícito de la parte Demandada, el Tribunal ha analizado la jurisprudencia y doctrina que podría decirse distingue para el cálculo de la compensación entre casos de expropiación directa y total y casos de expropiación indirecta en los que, a pesar de haberse expropiado los derechos de propiedad del inversionista, la propiedad en sí misma no deja de pertenecerle y retiene un valor residual. En el caso de TSG, esta línea argumental nos podría llevar a deducir del valor contable ajustado las propiedades de TSG bien cuando finalizó el concurso preventivo de la compañía, o bien en diciembre de 2009, última fecha en que constan los Estados Financieros de la misma.¹²⁶

Para luego dar resolución al caso de la siguiente forma:

¹²⁴ CIADI, *Señor Tza Yap Shum contra la República del Perú* (2011, Caso No. ARB/07/6) § 253

¹²⁵ CIADI, *Señor Tza Yap Shum contra la República del Perú* (2011, Caso No. ARB/07/6) § 268

¹²⁶ CIADI, *Señor Tza Yap Shum contra la República del Perú* (2011, Caso No. ARB/07/6) § 271

“Declara la existencia de una medida equivalente a la expropiación vulnerando los términos del artículo 4 del APPRI, llevada a cabo por la Demandada contra la inversión del Demandante; 2. Condena a la Demandada al pago al Demandante de US\$ 786.306,24 en concepto de compensación por la medida equivalente a la expropiación ejercitada.”¹²⁷

b) En el asunto Yukos contra Rusia, fueron examinadas las medidas dictadas por la Federación Rusa. Estas medidas denunciadas por Yukos incluían enjuiciamientos penales, acoso a empleados de Yukos, multas, congelación de activos y otras medidas que descansaban su razón en hacer cumplir las reevaluaciones fiscales. Todas estas acciones culminaron en su quiebra el año 2006. Su importancia reside en que los inversionistas alegaron una expropiación del Estado de Rusia proveniente principalmente de comportamientos supuestamente ilícitos de la autoridad de impuestos. dando el tribunal arbitral razón a los demandantes, visto que no hubo pago de compensación del Estado receptor a los inversores.

En síntesis, el caso trata sobre Yukos Capital la que fue constituida en Luxemburgo el 31 de enero de 2003 como una sociedad financiera para atender las necesidades del conjunto de empresas de Yukos (Grupo Yukos). Tras una serie de reestructuraciones corporativas del año 2016 Yukos Capital se fusionó con Miwok Wealth PIC Ltd (Miwok). La inversión de Yukos Capital consistía en dos préstamos otorgados a Yukos Oil entre los años 2003 y 2004, que fueron concedidos con fondos que Brittany Assets Ltd (otra empresa del Grupo Yukos) le prestó a Yukos Capital para adelantar esos fondos a Yukos Oil. Yukos Capital sólo era responsable de devolver el préstamo a Brittany Assets cuando recibiera los fondos de Yukos Oil. Por otro lado, el ministerio de Justicia de la Federación Rusia subastó Yuganskneftegaz, una de las mayores subvenciones a la producción del Grupo Yukos para ejecutar la liquidación tributaria de 2000 correspondiente a Yukos Oil. Luego de esta subasta, en 2004, Yukos Oil incumplió un acuerdo de préstamo de USD 1 mil millones celebrado con un consorcio de bancos dirigido por Société Générale SA, lo cual eventualmente llevó a que los bancos presentaran una solicitud de declaración de quiebra contra Yukos Oil en marzo de 2006. Finalmente, Yukos Oil fue liquidada sin que recibiera ningún pago. Yukos Capital entabl  demandas de expropiación y violación del estándar del Tratado con Rusia.

En primer lugar, la posición del inversor quien alega que la Federación Rusa ha intentado de distintas formas destruir Yukos, lo cual ha sido por medio de acciones del presidente, del ministerio de justicia, por medio de entidades estatales, entre otros.

“[T]he Russian Federation has acted through almost all of its organs, be it Executive or Judiciary, at all levels, including the highest, in seeking the destruction of Yukos. These include the President of the Russian Federation, the Presidential Administration, the Tax Ministry (later to become the Federal Taxation Service, a federal body of executive authority within the Ministry of Finance), the Ministry of Justice (under whose authority federal bodies of executive authority such the Federal Bailiff Service or the Federal Penitentiary Service are acting), the Prosecutor General’s Office (a federal body entrusted with the task of execution of the laws in the name of the Russian Federation), the Ministry of Internal Affairs (responsible for the police forces), the Federal Security Service (also a federal body of executive authority, acting under the authority of the President). When not acting through

¹²⁷ CIADI, *Señor Tza Yap Shum contra la República del Perú* (2011, Caso No. ARB/07/6)   VIII

these Executive organs or through the Russian courts, the Russian Federation was acting through State-owned entities, first and foremost State-owned company Rosneft”¹²⁸

Además, el demandante comenta que sufrió acoso, intimaciones y arrestos por parte de la Federación:

“Claimants allege that Respondent carried out a campaign of harassment and intimidation of Yukos, its management, employees, external advisers and associates with a view to destroying the company and removing Mr. Khodorkovsky as a political threat: In what has been described as “a literal orgy of lawlessness”, the Russian Federation instigated and conducted a campaign of terror aimed at depriving Yukos of its ability to run its business, and thus facilitating the destruction of the company. This was achieved through an escalating process of arrests, intimidation, harassment, searches and seizures. The breadth of the campaign, which targeted not only Yukos and its management but also entities and individuals associated with the company, and the flagrant violations of due process that characterized the actions of the Russian Federation, underscore both the ruthlessness with which the Russian Federation sought the destruction of Yukos and the coordinated nature of the attack. The undeniable effect of the actions described below was to undermine the viability of Yukos, placing the Russian Federation in a position to carry out the dismantling of the Company.”¹²⁹

Por otra parte, la Federación Rusa responde en los siguientes términos:

“In any event, Respondent considers the events complained of to be largely irrelevant to the Tribunal’s enquiry in these arbitrations. That is because Article 26 of the ECT limits the Tribunal’s jurisdiction to disputes alleging the breach of an obligation under Part III of the ECT, of which Articles 10(1) and 13 are directed only to investments, and afford no personal protection for nationals. Respondent observes that “the alleged violations of the human rights of Messrs. Khodorkovsky, Lebedev and others . . . are outside the scope of this Tribunal’s jurisdiction, unless Claimants can establish that any such violations directly impaired the management or operation of their investments.” Respondent argues Claimants have failed to do so, and that the prosecutions of Messrs. Khodorkovsky and Lebedev did not destroy Yukos. To the contrary, Yukos exceeded its 2003 performance in 2004”¹³⁰

Es decir, para el tribunal es irrelevante la investigación sobre el caso ya que esto se debería interpretar de acuerdo a los tratados existentes entre las partes.

En cuanto a la legitimidad de la medida de la Federación Rusa. el demandante alega que tuvieron una motivación política y no legítima:

“Claimants contend that Respondent’s actions were politically and economically motivated, rather than aimed at legitimate tax enforcement. In that regard, Claimants purport to establish

¹²⁸ CIADI, *Yukos Universal Limited (isle of man) - and - the Russian Federation* (2014, Caso No. AA 227) §1451

¹²⁹ CIADI, *Yukos Universal Limited (isle of man) - and - the Russian Federation* (2014, Caso No. AA 227) §761

¹³⁰ CIADI, *Yukos Universal Limited (isle of man) - and - the Russian Federation* (2014, Caso No. AA 227) §764

that Respondent acted through almost all its organs, at all levels, in seeking the destruction of Yukos.”¹³¹

Respecto a esto, el tribunal indica que primero hubo una interpretación inconsistente, por parte del demandado, del Código Fiscal Ruso y que algunos de los ingresos legítimamente se podrían haber impuesto impuestos contra Yukos.

“The Tribunal agrees. Respondent’s interpretation of the standard is inconsistent with the Russian Tax Code. The strict language of the Russian Tax Code makes it difficult for the Tribunal to conclude that Yukos should have been assessed the willful offender fines, even if there were a basis to conclude (as the Tribunal has held earlier) that some of the revenue-based taxes could legitimately have been imposed against Yukos.”¹³²

Por último, el tribunal hizo un análisis donde indica que con fecha 21 de noviembre del año 2007 Yukos fue eliminado del registro ruso de personas jurídicas. Sin embargo, el tribunal decidió que la fecha de la expropiación de su inversión es la del 19 de diciembre de 2004, de acuerdo al análisis de daños basado en una valuación de sus acciones en Yukos a esa fecha.

“The Tribunal agrees with Respondent that the date of 21 November 2007 cannot be the date of Yukos’ expropriation. The Tribunal observes that both Parties are agreed that, in principle, in the event of an expropriation through a series of actions, the date of the expropriation is the date on which the incriminated actions first lead to a deprivation of the investor’s property that crossed the threshold and became tantamount to an expropriation. This is the date that is relevant for the determination of the Tribunal.”¹³³

“The Tribunal finds that the threshold to the expropriation of Claimants’ investment was crossed earlier than in November 2007. On the basis of the record, it is clear to the Tribunal that a substantial and irreversible deprivation of Claimants’ assets occurred on 19 December 2004, the date of the YNG auction. YNG was Yukos’ main production asset and its loss, with the conclusion of the auction on that date, marked a substantial and irreversible diminution of Claimants’ investment.²³⁴⁷ This conclusion of the Tribunal is confirmed by statements made by Claimants in December 2004 to the effect that they had “lost the power to govern the financial and operating policies of Yukos so as to obtain the benefits from its activities” and that Yukos had become “incapable of operating as a business.” The date of the expropriation of Claimants’ investment is therefore determined by the Tribunal to be 19 December 2004.”¹³⁴

En conclusión, el tribunal determinó que al confiscar los préstamos de Yukos Capital sin un proceso debido ni compensación, Rusia los expropió, violando el Artículo 13 del TCE. Por consiguiente, el tribunal no consideró necesario determinar la responsabilidad de Rusia por las demandas alternativas en virtud del Artículo 10 del TCE. En otras palabras; el tribunal declaró que la Federación Rusa ha incumplido sus obligaciones en virtud del Artículo 13(1)

¹³¹ CIADI, *Yukos Universal Limited (isle of man) - and - the Russian Federation* (2014, Caso No. AA 227) §265

¹³² CIADI, *Yukos Universal Limited (isle of man) - and - the Russian Federation* (2014, Caso No. AA 227) §733

¹³³ CIADI, *Yukos Universal Limited (isle of man) - and - the Russian Federation* (2014, Caso No. AA 227) §1761

¹³⁴ CIADI, *Yukos Universal Limited (isle of man) - and - the Russian Federation* (2014, Caso No. AA 227) §1762

del Tratado de la Carta de la Energía y ordenó a pagar la cantidad de USD 1,846,000,687; por daños a la demandante Yukos Universal Limited.

c) Otro caso que no llama la atención en cuanto a la legitimidad de las medidas tomadas por los estados inversores es el caso Pey Casado y la Fundación Allende contra el Estado de Chile durante el año 2016. Su importancia reside en que gran parte de la decisión del tribunal dependía de los demandantes, ya que estos son quienes tienen la carga de la prueba.

A modo de sinopsis; el Sr. Víctor Pey Casado nació en España y se mudó a Chile donde vivió durante 34 años hasta 1973. Si bien conserva su nacionalidad española, adquirió la nacionalidad chilena por naturalización en el año 1958. El Sr. Pey Casado durante el comienzo de la década de 1970, se asoció con un periódico chileno “El Clarín”, periódico fundado por los Sres. Darío Sainte-Marie y Merino Liana, que estaba sujeto al control de la sociedad Consorcio Periodístico y Publicitario, S.A. (“CPP”), a través de una subsidiaria de propiedad exclusiva, Empresa Periodística Clarín, Ltda. (“EPC”). El día 11 de septiembre de 1973, luego del golpe de Estado las tropas militares ocuparon la sede de El Clarín y secuestraron documentos que se encontraban en la oficina del Sr. Pey Casado, por lo cual sus bienes pasaron al dominio de la Demandada. En 1990, se creó la Fundación Presidente Allende conforme al derecho español.

El Sr. Pey Casado donó el 90% de sus tenencias accionarias en CPP y EPC a la Fundación más adelante ese mismo año. En 1995 el Sr. Casado interpuso ante el Primer Juzgado Civil de Santiago una demanda de restitución por la confiscación y por medio de una carta el año 1999, el Sr. Pey Casado y la Fundación Presidente Allende notificaron al Ministerio de Bienes Nacionales de Chile su renuncia expresa al derecho de solicitar indemnización en virtud de la Ley N.º 19.568 por la expropiación de CPP y EPC. El día 28 de abril de 2000, el Ministerio de Bienes Nacionales de Chile emitió la Decisión N.º 43, mediante la cual autorizó la indemnización de cuatro personas físicas (sus herederos) por la expropiación de CPP y EPC, en función de que habían sido propietarias de bienes pertenecientes a estas sociedades y, por ende, tenían derecho a reparaciones por la confiscación de El Clarín. Las personas en cuestión eran los Sres. Darío Sainte-Marie, Ramón Carrasco, Emilio González y Jorge Venegas. El Sr. Pey Casado y la Fundación Presidente Allende presentaron una Solicitud de Arbitraje ante el CIADI el día 7 de noviembre de 1997, sobre la base del Acuerdo entre el Reino de España y la República de Chile para la Protección y Fomento Recíproco de Inversiones la cual fue decidida y anulada en 2012, razón por la cual, se presenta la nueva solicitud reclamando denegación de justicia y compensación adeudada.

En consecuencia, la Demandante solicita sea otorgada la compensación adeudada por la denegación de justicia:

“Las Demandantes alegan que la Demandada nunca se opuso a la cesión en los años 2013 y 2014 a pesar de haber sido notificada de ella el día 13 de junio de 2013 y de haber tenido varias oportunidades de hacerlo a partir de ese momento. También argumentan que, dado que su situación se rige por el Convenio entre Chile y España sobre Doble Nacionalidad, y que el TBI Chile-España no excluye expresamente a las personas con doble nacionalidad del

alcance de su protección, las condiciones incluidas en el Primer Laudo relativas a la aplicación del TBI no son oponibles a la Sra. Pey Grebe.”¹³⁵

Respecto al cálculo de indemnización por el daño moral:

“Las Demandantes plantean una reclamación por el perjuicio moral sufrido por el Sr. Pey Casado y la Fundación Presidente Allende, por el daño que soportó el Sr. Pey Casado a través de la confiscación de los bienes de CPP y EPC, y, posteriormente, también por la inconducta de la Demandada durante el procedimiento de arbitraje.”¹³⁶

Al respecto los demandantes invocan diversas disposiciones del derecho nacional chileno:

“(…) incluidos los Artículos 10 y 18 de la Constitución que consagran el derecho a la propiedad y la obligación de pagar compensación por la privación de la propiedad; de manera similar, los Artículos 2314 y 2329 del Código Civil prevén una obligación de pagar reparación por los perjuicios ocasionados por actos administrativos; y el Artículo 1556 del Código Civil establece que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante. Las Demandantes afirman que estas disposiciones del derecho nacional les otorgan asimismo el derecho de restituo in integrum, independientemente de las protecciones específicas en el momento de la confiscación¹³⁷”

El Estado de Chile alegó que no era posible que el tribunal arbitral otorgue indemnización a los demandantes, ya que ninguna de las protecciones sustantivas del TBI era aplicable a la toma de control de los bienes de El Clarín o a la privación de las Demandantes de sus beneficios:

“La Demandada niega que el Tribunal pueda otorgar indemnización por cualquier enriquecimiento sin causa de su parte, principalmente porque, ya sea que el enriquecimiento sin causa se haya planteado o no ante el Primer Tribunal, pero no se haya considerado en el Primer Laudo, el Primer Tribunal ‘inequívocamente concluyó’ que ninguna de las protecciones sustantivas del TBI era aplicable a la toma de control de los bienes de El Clarín o a la privación de las Demandantes de sus beneficios. Por lo tanto, la Demandada alega que otorgar compensación por enriquecimiento sin causa sería ‘completamente arbitrario e incoherente con las conclusiones vinculantes del Laudo, contrario con las directrices claras y explícitas de la Decisión sobre Anulación sobre las cuestiones y las conclusiones que habían sido anuladas ... y en contradicción con el principio de derecho internacional ... que un Estado sólo puede ser condenado a pagar una indemnización por una conducta en particular si la responsabilidad por dicha conducta se ha constatado.’”¹³⁸

El tribunal cuando procede a evaluar las reclamaciones de cada parte lo hace de acuerdo a lo dispuesto por el tratado correspondiente, que para este caso es el “Acuerdo entre el Reino de

¹³⁵ CIADI, *Victor Pey Casado y Fundación “Presidente Allende” v. República de Chile* (2016, Caso N.º ARB/98/2) § 45

¹³⁶ CIADI, *Victor Pey Casado y Fundación “Presidente Allende” . v República de Chile* (2016, Caso N.º ARB/98/2) § 112

¹³⁷ CIADI, *Victor Pey Casado y Fundación “Presidente Allende” v. República de Chile* (2016, Caso N.º ARB/98/2) § 85.

¹³⁸ CIADI, *Victor Pey Casado y Fundación “Presidente Allende” v. República de Chile* (2016, Caso No. ARB/98/2) § 134.

España y la República de Chile para la Protección y Fomento Recíproco de Inversiones”. El tribunal expresa que la decisión del conflicto se reduce a dos cuestiones relativamente simples, en primer lugar, si la ausencia de decisión por parte de los tribunales chilenos constituyó una denegación de justicia, y, en segundo lugar, si las inversiones que el Primer Tribunal había reconocido fueron hechas por el Sr. Pey Casado había gozado del ‘tratamiento justo y equitativo’ prescrito en el TBI. Respecto a lo segundo:

“(…) y a la segunda de estas cuestiones, el Tribunal responde (…) que dado que se había establecido que el Sr. Pey Casado era el propietario de los bienes confiscados, estas inversiones no habían gozado de trato justo y equitativo; esto era sobre la base de que las autoridades chilenas estaban al corriente de las reclamaciones del Sr. Pey Casado y de una decisión judicial que reconocía su propiedad y de que nunca se había demostrado con algún grado de credibilidad que su rol se limitaba al de intermediario o testaferro de los verdaderos propietarios; asimismo, estaba firmemente arraigado en la jurisprudencia internacional que el trato discriminatorio de los inversionistas extranjeros constituye un incumplimiento de la garantía de trato justo y equitativo en virtud de los tratados bilaterales de inversión¹³⁹.”

Finalmente, el tribunal por unanimidad resuelve que las Demandantes tenían la carga de la prueba y sin embargo no lograron demostrar que hayan sufrido ningún otro perjuicio susceptible de cuantificación a causa de la violación del Artículo 4 establecida por el Primer Tribunal en su Laudo. Rechaza las demás reclamaciones y concluye que la reclamación subsidiaria de las Demandantes en función del enriquecimiento sin causa carece de fundamento jurídico:

“1) Que la Sra. Coral Pey Grebe no puede considerarse demandante por derecho propio en el marco de este procedimiento de nueva sumisión; 2) Que, tal como ya ha señalado el Primer Tribunal, su reconocimiento formal de los derechos de las Demandantes y su conclusión de que fueron víctimas de denegación de justicia constituyen por sí mismas una forma de satisfacción en virtud del derecho internacional por la violación por parte de la Demandada del Artículo 4 del TBI; 3) Que las Demandantes, que tenían la carga de la prueba pertinente, no han probado que hayan sufrido ningún otro perjuicio susceptible de cuantificación a causa de la violación del Artículo 4 establecida por el Primer Tribunal en su Laudo; 4) Que el Tribunal, por lo tanto, no puede otorgarles a las Demandantes compensación financiera por este concepto; 5) Que la reclamación subsidiaria de las Demandantes en función del enriquecimiento sin causa carece de fundamento jurídico; 6) Que no hay motivos en las circunstancias del caso para otorgarle una indemnización por daño moral ni al Sr. Pey Casado ni a la Fundación; 7) Que los costos de arbitraje incurridos en virtud del procedimiento de nueva sumisión que nos ocupa deberán compartirse en la proporción de tres cuartos que han de ser sufragados por las Demandantes, y un cuarto que ha de ser sufragado por la Demandada, con la consecuencia de que las Demandantes deberán reintegrar a la Demandada la suma de USD 159,509.43; 8) Se rechazan todas las demás reclamaciones.”¹⁴⁰

d) Podemos señalar también el caso de Cavalum SGPS contra el Reino de España el cual se sostiene por el tratado de energías del año 1994 celebrado en favor de ambas partes.

¹³⁹ CIADI, *Victor Pey Casado y Fundación “Presidente Allende” v. República de Chile* (2016, Caso N.º ARB/98/2) § 225.

¹⁴⁰ CIADI, *Victor Pey Casado y Fundación “Presidente Allende” v. República de Chile* (2016, Caso N.º ARB/98/2) § 256

La historia del caso se desarrolla entre los años 2007 y 2010, Cavalum, una empresa portuguesa, invirtió en siete plantas fotovoltaicas, todas ellas debidamente inscritas en el registro oficial español, RAIPRE. Todas las inversiones se realizaron bajo el Real Decreto 661/2007 (RD 661) y del Real Decreto 1578/2008 (RD 1578). Además, Cavalum alegó que había invertido 1,8 millones de euros en otros tres proyectos fotovoltaicos que no lograron registrarse en el RAIPRE y fueron abandonados en 2012. En total, Cavalum invirtió 88 millones de euros. En 2010, España introdujo un grupo de medidas destinadas a abordar su déficit tarifario mediante la limitación de la cantidad de electricidad producida por las plantas fotovoltaicas que reciben incentivos, así como la limitación de sus horas de funcionamiento. Entre 2012 y 2014, España adoptó una serie de cambios más drásticos en su régimen de energías renovables, que culminaron con la adopción del Nuevo Régimen Regulador. El Nuevo Régimen eliminó el anterior esquema de incentivos (basado en tarifas de alimentación y primas) en favor de una remuneración específica basada en la rentabilidad razonable de una hipotética instalación estándar. Por estas razones el inversor alega que se ha expropiado de forma indirecta su inversión y que se ha violado el trato justo y equitativo en virtud de los artículos 10 y 13 de ECT.

El demandante le pide al Tribunal: Declarar que España ha violado la parte III del ECT y el derecho internacional con respecto a su inversión, Ordenar al Estado a compensar al inversor por los daños sufridos y los cuantificados durante el proceso y Ordenar al Estado pagar los costos del procedimiento.

Por otra parte, España alega que no ha expropiado la inversión del demandante, puesto que el ECT establece qué derechos pueden ser objeto de expropiación. De acuerdo a España, solo medidas que le impidan al inversor operar su inversión o que constituyan una privación sustancial de expropiación para siempre, pueden ser consideradas expropiatorias.

“Spain denies having expropriated the Claimant State to define what property rights are susceptible to expropriation. Only acquired rights that exist under such laws can be expropriated under the ECT. To be considered tantamount to an expropriation, a measure must prevent the investor from operating an investment or otherwise constitute a substantial deprivation of it, annihilating the value of the investment forever. Cases like *Electrabel*, *AES v. Hungary*, *Mamidoil* and *Charanne* all support this proposition. Also, there is no expropriation if a contested measure is reasonable or in proportion with the intended objective or public interest sought.”¹⁴¹

Alega el Estado que bajo la ley española hay una clara distinción entre derechos adquiridos y meras expectativas. Los ingresos futuros no son derechos adquiridos, de acuerdo al Estado, son sólo expectativas. En este sentido, para España, Cavalum no tiene el control ni la propiedad de beneficios futuros en las instalaciones PV. Por ello, considera que no se puede estar frente a una expropiación y que el inversor no ha sufrido una privación sustancial de la propiedad. Aún tiene control sobre las plantas, continúa vendiendo energía, recibe subsidios generosos y obtiene beneficios razonables.

“The Claimant has experienced no substantial deprivation of its investment. It still has control over the shares in the SPVs that own the installations. The plants continue

¹⁴¹ CIADI, *Cavalum SGPS v. Reino de España* (2020, Caso No. /15/34) §210

to sell energy into the grid, receive generous subsidies, and they still make reasonable profits. During the operating life of the plants, the Claimant will recover the full amount of its investment plus operating costs and will earn no less than the equivalent of the 10-year Spanish bond plus 300 basis points. Accuracy has calculated that the returns from the Claimants Plants following the challenged measures will be higher than the estimated return, coming out to a 9.8% pre-tax return or 7.7% post-tax.”¹⁴²

Frente a los anterior el tribunal observa que no hay diferencia entre las partes respecto a los principios aplicables y que acuerdo al art 13 del ECT la toma debe ser expresamente ilegal de las condiciones de interés público, no discriminación, debido proceso y compensación. También observa que la expropiación indirecta puede ser una *creeping expropriation*, es decir, una serie de medidas acumulativas que tengan un efecto expropiatorio y que priva gradualmente al inversor de su inversión.

“Second, it applies expressly to indirect expropriation by virtue of the reference to “measures having effect equivalent to... or expropriation” and indirect expropriation may take the form of creeping expropriation e.g., a series of measures which cumulative have an expropriatory effect by gradually depriving the investor of its property, or where the measures irreversibly and permanently deprive the owner of property of the effective use of the asset, even where legal ownership not affected, and the form of the deprivation measure is less important than its actual effects.”¹⁴³

Además, las medidas regulatorias, incluidas las fiscales, pueden constituir expropiación indirecta. En estos casos se requiere que la medida tenga un efecto económico negativo en las finanzas de la inversión que la hagan perder su valor.

“Third, regulatory measures (including taxes) can constitute indirect expropriation. This is so where the negative economic impact of such actions on the financial position of the investor is sufficient to neutralize in full the value, or economic or commercial use of its investment without the receipt of any compensation or to deprive it of all significant economic value.”¹⁴⁴

Analizando el caso en concreto, el Tribunal no considera que las medidas de España pueden ser equiparadas a una expropiación indirecta o que representen una pérdida del valor de la inversión que lo prive de forma sustancial de su propiedad. El Tribunal considera que las medidas tomadas para el interés público no tienen un efecto de privar al inversor de su propiedad. El demandante aún tiene sus acciones, las plantas aún siguen operativas y siguen generando beneficios.

“In the present case, the Tribunal considers that Spains actions were not such as to unlawfully deprive the Claimant of its investments or to so denude them of value such that the loss can be said to be equivalent to a taking of the investments or of the core attributes of ownership of the investments. The Tribunal is satisfied that the Disputed Measures amounted to lawful regulatory measures for the public good which did not have the effect of depriving the Claimant of its investment. The Claimant still holds shares in the SPVs. The plants are still operating. They are still generating revenue. In these circumstances, the Tribunal concludes

¹⁴² CIADI, *Cavalum SGPS v. Reino de España* (2020, Caso No. ARB/15/34) §212

¹⁴³ CIADI, *Cavalum SGPS v. Reino de España* (2020, Caso No. ARB/15/34) §648

¹⁴⁴ CIADI, *Cavalum SGPS v. Reino de España* (2020, Caso No. ARB/15/34) §649

that, whatever else may be the legal effect of Spains measures addressed further above - this cannot be said to have amounted to an expropriation of the Claimants investments contrary to article 13 ECT.”¹⁴⁵

Finalmente, el tribunal concluye por mayoría, que, al dictar y aplicar el nuevo régimen regulatorio España ha exterminado las legítimas expectativas del Demandante, que se encuentran implícitas en la obligación, en la medida (si la hay) en que la devolución sobre sus inversiones en las plantas no alcanza un rendimiento razonable con referencia al costo del dinero en los mercados de capitales y, en esa medida también, incumplió la obligación de estabilidad en el artículo 10 TCE.

2.2. Nuestra posición sobre el tema

En definitiva, del análisis de todos estos casos expuestos, rescatamos una conclusión general sobre la apreciación de los tribunales arbitrales sobre el carácter de la medida estatal, destacando principalmente el contexto que da iniciativa al proyecto de la ley. Es importante recordar que Chile tuvo su primer caso de Covid detectado el 3 de marzo de 2020, solo a meses luego del estallido social del 18 de octubre de 2019 ocurrido en el país. Al mismo tiempo, la recesión mundial ha provocado una fuerte caída en los precios. De hecho, los altos niveles de deuda pública amenazan con crear una emergencia de desarrollo global. Es por esto que, dentro las medidas económicas dictadas con motivo de la pandemia, encontramos la promulgación de la Ley 21.330.

El proyecto de la ley 21.330 fue de iniciativa de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, y la idea matriz del informe fue modificar la Constitución para facultar a los afiliados a retirar una vez más el 10% de los fondos previsionales de su propiedad, incluyendo a quienes se encuentran bajo la modalidad de RV. Es decir, esta vez se incluye un anticipo de fondos previsionales para los afiliados a la modalidad de RV. Por lo tanto, entendemos el estado de necesidad de los habitantes de la República que generó el actuar del Estado, de forma tal que estimamos legítima la medida tomada por el Estado de Chile. En efecto, el proyecto expresa:

“Esta iniciativa propone reconocer en la Constitución Política de la República el derecho de propiedad que los afiliados tienen sobre sus fondos previsionales, los que en un porcentaje podrán ser retirados de forma excepcional, para enfrentar la situación generada por el evento del estado de excepción constitucional declarado¹⁴⁶”.

Como fundamentos al proyecto los congresistas se refieren a esta situación como una consecuencia de “la prolongación de la crisis sanitaria” la cual, como ya sabemos, ha dejado

¹⁴⁵ CIADI, *Cavalum SGPS v. Reino de España* (2020, Caso No. ARB/15/34) §653

¹⁴⁶ Proyecto De Reforma Constitucional Que Permite De Forma Excepcional El Retiro De Fondos Previsionales (2020)

una consecuencia económica incalculable, y una “economía completamente dañada llegando a niveles de desempleo históricos y con un aumento en la pobreza¹⁴⁷”. A razón de esto entendemos que la promulgación de una nueva legislación significaba entonces, una protección económica para distintos sectores del país. Este proyecto de ley fue realizado de forma válida, legal y -de hecho- muy aclamado por los ciudadanos

3. La afectación a las legítimas expectativas de los inversores.

Para el desarrollo de esta materia naturalmente se observan ciertos límites y restricciones en el orden internacional. El concepto de legítima expectativa se ha desarrollado en todo tipo de Tratados de Incentivo y Protección Recíproca de Inversiones, Tratados Bilaterales de Inversión y en Tratados de Libre Comercio. El criterio de legítima expectativa, como elemento de la expropiación indirecta, se ha ido desarrollando en diversas fuentes del DII y para su mejor entendimiento conviene analizar someramente los postulados y tratamientos de este criterio tanto en los tratados internacionales como en la doctrina.

3.1. El tratamiento de las legítimas expectativas bajo los tratados y la doctrina

Como ya se expuso previamente, para poder determinar si se está frente a una expropiación indirecta o no debemos atenernos a los requisitos establecidos por los tratados internacionales y la práctica arbitral. Nos parece que se exponen los criterios de expropiación claramente en el Tratado de Libre Comercio Chile – Estados Unidos el cual contiene un apartado para desarrollar la materia en el capítulo 10 anexo 10.9 sobre expropiación e indemnización el cual dispone:

“Ninguna Parte expropiará ni nacionalizará una inversión cubierta, sea directa o indirectamente mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (“expropiación”) salvo que sea: (a) por causa de utilidad pública; (b) de una manera no discriminatoria; (c) mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización, de acuerdo con los párrafos 2 a 4; y (d) con apego al principio de debido proceso y al artículo 10.4(1) a (3).”

En cuanto a doctrina, Marisol Páez se refiere de modo más específico al criterio de legítima expectativa, comentando que esta garantía apunta a disminuir para el inversionista la incertidumbre y el factor riesgo que suelen acompañar a la inversión extranjera, dándoles mediante estos acuerdos un marco regulatorio básico que le ofrezca un nivel mínimo de seguridad jurídica, como son las garantías, derechos y obligaciones básicas¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Proyecto De Reforma Constitucional Que Permite De Forma Excepcional El Retiro De Fondos Previsionales (2020)

¹⁴⁸ PÁEZ (2006) p.8

3.2. La apreciación de las legítimas expectativas bajo la práctica arbitral

A continuación, se exponen algunos casos en la práctica arbitral que llamarán nuestra atención, que tratan principalmente sobre las legítimas expectativas y cuáles son los elementos de la misma. Para una mejor comprensión en el estudio de estos laudos señalamos cuáles fueron los alegatos de la parte inversora, las respuestas por parte del Estado receptor y la toma de decisión del tribunal arbitral.

a) En primer lugar nos referimos al caso de Glencore International A.G. y C.I. Prodeco S.A. contra Colombia, la relevancia de este caso es la sanción por responsabilidad tributaria alegada por el inversor, respecto al incumplimiento del TBI vigente por parte de Colombia, concluyendo en una transgresión respecto a las legítimas expectativas del Inversor.

Como antecedente el año 1995, Glencore adquirió Prodeco, una empresa colombiana que poseía un contrato de exploración y explotación de minas de carbón con Carbocol, la agencia minera colombiana. Luego, tres agencias reemplazaron a Carbocol: Ingeominas, el Servicio Geológico Colombiano (SGC) y la Agencia Nacional de Minería (ANM). Las partes renegociaron el contrato en 2009: Ingeominas acordó regalías más bajas a cambio de más inversiones de Prodeco en operaciones mineras. Esta modificación no fue registrada en el Catastro Minero Colombiano ya que iba en contra de los intereses de Colombia. Después de más negociaciones, se registró una nueva modificación que favorecía a Colombia. Luego, la Contraloría colombiana comenzó una investigación de la agencia Ingeominas. El informe de dicha investigación indicó que la modificación reducía los ingresos de Colombia, por lo tanto iba en contra de los intereses del país.

Finalmente, en marzo de 2016, Glencore y Prodeco iniciaron un arbitraje en el CIADI. Reclamaron que las acciones de Colombia (incluyendo la sanción tributaria y el procedimiento de anulación) no cumplieron con los estándares de TJE y las de no perjuicio, así como la cláusula paraguas del TBI. Solicitaron al tribunal arbitral que ordene a Colombia el reembolso de la sanción, que honre sus obligaciones bajo el contrato y sus modificaciones y que detenga el procedimiento de anulación.

Según los Demandantes, Colombia asumió compromisos respecto de las inversiones de los Demandantes, que generaron expectativas legítimas que no se cumplieron:

“Claimants contend that the Eighth Amendment constituted Colombia’s core commitment, and that Claimants relied upon it to invest over USD 1 billion in Colombia since 2010. This Amendment was negotiated over a period of 20 months, was executed by Colombia’s Mining Agency and was registered with the national mining registry. The State Mining Agency gave three explicit commitments to Claimants in the Eighth Amendment.”¹⁴⁹

“Claimants argue that they legitimately expected that Colombia would honour these contractual commitments and act consistently with the representations given to Prodeco. Instead, through the actions of the Contraloría and the Mining Agency, Colombia repudiated

¹⁴⁹ CIADI, *Glencore International A.G. y C.I. Prodeco S.A. v. República de Colombia* (2019, Caso No. ARB/16/6) §1153.

and destroyed the commitments that it had negotiated and enshrined in the Eighth Amendment, after Claimants had made significant investments in reliance upon said Amendment, thereby frustrating Claimants' legitimate expectations."¹⁵⁰

Colombia responde a estos alegatos indicando que dichos contratos no levantaban legítimas expectativas ya que no se ha violado el TBI:

"As to Respondent's argument that contracts do not give rise to legitimate expectations, and that the breach of contractual expectations does not violate the FET provision, Claimants disagree. Investment case law has consistently recognised that contracts with a host State can give rise to legitimate expectations".¹⁵¹

Además añade que en cuanto a la participación de la Contraloría Colombiana encontró que las acciones de Prodeco cumplieron con todos los elementos de la responsabilidad fiscal:

"Respondent submits that the Fiscal Liability Proceeding was an ordinary legal and regulatory enforcement measure, which did not breach Claimants' legitimate expectations. Proceedings of fiscal liability are common within the Colombian legal framework and in other frameworks across Latin America. Claimants have submitted no evidence that they had expectations that they would not be subject to a review by the Contraloría."¹⁵²

Por otra parte, los inversores argumentan que Colombia retiró unilateralmente los compromisos y garantías que había dado a los Demandantes para incentivar una inversión en la Mina lo que sí contraviene sus expectativas:

"First, Claimants argue that Colombia unilaterally withdrew the undertakings and assurances it had given Claimants to incentivize an investment in the Mine. This is nothing more than a repackaging of Claimants' arguments on legitimate expectations. As the Fiscal Liability Proceeding did not breach any such legitimate expectations, they were not unreasonable."¹⁵³

Con todos los argumentos señalados el tribunal arbitral procede a evaluar si efectivamente el Estado colombiano vulnera las legítimas expectativas del inversor. Para ello indica que un Estado puede crear expectativas legítimas frente a un inversionista extranjero en dos diferentes contextos: cuando el Estado hace manifestaciones, da garantías, o compromisos directamente con el inversionista:

"A State can create legitimate expectations vis-à-vis a foreign investor in two different contexts. In the first context, the State makes representations, assurances, or commitments directly to the investor (or to a narrow class of investors or potential investors). But legal expectations can also be created in some cases by the State's general legislative and regulatory framework: an investor may make an investment in reasonable reliance upon the

¹⁵⁰ CIADI, *Glencore International A.G. y C.I. Prodeco S.A. v. Republica de Colombia* (2019, Caso No. ARB/16/6) §1155.

¹⁵¹ CIADI, *Glencore International A.G. y C.I. Prodeco S.A. v. República de Colombia* (2019, Caso No. ARB/16/6) §1162.

¹⁵² CIADI, *Glencore International A.G. y C.I. Prodeco S.A. v. República de Colombia* (2019, Caso No. ARB/16/6) §1220.

¹⁵³ CIADI, *Glencore International A.G. y C.I. Prodeco S.A. v. República de Colombia* (2019, Caso No. ARB/16/6) §1245.

stability of that framework, so that in certain circumstances a reform of the framework may breach the investor's legitimate expectations."¹⁵⁴

Luego el tribunal indicó que en el presente caso, estamos ante el primer tipo de expectativas legítimas no está en juego, ya que cuando Colombia accedió a firmar el Contrato Minero, creó la legítima expectativa de que la República no repudió las obligaciones asumidas en él.

"In the present case, this second type of legitimate expectations is not at issue, as Claimants do not allege that the general Colombian legal framework gave rise to legitimate expectations. Claimants' case is much more specific: when Colombia agreed to sign the Mining Contract, it is said to have created the legitimate expectation that the Republic would not repudiate the obligations assumed therein. These legitimate expectations were violated by an administrative act, the Contraloría's Decision, for which Colombia should assume international responsibility."¹⁵⁵

Finalmente el tribunal desestimó la objeción sobre la ilegalidad de Colombia, confirmando la objeción de la cláusula paraguas del Estado receptor, declarando primero que el CIADI si tiene jurisdicción y el tribunal si es competente para resolver. Luego declara que la conducta de la Contraloría en el cálculo del daño presuntamente sufrido por la República de Colombia como consecuencia de la ejecución de la octava Enmienda constituye una medida irrazonable que perjudicó la inversión de los inversores en Colombia en violación del Tratado y una violación del trato justo y equitativo:

"Dismisses Respondent's Illegality Objection, Fork in the Road Objection, and Inadmissibility Objection, upholds Respondent's Umbrella Clause Objection, and declares that the Centre has jurisdiction and the Tribunal is competent to adjudicate claims grounded on breach of Arts. 4(1) and 4(2) of the Treaty. Declares that that the Contraloría's conduct in calculating the damage allegedly suffered by the Republic of Colombia as a result of the execution of the Eighth Amendment constitutes (i) an unreasonable measure which has impaired Claimants' investment in Colombia in breach of Art. 4(1) of the Treaty and (ii) a breach of fair and equitable treatment, in violation of Art. 4(2) of the Treaty."¹⁵⁶

b) El siguiente laudo que se refiere a esta materia está situado en un contexto en particular; las energías renovables, donde el inversor entabla la demanda en contra del Estado de España alegando que ésta violó el tratado celebrado entre ambas partes concluyendo en la frustración de las legítimas expectativas de los inversores.

A modo de resumen, este caso se refiere a una disputa presentada ante el CIADI sobre la base del Tratado sobre la Carta de la Energía ("TCE") y el convenio CIADI. Los demandantes son el Fondo de infraestructura de cubo SICAV, Energía Cubo S.C.A., y Cube Infrastructure Managers S.A. (denominados colectivamente como "Cube"), que son empresas constituidas bajo las leyes del Gran Ducado de Luxemburgo y Demeter Partners S.A., que son sociedades

¹⁵⁴ CIADI, *Glencore International A.G. y C.I. Prodeco S.A. v. Republica de Colombia* (2019, Caso No. ARB/16/6) §1368

¹⁵⁵ CIADI, *Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. v. – Republica de Colombia* (2019, Caso No. ARB/16/6) §1369

¹⁵⁶ CIADI, *Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. v. – Republica de Colombia* (2019, Caso No. ARB/16/6) §1687

constituidas conforme a las leyes de la República Francesa. Los demandados son el Reino de España. Como antecedentes, la controversia surge respecto de las medidas implementadas por España las cuales se modificaron trayendo consigo un perjuicio para el inversor y otros productores. El cambio fue respecto al marco regulatorio y económico aplicable a los proyectos de energías renovables y, en particular, a la generación de energía eléctrica a través de celdas solares fotovoltaicas (“FV”). La parte demandante es 9REN Holding S.À.R.L. Esta es una compañía de energías renovables con sede en Luxemburgo.

Los demandantes piden al tribunal una indemnización conforme al TCE en virtud de su inversión en instalaciones FV en España; inversiones respecto a las cuales España aseguro una garantía en las Tarifas Reguladas (“FIT”) y beneficios relacionados e irrevocables por parte de España durante la vida útil de las instalaciones. 9REN Holding manifiesta que dicha promesa dio origen a expectativas razonables y legítimas (y a otras obligaciones vulneradas del TCE). Los demandantes alegan también que el Reino de España contravino además el “trato justo y equitativo” del TCE, lo que lo lleva a invocar la cláusula de “perjuicio” del TCE, la cláusula “paraguas” y la prohibición en contra de expropiación ilegal.

Para empezar; España sostiene que el tribunal no tiene la jurisdicción necesaria para conocer del pleito, ya que el conflicto descansa sobre materia de impuestos y responsabilidad. Ante esto el tribunal de forma unánime coincide en que si existe jurisdicción para conocer:

“The Tribunal decides unanimously that the Respondent’s jurisdictional objection on questions concerning taxation measures jurisdictional objections are dismissed.”¹⁵⁷

Luego añade que el Reino de España incumplió el derecho de las Demandantes, decidiendo por mayoría que la Demandada violó el derecho de las Demandantes en virtud del Artículo 10 del TCE a un tratamiento con respecto a sus inversiones en centrales hidroeléctricas. Todos los demás se desestiman las reclamaciones con respecto a las centrales hidroeléctricas.

“The Tribunal decides by a majority that the Respondent breached the Claimants’ right under Article 10 ECT to fair and equitable treatment in respect of their investments in hydro plants. All other claims in respect of the hydro plants are dismissed.”¹⁵⁸

Respecto a la decisión del tribunal en cuanto al recuento de daños e intereses, expone que los demandantes tienen derecho al pago de 2,89 millones de euros en concepto de perjuicios causados a las inversiones fotovoltaicas. Luego también decide que los demandantes tienen derecho por el concepto de daños por las pérdidas causadas a las inversiones de la hidroeléctrica una indemnización. Sujeto a este análisis el Tribunal ordena a expertos en la materia presentar un informe sobre el cálculo de las pérdidas reducidas con respecto a las inversiones hidroeléctricas sobre la base de los supuestos y la metodología utilizada en el Informe Brattle que están en el registro, excepto que el 40% se aplicará el descuento decidido por el Tribunal.

“Subject to our above analysis, in order to implement the decision in the previous paragraph, the Tribunal directs Brattle and Econ One, as the experts for the two Parties, to submit a joint report computing the reduced losses in respect of the hydro investments on the basis of the

¹⁵⁷ CIADI, *Cube Infrastructure Fund Sicav et alv. Reino de España* (2019, Caso No. ARB/15/20) §543

¹⁵⁸ CIADI, *Cube Infrastructure Fund Sicav et al v. Reino de España* (2019, Caso No. ARB/15/20) §545

assumptions and methodology used in the Brattle Reports that are on the record, except that the 40% discount decided upon by the Tribunal is to be applied. Both experts may comment upon the method of making this new computation, but no further submissions are to be made in relation to the assumptions and methodology adopted in the reports and submissions that are already on the record before the Tribunal. If the two experts are unable to agree upon the computation, they are each to append to the joint report a concise note identifying precisely the points on which they disagree and the reasons for the 3 disagreement, and indicating the mathematical impact of the disagreement upon the sums computed.”¹⁵⁹

Finalmente, el tribunal decide que los daños se evalúan en 2.89 millones de euros.

“The Tribunal decides unanimously that the Claimants are entitled by way of damages €2.89 million in respect of losses caused to the PV investments. Interest shall be payable on the sum awarded computed at the six-month EURIBOR rate compounded semiannually, from 20 June 2014 up to the date of payment.”¹⁶⁰

c) En relación con el caso anterior encontramos el caso de Nations Energy Corporation contra el Estado de Panamá, laudo sobre la materia de Energía en cuanto al suministro de electricidad, gas, vapor y aire acondicionado.

A modo de resumir los hechos; Nations Energy Corporation es una compañía estadounidense creada y domiciliada en el Estado de Arizona. Esta compañía es propiedad en su totalidad por Unisource Energy Corporation la cual es una corporación estadounidense que cotiza en la Bolsa de Valores de los Estados Unidos. Unisource es una sociedad de cartera de inversiones constituida de conformidad con las leyes de Arizona y cuyas subsidiarias se dedican principalmente al negocio del suministro de electricidad y gas natural al estado de Arizona. Esta disputa surge en relación con las acciones que poseen los Demandantes en una empresa panameña llamada Corporación Panameña de Energía S.A. ("COPESA"), en Panamá. Los Demandantes alegan que el gobierno de Panamá, a través de cartas y otras comunicaciones de la Dirección General de Ingresos y el Ministerio de Economía y Finanzas, negó a los demandantes la transferibilidad de ciertos créditos fiscales a los que alegan tener derecho en razón de su inversión en COPESA, conforme a las leyes panameñas aplicables. Los Demandantes alegan que las acciones de la República constituyeron una violación de la legislación panameña y del TBI.

El demandante alega incumplimiento del TBI y en consecuencia expropiación indirecta, por lo que pide al tribunal determinar la cantidad total de daños causados por la conducta inapropiada de la República, que se le ordene a la República que pague intereses acumulados y determinar que todos los costos y gastos del procedimiento corren a cargo de la República:

“their Reply, Claimants request the Arbitral Tribunal to: (a) determine the full amount of damages caused by the Republic's improper conduct; (b) order the Republic to pay interest on all amounts granted, at the rate determined by the Arbitral Tribunal, and accrued as from the date of the loss and until all amounts are fully paid; and (c) determine that all costs and

¹⁵⁹ CIADI, *Cube Infrastructure Fund Sicav et al v. Reino de España* (2019, Caso No. ARB/15/20) §532

¹⁶⁰ CIADI, *Cube Infrastructure Fund Sicav et al v. Reino de España* (2019, Caso No. ARB/15/20) §546

expenses of the proceeding be borne by the Republic, including arbitrators and experts fees and expenses, as well as any expenses incurred by the parties, including attorneys' fees.”¹⁶¹

Por otra parte, los alegatos del Estado consisten principalmente en solicitar al tribunal que desestime todas las reclamaciones presentadas por los Demandantes, que declare que incluso si el Tribunal acepta la jurisdicción, las reclamaciones de los Demandantes son indigno y sin mérito, que los Demandantes no cumplieron deliberadamente con las órdenes de producción de documentos y distorsionó engañosamente el contenido de innumerables documentos, por lo tanto abusar del proceso en violación del principio rector de buena fe y por último sentenciar a los Demandantes a pagar un monto por daños que será determinado por el Tribunal como compensación por el tiempo dedicado por los empleados del gobierno de Panamá, y otros costos incurridos por la República en su defensa contra el frívolo demandante y reclamos infundados:

“Respondent requests the Arbitral Tribunal to: (a) dismiss all claims submitted by Claimants and deny all remedies pursued by the latter; (b) declare that Claimants failed to show that the Tribunal has jurisdiction to hear their claims; (c) declare that, even if the Tribunal accepts jurisdiction, Claimants' claims are unworthy and without merit; (d) declare that, even if the Tribunal found Claimants' claims to be worthy, they failed to prove that they sustained any damages worthy of compensation and attributable to the Republic; (e) declare that Claimants deliberately failed to comply with orders for the production of documents and deceitfully distorted the contents of countless documents, thus abusing the process in violation of the guiding principle of good faith; (f) sentence Claimants to pay an amount for damages to be determined by the Tribunal as compensation for the time spent by Panama government employees, and other costs incurred by the Republic in its defense against the Claimant's frivolous and groundless claims;(g) sentence Claimants to bear all costs of the proceeding, as well as Respondent's fees and Arbitral Tribunal fees and expenses in full; and (h) grant any other legal remedy available as deemed fair and appropriate by the Tribunal.”¹⁶²

Con respecto a las cuestiones tributarias del TBI celebrado entre ambas partes, los Demandantes alegan que los derechos de los Demandantes a los créditos fiscales se basan en leyes tributarias panameñas, la interferencia de Panamá con los derechos de los Demandantes excede la mera materia tributaria y, en consecuencia, las disposiciones del TBI. Los demandantes afirman que la expropiación ocurrió indirectamente como resultado de la acciones regulatorias y administrativas que privaron a las Demandantes de los créditos fiscales otorgados bajo la Ley 28 y el valor asociado de sus inversiones en COPESA, y/o los beneficios que razonablemente cabría esperar de ellos.

“Claimants affirm that the expropriation occurred indirectly as a result of Panama's regulatory and administrative actions that deprived Claimants of the tax credits granted under Law 28 and the associated value of their investments in COPESA, and/or the benefits that could reasonably be expected from them.”¹⁶³

Como contrapartida el Estado de Panamá se refiere a los impuestos del país alegando que los inversores nunca han solicitado debidamente el reconocimiento de sus supuestos créditos

¹⁶¹ CIADI, *Nations Energy Corporation v. Panamá* (2010, Caso No. ARB/06/19) §370

¹⁶² CIADI, *Nations Energy Corporation v. Panamá* (2010, Caso No. ARB/06/19) § 371

¹⁶³ CIADI, *Nations Energy Corporation v. Panamá* (2010, Caso No. ARB/06/19) § 217

fiscales, y por lo tanto, no puede quejarse de su no reconocimiento y que no ha sido arbitrario el comportamiento por parte del Estado:

“Respondent argues that it has not breached Panamanian tax regulations, since: (a) Claimants have never filed a formal request for recognition of their alleged tax credits, (b) the GDR's opinions did not grant any rights to Claimants, (c) Vice Minister Mirones never infringed Claimants' rights, (d) Claimants had no right to tax credits, (e) the law prohibited the admission of the bond issue planned by COPESA, and (f) the alleged tax credits could not be transferred through the sale of COPESA stock.”¹⁶⁴

Finalmente, el tribunal arbitral se refiere a las legítimas expectativas, indicando que la opinión hace referencia a la hipótesis de una emisión de bonos por parte de Banco Disa y la posibilidad de que dicho banco, o los contribuyentes que adquirieron los bonos emitidos por el banco, tendrá derecho a los créditos fiscales. Por lo tanto, en base a dicha opinión, los Demandantes no podrían haber formado ninguna expectativa legítima de que COPESA podría emitir bonos llevando dichos créditos.

“In the first place, it should be established that the opinion does not make any specific reference to the Claimants, or to their indirect investments. The opinion makes reference to the hypothesis of an issuance of bonds by Banco Disa and to the possibility that such bank, or the taxpayers who acquired the bonds issued by the bank, will be entitled to the tax credits. Therefore, based on such opinion Claimants could not have formed any legitimate expectations that COPESA could issue bonds carrying said credits. Let alone could Claimants have formed the legitimate expectation that they would have the possibility of transferring their tax credits to potential buyers of shares of stock.”¹⁶⁵

Luego el Tribunal Arbitral concluyó que las Demandantes no pudieron haber tenido expectativas legítimas, con respecto a la posibilidad de transferir créditos fiscales a terceros en el marco de una emisión de bonos, o una venta de acciones, por COPESA.

“Therefore, since the factual premises on which the inquiry was founded were erroneous, the Arbitral Tribunal concludes that Claimants could not have had any legitimate expectations from the document, with regard to the possibility of transferring tax credits to third parties in the framework of an issuance of bonds, or a sale of shares, by COPESA.”¹⁶⁶

Por último, respecto a la expropiación, el Tribunal Arbitral llega a la conclusión que los créditos fiscales de los Demandantes no se podían transferir a terceros mediante las proyectadas emisiones de bonos o venta de acciones. Por tanto, la tesis de los Demandantes, según la cual el rechazo de la Demandada en reconocer dicha transmisibilidad equivale a una expropiación, es infundada en cuanto a los hechos.

“As previously stated, the Arbitral Tribunal has come to the conclusion that Claimants' tax credits could not be transferred to third parties by way of the planned issuance of bonds or

¹⁶⁴ CIADI, *Nations Energy Corporation v. Panamá* (2010, Caso No. ARB/06/19) § 279

¹⁶⁵ CIADI, *Nations Energy Corporation v. Panamá* (2010, Caso No. ARB/06/19) § 532

¹⁶⁶ CIADI, *Nations Energy Corporation v. Panamá* (2010, Caso No. ARB/06/19) § 536

sale of shares of stock. Therefore, Claimants theory that Respondent refusing to recognize such transferability is tantamount to an expropriation, is factually unfounded.”¹⁶⁷

Finalmente concluye que las Demandantes no pudieron probar la existencia de una expropiación indirecta y, por lo tanto, las reclamaciones deben ser desestimadas por completo, condenando a los Demandantes al pago conjunto y solidario del monto de US \$ 4,587,219.17 a la República de Panamá para costos de arbitraje y defensa gastos.

“Whatever the case, even if Claimants had complied with the information requirement under Law 6, it would not mean that GDR would have allowed them to transfer their tax credits to a third party, as was their intention. In this respect, the Arbitral Tribunal has already concluded that there was no possibility to carry out such transfer.”¹⁶⁸

“Therefore, the Arbitral Tribunal concludes that Claimants failed to prove the existence of an indirect expropriation, and hence the claims must be fully dismissed.”¹⁶⁹

d) En el caso de Rumania contra Spyridon Roussalis del año 2011, que versa sobre la materia de servicios de comida. Tomamos en consideración este laudo ya que, para resolver, el tribunal se refirió a diversos casos que comentaban cuales serían los principios o actitudes que un Estado debe sostener durante la vigencia del contrato con el inversor, para entender que no se han vulnerado las legítimas expectativas de este último.

A modo de sinopsis; Spyridon Roussalis, de nacionalidad griega, celebró en 1998 un contrato de compra de acciones con Rumania para la Recuperación de Activos del Estado con el fin de adquirir una participación mayoritaria en un almacenamiento de propiedad estatal. El Sr. Roussalis también acordó hacer una inversión de 1,4 millones de dólares después de la compra de la empresa con sus propios fondos durante un período de dos años. Como garantía para la inversión, a través de su empresa Continent SRL, registró una prenda de 372.523 acciones en la nueva empresa adquirida a favor de AVAS, un organismo gubernamental creado para gestionar la privatización de las empresas estatales. Después de un período de dos años, Rumania inició un proceso ante los tribunales por supuestos incumplimientos por parte de Roussalis con el fin de ejecutar el contrato de prenda de acciones. Por ello Roussalis alega violación del BIT específicamente: violación al trato justo y equitativo, la protección plena y la seguridad debido a las medidas injustificables y discriminatorias prohibidas por el tratado. También alega expropiación en virtud del párrafo 1 del artículo 4 del TBI y, a través de la disposición sobre el trato NMF del TBI en el artículo 10, violación de las obligaciones internacionales de Rumania., con base a la negativa de AVAS de resolver la disputa amistosamente, el intento de AVAS de ejecutar el acuerdo de promesa de acciones en los tribunales rumanos, y un la decisión de llevar el litigio a un tribunal inferior.

En definitiva, las peticiones del inversor son que el tribunal ordene el cese de los dos Procedimientos judiciales rumanos para hacer cumplir la prenda de acciones y anular el aumento de capital social. Además, solicita 25 millones de dólares en daños morales por la violación de su Tratado.

¹⁶⁷ CIADI, *Nations Energy Corporation v. Panamá* (2010, Caso No. ARB/06/19) § 672

¹⁶⁸ CIADI, *Nations Energy Corporation v. Panamá* (2010, Caso No. ARB/06/19) § 692

¹⁶⁹ CIADI, *Nations Energy Corporation v. Panamá* (2010, Caso No. ARB/06/19) § 693

El demandado alega que el reclamante controla directamente a la empresa SRL, como su único accionista y director. Al hacer valer sus derechos como inversor de estas empresas, el demandante admite implícitamente que es el alter ego.

“Claimant controls Continent SRL directly, as its sole shareholder and director, and Continent SA indirectly, through Continent SRL’s majority shareholding interest in Continent SA. The claims made by Roussalis, who purportedly seeks compensation for damages sustained by these two corporations, thus stem from his controlling shareholding interest in both companies. By asserting claims as investor for these companies, Claimant implicitly admits that he is the alter ego of Continent SRL and Continent SA.”¹⁷⁰

A este respecto, el demandado impugna los argumentos del demandante de que él mismo no era parte al Acuerdo de Privatización y, por lo tanto, no puede ser considerado responsable por el incumplimiento de ese acuerdo por parte de SRL. Alega que Roussalis también abusó de la forma corporativa, y utilizó más de 5 millones de dólares de los activos de la compañía como sus propios bienes personales. Por consiguiente, esas compañías son su alter ego. A este respecto, el demandado impugna los argumentos del demandante de que él mismo no era parte del Acuerdo de Privatización y, por lo tanto, no puede ser considerado responsable por el incumplimiento de ese acuerdo por parte de SRL. La Demandada señala que el demandante firmó el acuerdo de Privatización en nombre de una empresa llamada Continente SRL donde también poseía 92% de las acciones y es el beneficiario final de la transacción de privatización.

“In this regard, Respondent contests Claimant’s arguments that he was not himself a party to the Privatization Agreement and therefore cannot be held accountable for the breach of that agreement by Continent SRL. Indeed, Claimant’s complete control over the day-to-day operations of Continent SA and Continent SRL warrant treating Claimant and his two companies as one and the same for the purposes of Respondent’s counterclaims. Respondent points out that Claimant is the sole shareholder and director of Continent SRL, the majority shareholder (96.52 percent) of Continent SA. He signed the Privatization Agreement on behalf of Continent SRL and is the ultimate beneficiary of the privatization transaction. He is also the sole authorized signatory for the companies. Roussalis also abused the corporate form, and used more than USD 5 million of the company’s assets as his own personal assets. Accordingly, those companies are his alter ego.”¹⁷¹

Sobre las legítimas expectativas, el tribunal considera que el estándar de trato justo y equitativo va acompañado *inter alia* con los siguientes principios; el Estado debe actuar de una manera transparente; El Estado está obligado a actuar de buena fe; la conducta del Estado no puede ser arbitraria, injusta, idiosincrásico, discriminatorio y con falta de debido proceso; El Estado debe respetar la propiedad y el debido proceso. Bajo estos principios la denegación de justicia sería una violación del trato justo y equitativo. Sin embargo, una "decisión errada" de un tribunal no lo sería.

“The Tribunal considers that the Fair and Equitable Treatment standard encompasses *inter alia* the following concrete principles (*Rumeli and Telsim v. Republic of Kazakhstan*, ICSID

¹⁷⁰ CIADI, *Spyridon Roussalis v. Rumania* (2011, Caso No. ARB/06/1) § 748

¹⁷¹ CIADI, *Spyridon Roussalis v. Rumania* (2011, Caso No. ARB/06/1) § 750

Case No. ARB/05/16, ¶605) : - “the State must act in a transparent manner; - the State is obliged to act in good faith; - the State’s conduct cannot be arbitrary, grossly unfair, unjust, idiosyncratic, discriminatory, or lacking in due process; - the State must respect procedural propriety and due process.”¹⁷²

En el mismo orden de ideas el tribunal comenta que para cumplir con el estándar de trato justo y equitativo el tribunal debe cumplir con las legítimas expectativas tal como se ve en el caso Tecmed, que ha sido un criterio adoptado por varios tribunales: "El Tribunal Arbitral considera que esta disposición del [TBI], a la luz del principio de la buena fe establecido por el derecho internacional, exige que las Partes Contratantes proporcionen a las inversiones internacionales un tratamiento que no afecte a las expectativas básicas que fueron tenidos en cuenta por el inversor extranjero para hacer la inversión. El extranjero espera que el Estado anfitrión actúe de manera coherente, sin ambigüedades y con total transparencia en sus relaciones con el inversor extranjero, para que pueda saber de antemano todas las normas y reglamentos que regirán sus inversiones, así como los objetivos de las políticas y prácticas o directivas administrativas pertinentes, para poder planear su inversión y cumplir con tales regulaciones".

“The case law also confirms that to comply with the FET standard, the State must respect the investor’s reasonable and legitimate expectations. This view, reflected in the Tecmed decision, has been adopted by a succession of tribunals: “The Arbitral Tribunal considers that this provision of the [BIT], in light of the good faith principle established by international law, requires the Contracting Parties to provide to international investments treatment that does not affect the basic expectations that were taken into account by the foreign investor to make the investment. The foreign investor expects the host State to act in a consistent manner, free from ambiguity and totally transparently in its relations with the foreign investor, so that it may know beforehand any and all rules and regulations that will govern its investments, as well as the goals of the relevant policies and administrative practices or directives, to be able to plan its investment and comply with such regulations.”

Además, como puede observarse, el alcance del principio y del estándar no está definido: "... Ofrece un punto de partida general para formular el argumento de que el inversor extranjero no ha sido bien tratada debido a que las medidas discriminatorias u otras medidas injustas son tomadas en contra de sus intereses. Por lo tanto, es un concepto que depende de la interpretación de hechos específicos por su contenido. Por lo tanto, el alcance de la norma se deja a la determinación del tribunal "que tendrá que decidir sobre todas las circunstancias si la conducta en cuestión es justa y equitativa o injusta y poco equitativa"¹⁷³.

Por último, el tribunal arbitral decide que los reclamos de la Demandante son infundados y, por lo tanto, se desestiman; (c) Que la Demandante deberá pagar a la Demandada USD 217,290 en concepto de reembolso del 60% de la porción gastada del anticipo de la Demandada sobre los costos del arbitraje y EUR 6.053.443,78 que representan el 60% de los honorarios legales de la Demandada y gastos.

¹⁷² CIADI, *Spyridon Roussalis v. Rumania* (2011, Caso No. ARB/06/1) § 314

¹⁷³ CIADI, *Spyridon Roussalis v. Rumania* (2011, Caso No. ARB/06/1) § 318

e) Finalmente, en el litigio Mr. Ioannis Kardassopoulos y Mr. Ron Fuchs contra la República de Georgia del año 2010 versó sobre la materia de transporte y almacenamiento.

A modo de síntesis; Ioannis Kardassopoulos es un ciudadano griego y Ron Fuchs es un ciudadano israelí, ambos dueños de Tramex Internacional Ltd en partes iguales. Los demandantes estaban invirtiendo en el desarrollo de un oleoducto para el transporte de petróleo de los campos petroleros azeríes en el Mar Caspio a través de Georgia hasta el Mar Negro, conocido como la "Ruta del Oeste" un importante proyecto para Georgia que estaba en sus primeros años como estado soberano separado de la Unión Soviética. Esta inversión se hizo a través de un Joint Venture (JVA) en 1992 entre Tramex y SakNavtobi, una empresa del Estado. Luego En 1993, se firma un segundo acuerdo, cuando Transneft, la entidad que poseía los derechos sobre el petróleo, ejecutó una Concesión garantizando al proyecto 30 años de concesión de las tuberías de Georgia. En 1995 el Ministro informó que el proyecto (JVA) no se encontraba registrado de forma apropiada bajo las leyes de Georgia, por lo que la concesión era ilegal. Paralelamente el Gobierno cerró un acuerdo con Azerbaijan International Oil Company ("AIOC"), un consorcio de compañías multinacionales de petróleo donde se le intenta dar a esta empresa los derechos exclusivos sobre el petróleo crudo y el sistema de tuberías de Georgia. Luego en 1996 el Estado crea una empresa del Estado llamada Georgian International Oil Corporation ("GIOC"), para luego ese mismo año el Ministro anunció mediante decreto la cancelación de los derechos establecidos en el JVA.

Los demandantes entran en un acuerdo para la construcción y operación de las tuberías con GIOC, el acuerdo se llamó el GTI's rights and handed them to GIOC. GIOC subsequently entered into a thirty year Pipeline Construction and Operation Agreement ("PCOA"), donde GIOC le garantiza los derechos únicos y exclusivos de construir y operar el inicio de las tuberías. En agosto del mismo año el Presidente del país ordenó el inicio de la compensación a Tramex, dicha compensación no se resolvió y en el 2004 llegó un nuevo presidente a Georgia. El nuevo gobierno estableció una comisión para resolver el asunto de la compensación, en el cual decidieron que no existía fundamento legal para pagarle una compensación a Tramex. El Sr. Kardassopoulos alegó que Georgia ha expropiado y ha violado el principio de trato justo y equitativo según el Energy Charter Treaty (ECT), mientras que el Sr. Fuchs alega violación del trato justo y equitativo por parte de Georgia con base al BIT entre Georgia e Israel.

Dentro de las peticiones del inversor solicita al tribunal declarar que Georgia expropió ilegalmente el 25% de la inversión del Kardassopoulos puestos en el proyecto y el 50% de interés en el préstamo de Tramex a GTI, que Georgia trató injustamente las inversiones de los Demandantes, violando el art 10.1 del ETC del BIT entre Georgia y Grecia y el artículo 2 del BIT entre Georgia e Israel, además de solicitar una indemnización por daños y perjuicios al Sr. Kardassopoulos por la violación por parte de Georgia del artículo 13 del ECT, basado en la norma de reparación total requerida por la costumbre derecho internacional y, en todo caso, no menos del valor justo de mercado de sus inversiones en la fecha de valoración (incluida su participación en el préstamo de Tramex al proyecto GTI), entre otros.

"In these arbitrations the Claimants seek both declaratory relief and damages for the alleged violations by the Respondent of the terms of the Georgia / Greece BIT, the Georgia / Israel

BIT and the ECT. In particular, the Claimants seek the following relief from this Tribunal: (a) a declaration that Georgia unlawfully expropriated Mr. Kardassopoulos' 25% interest in GTI and his 50% interest in Tramex's loan to GTI, contrary to Article 13(1) of the ECT; (b) a declaration that Georgia treated the Claimants' investments unfairly, contrary to Article 10(1) of the ECT, Article 2(2) of the Georgia / Greece BIT and Article 2(2) of the Georgia / Israel BIT; (c) an award of damages to Mr. Kardassopoulos for Georgia's violation of Article 13(1) of the ECT, based on the full reparation standard required by customary international law and, in any event, no less than the fair market value of his investments on the Valuation Date (including his interest in Tramex's loan to GTI); (d) an award of damages to Mr. Fuchs for Georgia's violation of Article 2(2) of the Georgia / Israel BIT equal to the amount wrongfully denied to Mr. Fuchs in the compensation process (equivalent to (c) above); (e) an award of damages to each Claimant for Georgia's violation of Article 10(1) of the ECT, Article 2(2) of the Georgia / Greece BIT and Article 2(2) of the Georgia / Israel BIT in the amount of \$137,901, being each Claimant's 50% share of Tramex's expenses incurred between 1997 and 2003 while participating in the Georgian compensation process⁵ (f) pre-award interest, as well as post-award interest until the date of payment, on the damages so awarded; and ; (g) an Order that Georgia pay the costs of these proceedings, including the costs of the Claimants' legal representation, experts' fees and related disbursements, as well as the Claimants' share of all arbitration costs already"¹⁷⁴

Por el contrario, el demandado alega que las reclamaciones de los demandantes no son oportunas, y que sería injusto permitir que estas reclamaciones se escuchen tanto tiempo después del período en que los eventos ocurrieron. En la medida en que no se prescriban las reclamaciones de los demandantes, el demandado afirma que no es responsable ante los reclamantes en virtud de ninguna disposición del tratado porque los derechos contenidos en el JVA sobre el proyecto GTI son ilegales e inaplicables, y porque los demandantes no podrían haber tenido ningún derecho a legítimas expectativas de cualquier compensación porque los derechos simplemente no pueden ser valorados.

“The Respondent submits that the Claimants' claims are not timely, and that it would be inequitable to allow these claims to be heard so long after the period in which the relevant events occurred. To the extent the Claimants' claims are not prescribed, the Respondent submits that it is not liable to the Claimants under any treaty provision and, in any event, that the Claimants are not entitled to compensation either because GTI's rights are invalid and unenforceable, or because the Claimants could not have had any legitimate expectation to any compensation, or because the rights simply may not be valued.”¹⁷⁵

Sobre la expropiación, el tribunal hizo importantes consideraciones con respecto al debido proceso. El tribunal analiza en primer lugar el concepto de debido proceso de la OECD: "En esencia, el contenido de la noción de debido proceso la hace similar a los requisitos del "Estado de Derecho", una noción anglosajona, o del "Rechtsstaat", tal como se entiende en el derecho continental. Utilizado en un acuerdo internacional, el contenido de esta noción no se agota con una referencia a la ley nacional de las partes interesadas. Las "garantías procesales" de cada una de ellas deben corresponder a los principios del derecho internacional".

¹⁷⁴ CIADI, *Kardassopoulos / Fuchs v. Georgia*, (2011, Caso No. ARB/05/18) § 66

¹⁷⁵ CIADI, *Kardassopoulos / Fuchs v. Georgia* (2011, Caso No. ARB/05/18) § 210

De igual forma, analiza el criterio utilizado en el caso ante el CIADI en *ADC v. Hungría*: "El Tribunal está de acuerdo con los Demandantes en que las "debidas garantías procesales", en el contexto de expropiación, exige un procedimiento jurídico real y sustantivo para un inversor extranjero para presentar sus reclamaciones contra las acciones de privación ya tomadas o a punto de ser tomado en contra. Algunos mecanismos jurídicos básicos, como el aviso previo, una audiencia justa y un juez imparcial para evaluar las acciones en disputa, se espera que estén fácilmente disponibles y accesibles al inversionista para hacer que ese procedimiento legal tenga sentido. En general, el procedimiento debe ser de una naturaleza que permita a un inversor afectado una oportunidad razonable dentro de un plazo razonable para reclamar sus derechos legítimos y hacer que sus reclamaciones sean escuchadas. Si no existe ningún procedimiento legal de esa naturaleza, el argumento de que "las medidas se adoptan con arreglo a las debidas garantías procesales" suena vacío. Y eso es exactamente lo que el Tribunal dictamina en el presente caso.

“This brings us to the third criterion concerning due process. The Tribunal observes, as a starting point, that both Parties rely upon the definition of due process contained in the OECD’s Draft Convention on the Protection of Foreign Property, which provides as follows: “In essence, the contents of the notion of due process of law make it akin to the requirements of the “Rule of Law”, an Anglo-Saxon notion, or of “Rechtsstaat”, as understood in continental law. Used in an international agreement, the content of this notion is not exhausted by a reference to the national law of the parties concerned. The “due process of law” of each of them must correspond to the principles of international law.”¹⁷⁶

El tribunal concuerda con este razonamiento, y considera que el mecanismo legal "debe ser de una naturaleza para conceder a un inversionista afectado una oportunidad razonable dentro de un tiempo razonable para reivindicar sus derechos legítimos y hacer que sus reclamaciones sean escuchadas", esto tiene que estar presente dentro del debido proceso. En el presente caso el demandado ha fallado en brindar un debido proceso tanto antes como después de la toma. En consecuencia, el Tribunal determina que la expropiación a la inversión del Sr. Kardassopoulos se llevó a cabo en violación del artículo 13(1) de ECT, además de no haber cumplido con una compensación "pronta, adecuada y efectiva" tal como lo requiere el tratado.

“The Tribunal agrees with the reasoning of the ADC tribunal and, in particular, with the proposition that whatever the legal mechanism or procedure put in to place, it “must be of a nature to grant an affected investor a reasonable chance within a reasonable time to claim its legitimate rights and have its claims heard” if it is to be found to have been carried out under due process of law. As in ADC, the Respondent in the present case failed to ensure that there was a procedure or mechanism in place, either before the taking or thereafter, which allowed Mr. Kardassopoulos, within a reasonable period of time, to have his claims heard.”¹⁷⁷

Finalmente el tribunal desestima la objeción de la Demandada a las pretensiones de las Demandantes sobre causales de prescripción equitativa y resuelve que el Estado de Georgia ha expropiado ilegalmente la inversión del Sr. Kardassopoulos y no le pagó la compensación debida por la toma de su inversión, en incumplimiento del Artículo 13 del TCE.

¹⁷⁶ CIADI, *Kardassopoulos / Fuchs v. Georgia* (2011, Caso No. ARB/05/18) § 394

¹⁷⁷ CIADI, *Kardassopoulos / Fuchs v. Georgia* (2011, Caso No. ARB/05/18) § 396

3.2. Nuestra posición sobre el tema

En definitiva, comprendemos, en base a lo expuesto anteriormente, que a grandes rasgos los tribunales arbitrales se refieren a la legitimidad de expectativas que puede desarrollar el inversor para con el Estado receptor de la misma, basándose principalmente en si se cumplió o no con lo propuesto por el Estado al inversor. No consideramos que el anticipo de los montos de la RV sea una medida irracional del Estado. Sin embargo, sí consideramos que se perjudicó numéricamente la inversión de las compañías aseguradoras inversionistas en el país, ya que la cantidad de dinero retirada por quienes eligieron esta modalidad para pensionarse era dinero de la aseguradora y no del pensionado.

Chile asumió un compromiso de condiciones regulatorias en materia de RV para los inversores que generaron legítimas expectativas de ganancias en ellos para mantener su negocio en condiciones de rentabilidad. Se puede alegar incluso que, de buena fe, los inversores esperaban que Chile honre el tratado celebrado entre ambas partes. Por consiguiente, estimamos que este criterio si fue consolidado por completo, por cuanto Chile no cumplió con las legítimas expectativas de las compañías aseguradoras inversoras del país. Sin embargo, no corresponde argumentar una expropiación indirecta solo habiéndose cumplido uno de los restantes requisitos, es por esto que en nuestra opinión no hubo expropiación.

CONCLUSIONES

1. El 18 de octubre del año 2019 ocurrió un brusco levantamiento social. Luego de algunos meses, en marzo de 2020 se diagnostica el primer caso positivo de Covid 19, iniciando así una recesión mundial tanto económica como sanitaria. Con la llegada de la pandemia se fueron tomando muchas medidas. Algunas no fueron tan drásticas como lo fue el uso de mascarilla o guantes al tocar cosas. Otras medidas, sin embargo, definitivamente crearon consecuencias nacionales e internacionales como el cumplimiento de límites de aforo en lugares cerrados y, en general, seguir las instrucciones dadas por la OMS para intentar reducir la cantidad de contagios.

Chile dio inicio al “Plan paso a paso” el cual consistía en dar a conocer cuál era la enumeración de aforos que se permitían según el alza de contagios y actividades que eran permitidas. Luego el gobierno instauró el pase de movilidad para quienes cumplieran con el esquema de vacunación. De esta forma, de cumplirlo, se otorgaban a los ciudadanos mayores libertades. Sin embargo, estas medidas solo cubrían el cuidado de salud y no así el impacto económico que sufrían los habitantes de la República por el cierre de negocios, cumplimiento de aforos, estados de excepción, etc. Entonces con el objetivo de salvaguardar monetariamente a los habitantes se permiten retiros de las AFP, dando acceso a los chilenos a un porcentaje de sus fondos privados de pensiones acumulados hasta la fecha. La ley 21.330 posibilitó un tercer retiro de fondos de pensiones en el país modificando lo dispuesto por la Constitución y además habilitó un anticipo de un monto en las RV. Finalmente, con la promulgación de la Ley 21.330 se generó el reclamo de las principales empresas aseguradoras inversionistas en el país las cuales han dado noticia respecto a su intención de acudir a arbitraje internacional.

2. ¿Podría existir una expropiación indirecta de la inversión extranjera en Chile en el ámbito asegurador causada por la Ley 21.330 que posibilitó a los asegurados el anticipo de las rentas vitalicias, de conformidad con los tratados internacionales en la materia? Para responder esta interrogante debemos analizar los criterios de la UNCTAD y de la OCDE para determinar la presencia de una expropiación indirecta. Estos son (i) la privación de la propiedad, (ii) la legitimidad de la medida estatal y (iii) la afectación a las legítimas expectativas de los inversores. Frente a esta problemática, tenemos dos posibles respuestas. Por un lado, efectivamente existirá una eventual expropiación indirecta de la inversión extranjera, siempre que se cumplan los requisitos convencionales y legales para su existencia. Por otro lado, una segunda hipótesis daría lugar a una respuesta negativa. Es decir, eventualmente no habría una expropiación indirecta, y su fundamento reside en el incumplimiento a los requisitos anteriormente nombrados.

3. Estimamos que los requisitos de expropiación no se cumplieron. Respecto al primer criterio: privación de la propiedad, esta regla supone que el inversionista se vería afectado por las decisiones del Estado receptor en el quehacer de su negocio y de su inversión, que podrían ver limitados por regulaciones gubernamentales a fin de satisfacer las necesidades que el país encuentre pertinentes. En concordancia con esto consideramos que este criterio no se cumple, ya que actualmente el negocio de las RV todavía sigue vigente. Si bien se alega una eventual expropiación indirecta, pero no es una privación total. Es decir; no hubo una

privación sustancial al derecho de propiedad de los inversionistas sobre sus activos en Chile y estas empresas siguen operando aún luego de la entrada en vigencia de la Ley 21.330.

4. Al mismo tiempo examinamos el segundo criterio; la legitimidad de la medida estatal. Para esto es importante recordar nuevamente el contexto que da inicio a la Ley 21.330. La motivación que dio origen a su promulgación tuvo como propósito resguardar a la población chilena monetariamente de las consecuencias obtenidas por la pandemia y por el levantamiento social. Es por esto que entendemos el estado de necesidad de los habitantes de la República que generó el actuar del Estado, de forma tal que estimamos legítima la medida tomada por el Estado de Chile.

5. Finalmente estudiamos el criterio de la afectación a las legítimas expectativas de los inversores. Como ya mencionamos anteriormente no consideramos que sea una medida irracional del Estado. Sin embargo, sí se puede argumentar que la medida perjudicó el esquema de negocios de la inversión de las compañías aseguradoras inversionistas en el país, al modificar el marco regulatorio e imponer condiciones no previstas inicialmente. El resultado de la aplicación de la Ley afectó las legítimas expectativas de ganancias en el país. Por lo tanto, consideramos que este criterio si se cumplió.

6. En base a todo lo expuesto podemos concluir entonces, que no se cumplen todos los requisitos propuestos de una expropiación indirecta, de forma tal que estimamos que no sería justificada la eventual demanda propuesta en tribunales internacionales por una supuesta expropiación a la inversión extranjera en el ámbito asegurador en Chile con ocasión de la ley 21.330 que permitió el anticipo de las RV.

BIBLIOGRAFÍA

Laudos arbitrales citados:

CIADI, *Fedax v. República de Venezuela* (1996) 9 de marzo 1998. Caso No. ARB/96/3, disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0316_0.pdf

CIADI, *Salini v. República de Marruecos* (2001) 31 de julio 2001, Caso No. ARB/00/4, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0738.pdf>

CIADI, *Kardassopoulos / Fuchs v. Georgia*, (2010) 3 de marzo 2010, Caso No. ARB/05/18, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0347.pdf>

INSTITUTO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE ESTOCOLMO, *RosInvestCo uk Ltd c. Federación Rusa* (2010) 12 de septiembre 2010, Caso No. ARB/079/2005, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0720.pdf>

CIADI, *Nations Energy Corporation, Electric Machinery Enterprises Inc. y Jamie Jurado c. República de Panamá*, (2010) 24 de noviembre 2010, Caso No. ARB/06/19, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0560.pdf>

CIADI, *Señor Tza Yap Shum contra la República del Perú* (2011) 7 de julio 2011, Caso No. ARB/07/6, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0881.pdf>

CIADI, *Spyridon Roussalis v. Rumania* (2011) 7 de diciembre 2011, Caso No. ARB/06/1, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0723.pdf>

CIADI, *Yukos Universal Limited (isle of man) - and - the Russian Federation* (2014) 18 de Julio 2014, Caso No. AA 227, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3279.pdf>

CIADI, *Quiborax y otros v. Estado Plurinacional de Bolivia* (2015) 18 de mayo 2018, Caso No. ARB/O6/2, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9677.pdf>

CIADI, *Pey Casado et at v. República de Chile* (2015) 13 de septiembre 2016, Caso No. ARB/06/2, disponible en: https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/ciadi/pey-1/13_09_2016-laudo-procedimiento-nueva-sumisi%C3%B3n.pdf?sfvrsn=d2be0733_2

CIADI, *Accession Mezzanine Capital L.P. and Danubius Kereskedőház Vagyonkezelő ZRT v. Hungría* (2015) 6 de diciembre 2016, Caso No. ARB/12/13, disponible en: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/parties_publications/C3765/Respondent%27s%20Rejoinder%20%28redacted%20per%20PO10%29/Pi%C3%A8ces%20juridiques/RL-0079.pdf

CIADI, *UP and C.D Holding Internationale v. Hungría* (2018) 9 de octubre 2018, Caso No. ARB/13/35, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10075.pdf>

CIADI, *Glencore International A.G. y C.I. Prodeco S.A.- v. - República de Colombia* (2019) 27 de agosto 2019, Caso No. ARB/16/6, disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10767_0.pdf

CIADI, *Cube Infrastructure Fund Sicav et alv. Reino de España* (2019) 26 de junio 2019, Caso No. ARB/15/20, disponible en: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10694.pdf>

CIADI, *Cavalum SGPS v. Reino de España* (2020) 31 de agosto 2020, Caso No. /15/34, disponible en: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C5206/DS16133_Sp.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Baruch Ivcher Bronstein contra Perú* (2001) 6 de febrero 2001, serie C n° 74, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku contra Ecuador* (2012) 27 de junio 2012, serie C n° 245, disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf

Libros, capítulos de libro y artículos citados:

CAMPOS, Nathaly (2013): *La determinación de la competencia ratione materiae de los tribunales arbitrales constituidos en el ámbito del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones: consideraciones en torno a la aplicación del test Salini* (Pontificia Universidad Católica del Perú) 82 pp.

CÉSPEDES, Carlos (2018): “El daño lícito reparable y su proyección en el sistema chileno: concepto y naturaleza”, *Revista Ius et Praxis* (n° 1) pp. 129 - 158.

DUSSEL, Enrique (2000): *La inversión extranjera en México* (Santiago, Editorial Naciones Unidas) 103 pp.

ESIS VILLARROEL, Ivette S, & DE ABREU, María Gabriela (2022): “La identificación de la expropiación indirecta: el análisis de los criterios de privación de la propiedad y del tiempo utilizados en la práctica arbitral reciente”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional* (volumen 15) pp. 1 - 39.

FERNÁNDEZ MASIÁ, ENRIQUE (2007): “Expropiación indirecta y arbitraje en inversiones extranjeras”, *Revista Internacional de Arbitraje* (n°7) pp. 11 - 65.

GALÁN, Diego (2006): “Los contratos de estabilidad jurídica: un estímulo a la inversión extranjera en Colombia”, *Estudios Gerenciales* (n° 22): pp.111-121.

GÓMEZ, Felipe (2002); “La conferencia internacional sobre la financiación para el desarrollo”, *Revista Española de Derecho Internacional* (n°2): pp. 1028 - 1034.

GUILOFF, Matías (2018): “La expropiación regulatoria: Una doctrina impertinente para controlar la imposición de límites al derecho de propiedad privada en la Constitución chilena”, *Revista Ius et Praxis* (n°2): pp. 621 - 648.

GRABOWSKI, Alex (2014): “The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defense of Salini”, *Chicago Journal of International Law* (volumen 15): pp. 289 – 308

HOLMES, Stephen y SUNSTEIN, Cass R (2011): *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos* (Buenos Aires, Siglo 21 Editores) 262 pp.

LETURIA, Francisco (2018): “Indeterminación normativa y criterios de interpretación en los paneles arbitrales del CIADI. un análisis de algunas de sus deficiencias procedimentales basado en la exigencia de “contribución al desarrollo del estado receptor” como requisito para acceder a su jurisdicción”, *Pontificia Universidad Javeriana* (n°136): pp 1 - 18.

LÓPEZ ESCARCENA, Sebastián (2020): “Más allá del efecto y de la intención: la proporcionalidad en los arbitrajes de inversiones”, *Revista de Derecho* (n.º 22): pp. 113 - 137

OECD (2009): *OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment 2008* (4º edición, OECD) 243 pp.

OCDE (2006): *Marco de acción para la Inversión* (París, OCDE) 87 pp.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA EL COMERCIO Y EL DESARROLLO (2008): *Determinación de los elementos básicos de los acuerdos de inversión de la región del APEC* (UNCTAD) 147 pp.

PÁEZ, Marisol (2006): “La expropiación indirecta frente al CIADI” *Estudios Internacionales* (n° 39): pp 5 - 36

SORNARAJAH M, (2010): *The International Law on Foreign Investment* (3º edición, Cambridge University Press) 495 pp.

VERDUGO, Mario, PFEFFER URQUIAGA, E., & NOGUEIRA ALCALÁ, H. (1994): *Derecho Constitucional Tomo I* (Editorial Jurídica de Chile) 14 pp.

Normas jurídicas citadas:

Decreto con fuerza de ley n°1, Código Civil de la República de Chile. *Diario Oficial*, 14 diciembre 1857.

Decreto Ley n° 3.500, establece nuevo sistema de pensiones. *Diario Oficial*, 13 noviembre 1980.

Ley n° 20.848, establece marco para la inversión extranjera directa en Chile y crea la institucionalidad respectiva. *Diario Oficial*, 25 junio 2015.

Ley n° 21.330, modifica la carta fundamental, para establecer y regular un mecanismo excepcional de retiro de fondos previsionales y anticipo de rentas vitalicias, en las condiciones que indica. *Diario Oficial*, 27 abril 2021.

Noticias e informes:

ALLIENDE, José (2009) “Contrato de renta vitalicia con garantía hipotecaria“, *Revista Fojas*, disponible en: <http://fojas.conservadores.cl/articulos/contrato-de-renta-vitalicia-con-garantia-hipotecaria>, fecha de consulta: 20 agosto 2022.

AURENQUE, Diana (2022): “Efectos de la pandemia podrían durar hasta una década“, *Universidad de Santiago de Chile*, disponible en: <https://filosofia.usach.cl/2022/01/11/efectos-de-la-pandemia-podrian-durar-hasta-una-decada-la-vida-despues-del-coronavirus/>, fecha de consulta: 20 agosto 2022.

BANCO CONSORCIO (2022) “¿Qué es una Renta Vitalicia y en qué es diferente del Retiro Programado de la AFP?“, s/f, disponible en: <https://www.consorcio.cl/web/tu-ayuda/que-es-una-renta-vitalicia-y-en-que-es-diferente-del-retiro-programado-de-la-afp>, fecha de consulta: 20 agosto 2022.

BIO BIO CHILE (2022) “Consecuencias de la pandemia: cierre de Pymes en America Latina retrasará la recuperación del empleo“, 17 enero 2022, disponible en: <https://www.biobiochile.cl/noticias/internacional/america-latina/2022/01/17/consecuencias-de-la-pandemia-cierre-de-pymes-en-america-latina-retrasara-la-recuperacion-del-empleo.shtml>, fecha de consulta: 20 agosto 2022.

CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE (2022): “Modifica la carta fundamental, para establecer y regular un mecanismo de retiro de fondos previsionales, en las condiciones que indica“, 25 abril 2021, disponible en: <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=14075&prmTIPO=INICIATIVA>, fecha de consulta: 20 agosto 2022.

CIAR GLOBAL (2021) “Aseguradoras En Chile Valorán Si Acudir A Arbitraje De Inversión“. Ciar Global, disponible en: <https://ciarglobal.com/aseguradoras-en-chile-valoran-si-acudir-a-arbitraje-de-inversion/>, fecha de consulta: 20 agosto 2022.

COLL, Francisco (2022): “Inversión extranjera directa (IED)“, *Economipedia*, disponible en: <https://economipedia.com/definiciones/inversion-extranjera-directa-ied.html>, fecha de consulta: 20 agosto 2022.

COMISIÓN DEL MERCADO FINANCIERO (S/F). “Compañías de seguros generales”, s/f , disponible en: <https://www.cmfchile.cl/educa/621/w3-propertyvalue-515.html#:~:text=Cubren%20la%20p%C3%A9rdida%20o%20deterioro,cr%C3%A9dito%20es%20de%20giro%20exclusivo>, fecha de consulta: 20 agosto 2022.

COMISIÓN PARA EL MERCADO FINANCIERO (2021). “Minuta nuevo anticipo de rentas vitalicias”. CMF, disponible en: https://www.cmfchile.cl/portal/estadisticas/617/articulos-49575_doc_pdf.pdf, fecha de consulta: 20 agosto 2022.

LIBERTAD Y DESARROLLO (2021): “Retiro (anticipo) desde rentas vitalicias: lo que está en juego”, 8 de octubre de 2021, disponible en: <https://lyd.org/wp-content/uploads/2021/10/TP-1516-RENTAS-VITALICIAS-1.pdf> , fecha de consulta: 20 agosto 2022.

MARUSIC, Mariana (2021): “Asociación de Aseguradores de EE. UU afirma que “retiro” en rentas vitalicias crea un nuevo riesgo político en Chile para inversionistas extranjeros”, *La Tercera*, disponible en: <https://www.latercera.com/earlyaccess/noticia/asociacion-de-aseguradores-de-eeuu-afirma-que-retiro-en-rentas-vitalicias-crea-un-nuevo-riesgo-politico-en-chile-para-inversionistas-extranjeros/URRLJAUMDBHDHGDADUBDGDWDERE/>, fecha de consulta: 20 agosto 2022.

MINISTERIO DE SALUD (2019): “¿Que es el nuevo coronavirus?”. MINSAL, disponible en: <https://www.minsal.cl/nuevo-coronavirus-2019-ncov/que-es-el-nuevo-coronavirus/#:~:text=El%20Nuevo%20Coronavirus%20o%202019,presentaci%C3%B3n%20de%20los%20primeros%20casos>, fecha de consulta: 20 agosto 2022.

MURAT, José (2022): “La pandemia agudiza la desigualdad en el mundo”, *La Jornada*, disponible en: <https://www.jornada.com.mx/2022/01/24/opinion/014a1pol>, fecha de consulta: 20 agosto 2022.

OECD (2001) "Glossary of statistical terms", 25 de septiembre de 2021 disponible en: <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=617> , fecha de consulta: 20 agosto 2022.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA (2020) “Presidente Piñera anuncia Plan de Acción por brote mundial de coronavirus”. 3 de marzo del 2020, disponible en: <https://prensa.presidencia.cl/comunicado.aspx?id=137670>, fecha de consulta: 20 agosto 2022.

REAL INSTITUTO ELCANO (2020) “Las consecuencias de COVID-19 en las economías emergentes y en desarrollo”, 4 noviembre 2020, *Elcano*, disponible en: <https://www.realinstitutoelcano.org/las-consecuencias-de-covid-19-en-las-economias-emergentes-y-en-desarrollo/>, fecha de consulta: 20 agosto 2022.

SUPERINTENDENCIA DE PENSIONES (s/f): “¿Cuáles son las modalidades de pensión?”, s/f, disponible en: <https://www.spensiones.cl/portal/institucional/594/w3-article-3581.html#:~:text=Renta%20Vitalicia%20Inmediata%3A&text=En%20esta%20modalidad%20la%20AFP,la%20propiedad%20de%20sus%20fondos>, fecha de consulta: 20 agosto 2022.

Tratados internacionales citados:

Acuerdo entre el Gobierno de Francia y el Gobierno de Hungría sobre el fomento y protección recíproca de Inversiones (1986)

Acuerdo entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República Popular Húngara para la Promoción y la Reciprocidad Protección de Inversiones (1987).

Tratado entre la República Argentina y la República de Chile sobre promoción y protección recíproca de inversiones (1991). Decreto n°1822. Diario oficial 27 de febrero 1995.

Acuerdo entre la República del Líbano y la República de Chile para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (1991). Decreto n°166. *Diario Oficial*. 17 de mayo 1994.

Convenio entre el Gobierno de Malasia y el Gobierno de la República de Chile sobre la promoción y protección de las inversiones (1992). Decreto n°603. *Diario Oficial*. 18 de julio 1995.

Acuerdo entre la República de Chile y La Unión Económica Belga-Luxemburguesa (1992). Decreto n°864. *Diario Oficial*. 5 de agosto 1999.

Acuerdo entre la República de Chile y la República Italiana sobre la promoción y protección de las Inversiones (1993). Decreto n° 1424. *Diario Oficial*. 4 de febrero 1994.

Acuerdo entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República de Ecuador (1993). Decreto n° 1520. *Diario Oficial*. 1 de marzo 1994.

Acuerdo entre la República de Chile y la República Oriental de Uruguay (1995). Decreto n° 812. *Diario Oficial*. 31 de agosto 1995.

Acuerdo de inversión entre la República de Chile y la República Oriental del Uruguay (2010). Decreto n° 144. *Diario Oficial*. 18 de noviembre 2009.

Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República Federativa del Brasil y la República de Chile (2015). Decreto Supremo n°75. *Diario Oficial*. 4 de noviembre 2017.

Acuerdo entre el Gobierno de la administrativa especial de Hong Kong región de la República Popular de China y el Gobierno de la República de Chile (2016). Decreto Supremo n° 78. *Diario Oficial*. 8 de octubre 2019.